



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>

150 (copy) (copy) (copy)



LM
LV
MS



JOANNIS VOET
JCTI ET ANTECESSORIS IN ACADEMIA LUGDUNO-BATAVA
COMMENTARIORUM
AD PANDECTAS

LIBRI QUINQUAGINTA,

In quibus, præter Romani Juris principia ac controversias illustratas, præter
etiam hodiernum, & præcipue Fori Questiones excutitur

EDITIO QUINTA VENETA

PRIORIBUS EMENDATIOR ET AUCTIONIOR:

Cui nempe præter V. CL. CASPARI BURMANNI Vitæ Auctoris Narrationem, et *Index*
Generalem Titulorum, et Materiarum, in sex Tomis contentarum,

NUNC PRIMUM ACCEDUNT

*Alii duo Tractatus de FAMILIA ENCIUMBDA, et de JURE MILITARI, qui simul
cum prædicto Indice constituunt Tomum Septimum.*

TOMUS PRIMUS.



VENETIIS
SUMPTIBUS PETRI MILESI EDIT.
M. DCCC. XXVII.



LECTORI BENEVOLO.

Cum ante annos octodecim (*scil. an. 1680. Hæc enim scribebat Auctor an. 1698.*) Compendio Juris juxta Pandectarum seriem componendo incubui, id mihi negotii unice datum credidi, ut verbis paucis multa complecterer, quæ in institutionis privatæ usum auditoribus fili Ariadnei iustar essent. Ex quo scribendi genere uti nullam mihi captavi gloriam, sed solam intendi eorum utilitatem, qui Theinidis sacris se imitandos præbituri essent; ita meum institutum aliis haud displicuisse viris clarissimis, mihi gratulor, qui sive meo, sive alieno exemplo, publico certe juventutis bono stimulati, non ita pridem eandem secuti rationem, sua *Juris civilis principia, secundum ordinem Digestorum, suam compendiosam Pandectarum traditionem* typis vulgarunt. Nunc Commentarium pleniorẽ publici Juris facturũ, consultum censui de tractationis ordine pauca præfari. Neque enim te latere velim, Lector candide, aliquando materiarum selectionum mihi arrisisse explanationem; subinde ventilationem illustriam Romani & hodierni Juris quæstionum. Sed cum in illis quidem misceri sæpe plura aliunde debeant, ac digressiones fieri, in hisce vero feliciter excutiendis præmittenda ac subsumenda certa principia, nec ad eas illotis quasi manibus ac sine quadam mentis præparatione videretur accedendum: tandem in methodicam universi Juris explicationem proclivior esse coepi, in qua evitari facile posse superiora in aperto est. Et quamvis haud difficulter meis memet ipsum numeris, ut ita dicam, adstringere potuissem, ac peculiarem mihi ordinem con-

cepisse, tamen quia is mihi præcipue, non ita aliis notus fuisset, vulgatam sequi malui Pandectarum seriem, nulli vel mediocriter in Jurisprudentia versato ignotam; ut ita quisque suos academicos repetens labores, in sede propria inveniat, quæ tum certa tum controversa ad istam pertinent juris partem. Si quæ tamen aut alieno ego forte loco tractaverim, aut res una pluribus in locis (ut sæpe fit) apte explicari potuerit, & id non ubique a me adnotatum appareat; (licet & in eo diligentiam adhibuerim, ne id negligeretur) aut denique minus alicui in promptu sit Digestorum methodus, erit tandem subsidio index locupletior, industria satis tædiosa a me compositus, qui huic defectui vel meo, vel tuo, benigne Lector, medeat. Difficile & arduum quid a me tentatum, haud ibo inficias, nec dissimulabo, obrepsisse menti sæpius operis cœpti deserendi propositum. Sed vicit iterum, animosque addidit utilitas, quam huic scribendi generi inesse persuasus sum; vicit de meis & olim & nunc auditoribus, reliquisque, quibus hæc prodesse poterunt, bene merendi desiderium; vicit honor stationis, quam teneo, quamque tueri volui, debui, ne viderer prorsus obscurare egisse; vicit odium inertię molliis & imiberalis; quam uti monitis frequentibus avertere ac averruncare studui ab illis, qui meæ curæ commissi sunt, ita maxime operam mihi dandam censui, ne turpis ignaviæ culpa doctorem argueret, alios ad laborandum, currendum, desudandum in bonæ mentis palæstra, adeoque ad metiora, stimulantem.

Ita autem in titolorum singulorum enarratione versatus fui, ut præmissis tum Romani tum hodierni Juris principiis ac regulis, sæpe per suas rationes expositis, subjunxerim notabiliores plerasque factorum species in legibus occurrentes, aut extra legum Romanarum tabulas usum in Foro præbentes; & eas quidem, quæ parum ambigunt, paucis assertas, dubias vero magisque controversas disquisitione pleniore adhibita suis rationibus stabilitas, a difficultatibus ac objectionibus liberatas; conciliatis Jurisconsultorum responsis, aut Principum placitis, quorum videbatur pugna esse. Auctores addidi, non aliena fide, sed mea, postquam prius ipse loca inspexi ac legi; nec quos potui promiscue, sed selectiores, atque etiam magna ex parte recentiores probata eruditionis; quos felicis ratiocinio, non solo legum dictamine nudisque aliorum dictis, Jurisprudentiam nostram exornasse comperi; tum ut honesta eorum, per quos profeci, commemoratione qualem qualem accepti beneficii gratiam rependam, debitamque singulis tribuam laudis portionem; tum, ut quisque, si usus exigit, non mihi soli credat, sed ad inspicienda commendatissima virorum doctorum monumenta invitetur, indeque petat ac discat insuper alia, quæ sibi ad opinionis ac causæ, quam suscepit defendendam, patrocinium profutura putat. Alios scilicet ratio ducit, alios non parum movet, aut saltem confirmat, virorum clarorum auctoritas: unde & a ratione exordium duxi, in exemplis & auctoritate aliorum desino. Non Doctorum numero, sed ratione, legibus, moribus, consuetudinibus, dimicandum esse, neque ex multitudine auctorum, quid æquius & melius sit, oportere judicari, Justinianus ex vero scripsit (*L. 1, §. 6, C. de veteri jure enuch*): sed si rationes moveant, est, quod gratuleris tibi plaudasque, si et aliorum consensum habeas.

Ceterum sociandum censi Romanæ Jurisprudentiæ explanationem cum hodierni Juris tractatione, iis inductis rationibus, quas aliquando publica oratione de jungenda Romani et hodierni Juris scientia proposui: ex quibus facile satisfit, non illis tantum, quibus ingratum atque superfluum videri posset, difficiles Theoriæ Romanæ quæstio-

nes discussisse, non ita quotidianum in Foro usum præbentes, quibusque adeo sordet, quicquid de jure Quiritium, tersum licet nitidumque, promitur; sed et his, quos offendet, quod post explicitam civilem Romanorum sapientiam spinosa addiderim fori dubia, quasi minus commoda theoriæ cum praxi mistura esset, nec utraque satis apte in una posset sede morari. Facilem quidem esse principiorum hodierni juris adnotationem, nemo sanus ibit inficias, cum et facilis primorum elementorum Juris civilis propositio sit; sed eas, quæ illa occasione succreverunt, per omnem juris materiam dispersas theoriæ ac Fori controversias explicuisse, Jurisque recepti reddidisse rationes, ne, quæ nunc obtinent, ex errore magis atque corruptela, quam justa consuetudine viderentur introducta, si qui leve putent, modestius forte judicaverint, ubi periculum facere instituerint, ac inexhausti laboris opus deprehendent, imo latissimum, ac prope sine termino expatiandi campum; quem ego ingredi ausus, si non ut oportet emensus sum, veniam audacis facti rogo; etiam, ut opinor, haud gravate penes eos impetraturus, qui laudabiles aliorum conatus juvare ac his benigne favere solent, etiam non improbant voluntatem in iis quibus vires desunt, quasi in magnis vel voluisse aliquid, honestum laudeque sua haud destituendum sit. Dum autem Compendii mei vestigia in hoc pleniore Commentario passim fere lego, nemo mirabitur, quod, dum dies diem docet, candide confessus nunc sim, in uno alteroque loco displicere ea quæ ante a me scripta sunt. Etenim, uti illorum odi socordiam, qui, quidquid ab alio recte vel perperam dictum inveniunt, obsequio deformi cæcoque velut impetu amplectuntur: ita nec propriarum opinionum ante conceptarum adeo tenax aut venerator sum, quin errata corrigere, ac in melius reformare, laudi ducam, et ingenui esse existimem. In nullo penitus aberrare, Divinitatis potius, quam mortalitatis esse, Imperator asseruit, et secundum Senecam in solo Deo diminutio majestatis foret confessio erroris, ac poenitenda fecisse; dum necesse est, ei eadem placere, cui nisi optima placere non possunt. At homines sumus quotquot scribimus, et ob id humani nihil a nobis alie-

num esse fateri cogimur. Errare humanum est, sed in errore cum contumacia perseverare jam monitum, meliusque edoctum, et inanibus ludibriis effugia quærere, bruti magis, quam hominis, insani, quam sapientis est. Admoneri bonus gaudet, at correptorem pessimus quisque ægerrime patitur. Neminem ingenuum de veritate certantem succubuisse putet; sat quippe laudis habiturum, si vel ipso prius oppugnante tandem veritas emergat, et bona causa triumphet; ac vincit abunde, qui ita sese vinci patitur, sequiturque meliora. Quicquid agimus ad docendum publice constituti, id Spartæ exornandæ, Jurisprudentiæ excolendæ; ac pro virili illustrandæ, juventutis adjuvandæ, quin et subinde provectorum in intricatis instruendorum gratia agimus. Absit, ut hos nostra pertinacia contra bonam fidem in errorem trahere, vel jam in eo hærentes retinere quodam quasi servitutis iugo attentemus, ut doceremus errare, dum ipsi nollemus videri in ullo lapsi esse; atque ita^a artem nostram pulcherrimam, religiose casteque colendam, quadam velut hæresi aut superstitione pollueremus scientes; sive secuti fuerimus opiniones erroneas auctorum gravium, sive ipsi primi, ingenii fiduciam freti, nosmet ipsos in errorem dederimus præcipites. Quin potius industria nostrorum Jurisconsultorum sequamur exempla, candorem, integritatem: Papinianum imitemur, qui sibi aliquando ea placuisse scribit, a quibus postmodum recessit, in contrariam tractus sententiam fortiore Sabini ratione (*L. 6, ff. de servis exportand. &c. vel contra*): Ulpiani premamus vestigia, qui se memorem aiebat ejus, quod aliquando scripsisset, patrem in aliqua facti specie cogi non potuisse, ut filium emanciparet, nunc tamen putare, illum extra ordinem ad id compellendum (*L. 92, ff. de condit. & demonstrat.*). Quamquam nec dubium est, quin et aliorum dissensu sæpe magis quis in suis confirmetur, ut veritati consentaneis, dum animadvertit, viros doctissimos, nihil intactum relinquere solitos, quod opinioni suæ posset subservire, nihil tamen adduxisse, propter quod ab iis, quæ semel placuerunt, recedendum foret.

Quia vero studia alia in primis privatim ad voluptatem, publice ad ostentationem exercentur, grata suis amatoribus et

plausibilia ac laude digna, alia ad communem vitæ usum comparata magis, nemo, ut opinor, vitio vertet, quod mihi in hoc scriptio- nis genere Jurisconsultum agenti, præ ceteris ea, quæ juris ac consuetudinis sunt, & forensem redolent disciplinam, explicare pensiculatus & ex professo tractare propositum fuerit; cetera, quæ ad antiquitates spectant, quorumque tenues tantum in nostro Juris corpore, plures in fragmentis veterum apparent reliquæ, summo tantum digito tetigerim, subjunctis illorum nominibus, qui circa hæc luculenter ac præclare operam navarunt, ut quisque ex iis velut fontibus ultra hauriret, quibus aut proficere se aut delectari posse putat, ubi gravibus jurisprudentiæ præceptis, difficilibus & impeditis praxeos controversiis fatigatam mentem reficere, & per amœniora humaniorum latifundia, varietate sua tædium discutientia, spatiari visum fuerit. Quod si quem in- meis nova subinde offendant vocabula, ex media praxi deprompta, & Juri hodierno tradendo adhibita, veniam forte dabit, si cogitaverit, in pragmaticorum scriptis, magna ex parte minus Latinis notamque barbarici evitare non valentibus, frequenter versanti excidere haud difficulter potuisse verbum aureo sæculo non probatum; cum et ipse Seneca, Romanus licet ac eloquentiæ studiis apprime addictus, conquestus aliquando fuerit, non facile Latina sibi verba succurrere, dum ipsum barbarorum inconditus gravisque sonus circumsonabat: præterquam quod ea, quæ Romanis fuere nota, Romano quoque sermone tractata lector inventurus est, in solis iis, quæ Latio ignota, verba artis recentiora. Ut enim illorum institutum non probo, qui omnem spernunt elegantiam, et, cum possent ornatius cultiusque dicere aut scribere, triviale humilitatem studiose affectant, ita nec molestissimos illos Latini sermonis exactores laudare queo, qui recen- ter inventa & excogitata antiquis tantum verbis, licet per durissimos tropos aut periphrasticas verborum ambages, obscuritatem insignem legenti parientes, exprimenda censent; & in tractandis artibus ac disciplinis, in dies incrementa nova capientibus, horrent, ad vocis non Ciceronianæ mentionem, ne novis quidem rebus imposita per artis peritos nomina convenientia, usuque jam va-

lentia, animo satis æquo ferentes: parum memores, nec ipsos adeo superstitiosos fuisse Romanos, ut non multa ex Græcis ad Latini sermonis usum transferrent, & adscititias ac peregrinas voces adhiberent, terminatione Latina donatas, maxime ubi de artium præceptis quæstio erat, & dictionis Romanæ penuria laborabatur. *Multa*, inquit Quintilianus (*Lib. 8, Instit. orat. cap. 3, ante med.*) *ex Græco formata nova ac plurima a Sergio Flavio, quorum dura quædam admodum videntur, ut ens. & essentia, quæ cur tantopere aspernemur, nihil video, nisi quod iniqui iudices adversus nos sumus, ideoque paupertate sermonis laboramus nam & quæ vetera nunc sunt, fuerunt olim nova, & quædam in usu sunt perquam recentia.*

Hæc pro me dicere e re mea censui. Quæ vero in hoc opere, cujus primam nunc partem habes editam, cujusque pars altera brevi typis erit exprimenda, præstiterim, quæ ab aliis intacta, indicta, aut minus recte concepta circa Juris Romani difficiliora observaverim, explicuerim, illustraverim, quid circa Juris hodierni abstrusiora velut enigmata solvenda contulerim, quomodo vetera novis rationibus firmaverim aut reprobaverim, distinctionibus rem sæpe planiorem fecerim, postquam prius bonos evolvendo Auctores ipse didici, quæ aliorum de singulis controversiis opinio esset, ab aliis judicari dicique malim, quam inani propriæ laudis deprædicatione mihi ipsi adblandiri, multaque mihi adrogare jactantia nulli profutura; dum peritiores id facile,

quidquid est, deprehensuri sunt; tyronum nihil interest, a me an ab alio profectum sciant, si modo vera discant, quæque solidam aliquando utilitatem & usum in Foro sunt habitura. Interim spe aliqua me lactari haud diffitebor, fore, ut non illi tantum, quibus Romani Juris notitiam accuratam adipisci mens est, in hoc Commentario inventuri sint non plane sibi aspernanda, quæque deinceps neque negligere debeant neque de-discere; sed et operam Foro navantes ea sint reperturi, quæ ad togatæ militiæ ac certaminum forensium pertinent apparatus. Quod si non omnium votis satisfecero, quod nec præsumere sine arrogantia labe licet, id unum voveo, futuros, qui laborare parati meliora dabunt, pariterque supplebunt, quæ meis videbuntur lucubrationibus deesse. Plane, si laborem, quem impendi, præjudiciis obruere, si carpere, si ex insidiis petere, si obliquo sugillare sermone, vel scripto cum protervia lacessere, quis in deliciis habeat, si a me sic omnia jam vulgata jactet, ut nihil publicis recitationibus, nihil institutioni domesticæ apud me sit reliquum; et quæ sunt hujus generis alia, ab aliis abunde jam confutata ut inepta, ac artibus haud bonis invidorum accensenda, patiar facile, simulque spernam, non ignarus, hanc esse eorum sortem, qui ardua tentare volentes, sed talibus a proposito non dimoveri, in animum inducunt suum; ita censes, haud ultimam laudem esse, principibus artis suæ viris et æquis aliis rerum æstimatoribus non omni ex parte displicuisse.

DE VITA, AC SCRIPTIS
JOANNIS VOET

EX TRAJECTO

ERUDITIO CL. V. C. BURMANNI.

VOETIUS (JOANNES) Pauli ex Elisabetha Van-Vinsen filius, in lucem editus 3. Octobr. MDCXLVII. Studiis Academicis in urbe patria absolutis, et Doctoris Juris Utriusque titulo ornatus primo Herbornæ Jus Civile docuit ad annum 1674. quo, quum obtulisset per duos annos sine honorario Jus profiteri, uti in actis nostrorum magistratuum xi. Maji d. a. adnotatum inveni, Antecessoris munus in Academia patria ei demandatum xii. Martii 1677. octingenti floreni annui adsignati sunt. Quumque initio anni 1680. Leidensis Academiae curatores Jus Civile interpretandi provinciam ei obtulissent, votis eorum adnuit, frustra rogantibus magistratibus nostris, ut heic (Trajecti) maneret. De qua vocatione Leidensi Grævius in Epist. ad Heinsium, quæ extat Tom. IV. Syllog. Burm. p. 640. hæc scripsit.

Voetius vocatus est Lugdunum ad interpretationem Juris, eoque se iturum, et nullis præmiis, et conditionibus retineri posse in urbe patria præsefert, quod de ejus, credo, salute desperet.

Sub finem vero anni 1687. omnem operam adhibuerunt magistratus nostri, ut ad patrios Lares reviseret, relictæque Leida ad nos migraret, et decreto xix. Decemb. d. a. ei obtulerunt titulum primarii Juris, ut et Juris publici Professoris cum annuo honorario bis millium florenorum; verum frustra, et Leidæ ad finem vitæ summa cum auditorum frequentia Jus Civile et patrium interpretatus est.

Uxorem duxit Magdalenam de Sadelare, ex qua unicam suscipit filiam, quam matrimonio sibi junxit Gisbertus Voetius Ordinibus

nostris a Secretis. Obiit vero XI. Septemb. ann. 1714. ætatis 67. Ab. Ever. Ottone in Præfat. ante Bockelman. Different. Jur. Civil. Canon. et Hodiern. pag. XXII. dicitur Vir eximius, varioque togæ limatus in usu, et a Ludevvig. tom. II. Opusculor. pag. 1178. Juris-Consultus utilis et eruditus.

SCRIPTA EJUS SUNT.

De jure militari. Traject. 1670. 8.

De Familia eriscunda. Ibid. 1673. 8.

Oratio funebris in obitum Andreæ Essenii. Ibid. 1677. 4.

Responsio ad libellum Cephæ Pistophili adversus Gisberti Voetii Disputationem de Justificatione. Hagæ 1677. 4. qua Avi famam vindicavit, vid. Lipen. Biblioth. Theolog. pag. 438.

Compendium Juris. Leidæ 1683. 8.

Oratio de docentium et discenium officio. Ibid. 1687.

Oratio, qua monstratur veritas asserti, raros esse, qui philosophantur. Ibid. 1710.

Oratio funebris in Obitum Antonii Matthæi A. F. A. N. Ib. 1710. 4.

Præcipuam vero famam meruit edito *Commentariò* luculentissimo ad *Pandectas*, quod magni habetur a Practicis hodiernis. Prima editio prodiit Leidæ 1698. fol. II. volum. deinde ter repetita, ut Hagæ 1704. 1707. et 1716. vid. Act. Erudit. Lipsiens. Novemb. MDCCV; videndus quoque Ludevvig. vit. Justiniani et Theodoræ cap. III. ag. LXX. et Struvii Biblioth. Jur. cap. VI. §. 8.

andine hanc aut illam Romani juris partem, verbi gratia, adoptionem, servitatem, manumissionem, in totam desisse servari; utcumque statuta jusserint generaliter, vel consuetudo induxerit, Romanum jus in non decisis oportere admitti. Gudelinus de *jure moiss. lib. 1. c. 13. fere in fine*. Neque enim perpetuum est axioma illud: *Omissa in statuto suppleri debere ex jure civili, ac secundum illud decidi*; sed dum locum habet, si semel ea in materia juris civile receptum sit, eique nonnulla a statuto vel superaddita vel detracta inveniantur: nam si statutorum determinatio a juris Romani fundamentis plane deviaverit, minus tuto, quæ deant ex legibus Romanis supplementum receperint, ac definitionem. Hago Grotius in *Responsis Juriscons. Holl. part. 3. vol. 2. cons. 197. num. 14. et seqq.* Quo fundamentum niti quoque puto, quod Hollandiæ Ordines, reformato utroque, tam Scabinico, quam Aesdomico quidem, tanquam Romani juris principis præcipue subnixo, jusserint in non decisis ad Romanæ jurisprudentiæ placita recurrendum esse: in Scabinico autem id, quod deesset, ex antiquo Hollandiæ Zelandiæque successionis jure debere decidi. Unde nec perperam a nonnullis traditum, tunc, cum obscuri vel incerti regionis alicujus mores sunt, in vicinarum locorum usus moresque non imprudenter inquiri. Quamvis enim verum sit, territorii unius leges ultra illud in aliis locis vim suam non exercere, & hæcenus stricti juris esse; nec ex consuetudine loci minus argui posse vel induci consuetudinem loci alterius, *l. ult. ff. de jurisdict.* Jacob. Cozza observat. 32. num. 18. 19. id tamen non impedit, quo minus ratione subiecta gentium vicinarum placita, velut exempla, & res prudenter judicatas in judicando sequamur, ipsi legibus ac consuetudinibus hic destituti. Neque novum, ut populus a populo alio ex libera voluntate jura velut æqua & justa mutuetur. Probatur certe multifariam Romanis, quod Græcis pridem placuerat: ac non semel Zelandiæ, ut & aliarum provinciarum Proceres, iisdem prope verbis repetitis sanciverunt, quæ ab Hollandiæ Ordinibus ante fuerunt in civium sanctorum ac publicam utilitatem statuta. Confer *Placitum Ord. Holland. 16. Decemb. 1595. vol. 1. placitor. pag. 482. cum placito Ord. Zeland. 19. Julii 1607. d. vol. 1. pag. 495. item pag. 491. cum pag. 502. Groenevegen ad d. proem. Institus. num. 16. et seqq. ubique DD. cit.* Cui accedit, quod in omnem eventum, si vicinarum quoque regionum mores deficiant, ad naturalem tandem æquitatem, rectamque rationem subsidiarius aditus est. Busius de officio *judicis cap. 5. num. 54. et seqq.*

3. Neque tamen ideo, quæ dicta hæcenus, accuratam Romani juris scientiam hodie inutilem efficiunt, aut quicquam detrahunt necessitati addiscendi etiam ea, quæ imprudentiores aut minus periti, tanquam abrogata, in foro dediscenda temere jactant; ut id multis docui in oratione de *jurgenda Romani et bodiæni juris cognitione*. Nec mihi velim soli hæc fides sit: Testem audi Ariam Pinellum, ad l. 2. C. de rescind. vendit. part. 2. cap. 4. num. 2. Ego, inquit, post longam legendi professionem, porro diligentissimam foro navatam operam, in ea sententia sum, ut theoria sine praxi dignam solidamque juris cognitionem præstare ne-

queat; praxique absque theoria maxime periculosa et manca evadat. Baronem audi ad tit. Instit. de *Justitia et Jure*; cum ait, *nihil in jure civili extat, quod Franci pragmatici ad usum fori et judiciorum traducere non possint: id quod paucis ad singulos titulos demonstrabo*. Nimis enim sæpe in schola dicari audio, hic vel ille titulus non facit ad farinam apud Francos; cum plerumque tituli vis ac potestas ignoretur; vel qui hæc in gymnasiis dicitant; nihil Gulici juris præter auditum habent. Imbeto crede, ac Mornacio, Rebuffo, Antonio Fabro, aliisque, quorum verba emphatica exhibet Anton. Matthæus in politissimo de *judiciis libello*, post præfationem.

4. Jurisprudentiam, hoc tractatam Pandectarum volumine, esse divinarum atque humanarum rerum notitiam, justitiam atque injuriam scientiam; vel artem boni et aequi; veramque non simulatam philosophiam, ex Ulpiano ac Institutionibus discimus l. 1. pr. et §. 1. l. *justitia* 10. §. ult. ff. b. r. §. 1. Instit. b. r. & merito. Quis enim philosophiæ nomen isti arti non tribuat, quæ virtutum omnium disciplina est, & in publicis simul ac privatis excellit officiis, ac rempublicam, si nihil prohibeat, constanter & fortiter & perfite administrari facit; ex qua felices deprædicatæ civitates, in quibus vel Reges philosophantur, vel philosophi regnarent. Quis Jurisconsultos circa res divinas versari neget, si mente revolvat, jus publicum, Ulpiano teste, in sacris quoque ac sacerdotibus olim constitisse, l. 1. §. 2. ff. b. r. Razardus *Variorum lib. 5. cap. 12. fere in princip.* Manlium Torquatum inde apud Valerium Maximum *lib. 5. cap. 8. num. 3. dictum fuisse juris civilis et sacrorum pontificalium peritissimum: Draconem Atheniensem, Attejum Capitonem ac Coccejum Nervam omnis divini humanique juris scientes*, apud Gellium *Nocturnum Att. lib. 11. cap. 18. in pr. & Tacitum lib. 3. Annal. cap. 70. et lib. 6. cap. 26. immo plerumque eos, quibus justitiæ administrandæ incumbere, sacrorum quoque curam olim habuisse; ac decens fuisse visum apud Gentiles, ut qui totius imperii & regiminis publici habenas moderabantur, supremam quoque circa res divinas haberent auctoritatem: uti testis ejus rei est Servius ad versum Virgilii libro 3. Æneidos, ubi is Anium & regem hominum, & Phæbi sacerdotem dixerat, subjiciens, *majorum hanc consuetudinem fuisse, ut rex etiam sacerdos esset et pontifex; indeque hodie etiam imperatores pontifices dici*. Quod & ex Dione Cassio *lib. 53. pag. mibi 503. ac ex §. 8. Inst. de rer. divis. lunc. l. 9. §. 1. ff. eod. tit.* manifestum est. Testis Cicero pro domo sua ad collegium Pontificum: *Cum multa (inquit) divinitus a majoribus nostris inventa atque constituta sint, tum nihil præclarior, quam quod vos eisdem et religionibus Deorum immortalium, et summa reipublica præesse voluerunt; ut amplissimi et clarissimi cives rempublicam bene gerendo, pontifices religionem sapienter administrando, rempublicam conservarent*. Testes denique veteres Gallorum mores, & Druidum apud eos officia, qui, tradente Julio Cæsare *lib. 6. de bello Gallico, rebus divinis interunt, sacrificia publica ac privata procurant, religiones interpretantur; ad hoc magnus adolescentium numerus disciplina causa concurrat, magnoque ii**

sunt apud eos bonore: nam fere de omnibus controversiis publicis privatisque constituunt; et, si quod est admissum facinus, si cades facta, si de hereditate, de finibus controversia est, iidem decernunt, premia parvasque constituunt.

5. Quamvis vero Jurisconsultis, justitiam colantibus, incumbat *aquum ab iniquo separare*, licitum ab illicito discernere, l. 1. §. 1. ff. b. t. tamen ut bonum ab *aquo* sejungeretur, neque jus civile, neque naturalis ratio satis patitur; non magis utique, quam ut ingenium magnum a bono distingueretur. Non est, inquit Seneca libro 1. de ira circa fin., quod existimes verum esse, quod apud discretissimum virum Livium dicitur, vir ingenui magni magis, quam boni; non potest illud separari; aut et bonum erit, aut nec magnum. Jus certe nostrum esse artem boni et *aqui*, sacerdotes ejus boni et *aqui* notitiam profiteri, iudices ex bono & *aquo* judicare, adjudicare, aestimare, interpretationem facere; exceptionem ex bono et *aquo* competere; restitutionem fieri, atque adeo jungi passim bonum *aquo*, *aquum bono*, ex multis juris nostri locis plus quam manifestum est, l. 1. pr. et §. 1. ff. b. t. §. 3. Instit. de obligat. consensu §. quodam actiones 20. §. in bona fidei 30. in princ. §. 31. in fine. Inst. de action. l. in his, qua extra 16. ff. de condit. & demonstrat. l. si & mo 32. ff. de rebus creditis l. non exigimus 2. §. pen. ff. si quis cautionem in jud. ritt. caus. factis non obtemperat. Nec fieri aliter potest, quam ut id, quod in se spectatum bonum est, etiam simul ea ratione *aquum* sit: licet illud ipsum nonnullis accidentibus circumstantiis iniquum esse incipiat, propter quas tunc etiam non ultra bonum erit. Hinc, etsi bonum (ad do & *aquum*) Imperatores censuerint, mulierem, qua semetipsam marito committit, etiam sua pariter ejusdem arbitrio gubernanda relinquere; quia tamen paraphernalium domina manserat & libera moderatrix, ideo invita muliere maritum sese rebus ejus immiscere, non *aquum* amplius (sed nec bonum) judicaverunt, l. hoc lege 8. C. de pactis. Pari modo, re per praeconi deposita, *aquum* quidem & bonum fuit, eandem praeconi deponenti restitui, si per se dantem accipientemque intueamur, ut ita ex fide contractus commissum recipiat is, qui dedit. Sed si concurrat rei surrepta dominus, quo nullus alius firmiora in re jura habet, & cui facto scelestissimo adempta erat, mutata quasi scena, eidem ex bono & *aquo* reddendam esse, vix ambigitur, l. bona fides 31. §. 1. ff. de positi. Quae pluribus exsequitur Budaeus ad l. 1. ff. b. t. Clariss. Collega meus D. Noodt probabilius lib. 3. cap. 2.

6. De cetero *aquitatem* legibus & jure scripto comprehensam esse, nemo ignorare potest, qui modo legum requisita, tit. 3. enarranda, perspexerit; sic ut pro jure, quod in ipsis obtinet rerum argumentis, praeclaris *aquitatis* praesumptio militet, & mutatione leges indigent, quoties in iis sese prodit iniquitatis manifestae labe, l. leges sacratis. 9. C. de legibus. Sed cum non omnes articuli singularum aut legibus, aut senatusconsultis, aliove jure scripto comprehendi possint, l. non possunt 12. l. 35. ff. de legib. & novas quotidie formas edere natura deproperet, nec rara emergant negotia, necdum legum definitionibus determinata, l. 2. ff. sed

quia 18. C. de veteri jure emulando. Sic ut praetermissa vel interpretatione, vel saltem jurisdictione iudicis supplenda sint, ex manifesta legum sententia ad similia procedendo, quoties eadem utilitatis ratio ac conjectura videtur subesse, d. l. 12. 13. ff. de legibus d. l. 2. §. 18. C. de veteri jure emul. necesse erit, in hisce definiendis *aquitatem* observari, eamque stricto praeferti juri, ac nimium scrupulosa argumentationum subtilitati, l. in omnibus 90. ff. de reg. juris l. quod si Ephebi 4. in fine ff. de eo. Quo pertinet praecipue illud Imperatoris in l. placuit 7. C. de iudiciis, quod nempe placuerit, in omnibus rebus praecipuum esse *justitiam aequitatisque*, quam stricti juris rationem; nec non Pauli in l. 2. §. item Varus 3. in fine ff. de aqua & *aq. plu. arcend.* dum actionem utilem in facti specie ibidem proposita concedens, addit, *haec aequitatem suggerere, ubi jure deficiamus*. Et hanc passim fuisse mentem Jurisconsultorum, ex eo quoque manifestum est, quod deficiente directa ex verbis legis actione, plurimis in casibus utiles introduxerunt ex *aquitate*. Quid, quod & in ipsis scriptis legibus in id incumbendum est iudici, ut *aquitatis* praecipuum in interpretando rationem habeat, nec tam strictum jus sequatur, quod solis legum verbis subnixum, ad absurda & inepta quaeque non raro deduceret, quam potius, cognita probe ac perspecta earum ratione, ex animi sui religione constituat, utrum ad casum sibi dijudicandum legis vis extendenda sit; an, certo certius cessante ratione legis, ipsius quoque legislatoris extensioni ad talem casum videatur refragari: cum utique leges scire non sit verba earum tenere, sed vim ac potestatem, l. scire 17. ff. de legibus. Et in fraudem legis facere dicatur, qui, servatis legis verbis, menti ejus ac sententiae adversatur, l. contra legem 20. & 30. ff. de legibus; atque etiam calumniari, & verba captare, qui non, qua mente quid dictum sit, animadvertit, l. pen. ff. ad exhibend. Unde Cicero alicubi: *Scriptum sequi, calumniatoris est; boni iudicis, scriptoris voluntatem auctoritatemque defendere*. Et quis, quaso, justum arbitretur, ad ultimum damnari supplicium eos, qui hostis arcendi gratia, muros conscendissent, quia lege scriptum erat, capitale esse, si quis muros conscendisset? aut ex eo, quod lex voluit, actionem ad exhibendum illis dari, quorum interest, studioso etiam doctrinae alicujus actionem accommodari ad libros sibi exhibendos, quia si eos exhibitos legisset, doctior & melior futurus esset? aliud profecto non leges tantum jubent, d. l. pen. sed & communis sensus cuique dicat; nec dubitatum unquam fuit, quin jus tale summum summa injuria atque injustitia dici mereatur. Neque tamen, quae dicta haecenus, redargutionem ex eo patiuntur, quod Principes sibi solis reservasse videantur distinctionem inter *aquitatem* ac strictum jus, l. 1. C. de legibus. Cum lex illa accipi non inepte possit de clementia Principis, mansuetudine, ac indulgentia, qua gratiam facit poenarum, a iudiciis ex legum praescripto infigendarum, aut inflictarum; quippe quas solus Princeps remittere potest aut mitigare; non vero iudex, cui, uti non severitatis, ita nec clementiae gloria affectanda est, l. perspicuum 11. ff. de panis. Vel etiam intelligenda d. l. 1. de casu quo

rapina, damno injuria dato aliisque multis; ita nec a moribus hodiernis alienum esse, vulgo notum est. Anton. *Matthaeus de criminib. lib. 4. tit. 18. cap. 4. numer. 7.*

10. Ab hac prima justitia divisione non longe recedit ea, qua auctore Grotio, in explicitam & attributricem distributa est, de *jure belli et pacis. lib. 1. cap. 1. num. 8.* vide tamen commentaria viri Nobiliss. Guilielmi Wander-Meulen ad *Grotium d. n. 8.* Ad explicitam reducenda omnia, ad quæ præstanda atque implenda quisque non modo ex æquitatis ratione obligatus est, sed & invitus competentibus juris remediis compelli potest. Adeoque ex pertinent non tantum omnia nobis debita ex jure domini, (late sumto domini ac debiti vocabulo) & obligatione ex pactioibus, & veris ac quasi contractibus descendente; sed & quæ quisque pœnæ nomine ex delicto perpetrato vel aliis privatis vel publico debet: cum ad restituendum, dandum, præstandum, faciendum, pœnamque luendam, volens nolens quisque adigatur. Contra vero attributrix circa omnia illa occupata est, ad quæ, licet quis ex æquitate & ratione naturali obligatus videatur, atque etiam implens laude dignus inter bonos futurus sit; tamen si præstare atque implere, seposito pudore spretoque æquitatis vinculo, recuset, publica nequit auctoritate constringi. Qua ratione, licet jus & fas sit, pauperi per divitem eleemosynas porrigi; bene merenti præmium; donatori antidota a donatario præstari; inopi consilii salutem suppeditari a prudentiore, proximioribus, aliisque, qui obsequio ac bonis artibus spem successionis sibi paraverant, hereditatem relinquere, dari legata; tamen si quis istius generis officia neglexerit, lex nulla invitum ad remunerationes, eleemosynas, hereditates, legata tribuenda coget. Atque hoc est, quod vult Seneca lib. 2. de ira, cap. 27. dum ait: *Quam angustia innocentia est, ad legem bonum esse: quanto latius patet officiorum, quam juris regula: quam multa pietas, humanitas, liberalitas, justitia, fides exigunt, quæ omnia extra tabulas publicas sunt.* Et Paulus Juristicus, non omne, quod licet, bonum esse contendens, l. non omne 144. ff. de regul. juris. Dum plura leges licita pronunciant, quorum tamen contrarium suadent omnino, longeque præferunt. Vino doliari vendito ea conditione, ut ante proximam tollatur vindemiam, si emtor non tollat, venditori lex effundendi facit potestatem: qui tamen, si non effuderit, sed vel vendiderit emtoris periculo, vel alio modo in id operam dederit, ut, conservato in usus emtoris vino, mora ei quam minime damnosa sit, laudandum potius eum eodem quasi spiritu Ulpianus pronunciat, l. 1. §. 3. & l. ff. de peric. & comm. rei vend. Concubinatum licitam Imperator consuetudinem dixit, l. si quis illustri 5. C. ad senat. Orfitian. eumque per leges nomen assumpsisse, ac ideo extra legis pœnam esse Marcianus auctor est, l. in concubinato 3. §. ult. ff. de concubin. Honesti tamen matrimonii vinculum, contrahentium consensu & amicorum fide firmatum, passim anteponi, laudari, variisque ad id invitari privilegiis cives Romanos, in confesso est.

11. Ne vero in sola ac nuda justitia contem-

platione, ad vitam civilem ordinandam atque tuendam non sufficiente, Jurisconsultos habere ac consensescere quis putet; amplius ab iis exigitur, ut juris faciant applicationem, singulis illud negotiis rebusque, prout inciderint, accommodando, dum judicis aut advocati partes implent, l. 1. §. 1. ff. b. t. Quod Jus eo sensu nihil aliud est, quam norma & regula agendorum; seu regula actuum moralium, obligans ad id, quod rectum est; ut inquit Grotius de *jure belli ac pacis lib. 1. cap. 1. num. 9.* Ciceroni lib. 1. de legibus ratio summa inserta in natura, quæ jubet ea, quæ facienda sunt, prohibetque contraria. Vel præses bonis & malis, præceptrix quidem faciendorum, prohibetrix autem non faciendorum: ut ex Chrysippo Marcianus, l. 2. ff. de legibus. Sive ad statum reipublicæ primario spectet, sive primario ad singulorum pertineat utilitatem; quorum illud publici, hoc privati juris venit appellatione, utrumque collectum ex præceptis naturalibus gentium, & civilibus, generatim ad id tendentibus, ut honeste quique vivat, alterum non lada; Et suum cuique tribuat. Quæ vulgo tria juris præcepta dicuntur, ambitu suo, quicquid legibus uspiam jure cautum est, comprehendunt.

12. Jus naturale, Justiniano & Ulpiano deficiente, est, quod natura omnia animalia docuit, pr. Inst. de *jure natur. gent. & civil. l. 1. §. 3. ff. b. t.* Quamvis enim bruta proprie neque juris, neque injuriæ capacia sint, fatente id eodem Justiniano pr. Inst. si quadrupes paup. fecisse dic. umbram tamen quandam imaginem juris ac analogiam in iis licet deprehendere, in quantum, quod homines ex rectæ rationis agunt dictamine, id si bruta quoque naturali faciant instinctu, utut sine sensu rationis, jure fecisse dicuntur. Hoc fere modo, quo non tamen Poeta, stilo liberiore evagantes, apibus mores, studia, populos, reges tribuerunt, sed & philosophi ac oratores formicis iram, & affectus alios, quin et mentem, rationem, memoriam. Cicero lib. 3. de natura Deorum: Num existimas, inquit, formicam anteposendam esse huic pulcherrime urbi, quod in urbe sensus sit nullus; in formica non modo sensus, sed & mens, ratio, memoria? Licet idem lib. 1. de officiis rationem & justitiam, proprie scilicet dictam, in brutis neget. Egrege Seneca de ira lib. 1. cap. 3. *Muta animalia humanis affectibus carent, habent autem similes illis quorundam impulsus; alioquin, si amor in illis esset, & odium esset; si amicitia, & similitudo; si dissensio, & concordia; quorum aliqua in illis quoque extant vestigia: ceterum humanorum pectorum bona malaque sunt.* Nulli, nisi homini, concessa prudentia est, diligentia, cogitatio: nec tantum virtutibus humanis animalia, sed etiam vitiis prohibita sunt.

13. Nec tamen ideo hinc recte deduxeris: illud ergo omne justum esse, aut juris naturalis, quod agit homo ratione præditus, si idem instinctu bruta faciant: nisi & incestum, & adulterium, & vagam libidinem, & vim sine causa illatam, & alia similia, specioso juris naturalis colore tingenda putes; quippe quæ omnia a brutis fieri, palam est.

Coerunt animalia nullo.

Cetera delectu, nec habetur turpe juvenca.

Errat patrem tergo.

Quin potius, uti non omnium, quæ juris sunt naturalis proprie dicti, simulacra in brutis apparent: ita quoque ea demum, quæ cum brutis homines habent in agendo communia, juris naturalis nomen merebuntur, si in hominibus a recte rationis dictamine protecta sint: cum nihil aliud sit jus naturale hominum, quam quod recta ratio illis, qui vere intelligunt, dicat, idque vel sine prævio mentis discursu, vel per necessarias & evidentes consequentias, quibus ultro ac sine proluxa argumentatione, sine impedita conclusionum difficultate, tanquam justis assentiantur. Sic ut hujus juris naturalis subjectum sit tantum homo intelligens & ratione utens, ac instinctum quidem corporis intuitu cum brutis, ac rationem rectam, animo inhaerentem, quasi cum Deo communem habens, *Ravardus lib. 1. varior. cap. 1.*

14. An autem vere nullum detur jus naturæ, ut quidam temere negandum arbitrantur, quasi neque ullus juris istius legislator esset, neque sanctio transgressionem coercens; non proluxius excutiam. Sufficit, Deum, auctorem naturæ, juris quoque naturalis conditorem esse: sanctionem autem ad observandam juris illius præcepta, consistere in commodis, quæ eorum observatione cuique privato accedunt, ac vice versa in ærumnis atque miseriis, quibus obnoxii efficiuntur illi, qui juris hujus regulis contraria sectantur ac probant. Vide *Cumberland de legibus nature in prolegomenis §. 14. & seqq.*

15. Quæ vero prima juris hujus naturalis basis sit: quodnam fundamentum, ac primum principium, ex quo a priori (ut loquuntur) demonstrari possit, & velut ex sanctissimo iustitiæ ipsius penetrari educi, quamam juri naturali adscribi oporteat, de eo variatum non minus fuit, quam olim circa quæstionem de summo bono in plurimas philosophi discrepantes abierunt opiniones. Sunt enim, quibus visum fuit ejus fundamentum ponere in convenientia & disconvenientia cum natura rationali ac sociali, non per lapsum depravata. *Grotius de jure belli ac pac. lib. 2. cap. 1. num. 12.* Sed quid obsecro, est principium petere, si non hoc? Cum id ipsum in quæstione sit, an hoc aut illud sit conveniens incorruptæ naturæ seu rectæ rationi: ut proinde ex alio id fuerit fundamento deducendum. Alii in hominis socialitate primum juris totius naturalis querunt principium. *Puffendorf de jure natura, et gentium in præfat.* Sed, ut opinor, minus recte: cum jus naturale ambitu suo non modo complectatur officia erga homines alios, in eadem viventes societate; sed & erga Deum, ac semetipsum, etiam ab omni societatis humanæ relatione semotum. Cui accedit, quod jus naturale omni societate humana antiquius est; unde societas eo jure posterior concipi non potest juris illius tempore anterioris fundamentum. Inficias quidem hand eundem, religionem erga Deum, & erga semetipsum officia præparare hominem, ac magis aptum reddere ad societatem, imo firmissima societatis humanæ vincula esse: sed tamen & illud manet, socialitatem esse non posse principium illius juris, ex quo hujus ipsius socialitatis principia petenda sunt. Fatendum, hominem esse animal naturæ sociabile; fatendum, socialitatem magna ex

parte fundamentum esse juris illius naturalis, quod inter homines jam multiplicatos servandum fuit; sed non inde sequitur, socialitatem universi juris naturalis, seu omnium eorum, quæ ad jus naturale reduci debent, esse principium. Quæ cum ita sint, penitus cuncta scrutanti non aliud evidentius occurrit juris naturalis universi fundamentum ac scaturigo, ex qua, uti ex fonte rivuli, ex radice rami, derivanda erit omnis iustitiæ ratio, quam jus Dei creatoris potentis quidem, sed & pariter benigni ac summe benefici in suas creaturas. Produxit nempe Deus ter Optimus Maximus ipsum hominem, & omnia reliqua in usum ejus. Quod ratione recta ac judicio suo homo percipiens, & benevolentiam, sapientiam, potentiamque creatoris agnosens maximam, non potest non sibi conscius ac convictus esse natæ ex ipso creationis beneficio obligationis illius altissimæ, qua ad religionem ac cultum divinum, quin & amorem, humillimamque simul subjectionem creatori benignissimo exhibendam devinctus est: usque adeo, ut si, spreto hocce bonæ mentis dictamine, in alia omnia contraria ire festinaret, eum saltem tanquam potentem ac punire valentem, pari mentis suæ conscientia reformidare deberet, quem ut auctorem suum beneficium colere noluit ac venerari. Eo modo, quo (si summis ima componere liceat) acceptæ libertatis, rei inestimabilis, immemor libertus, si honoris, amoris & obsequii vice, contumelias & injurias patrono rependeret, iram ejusdem justamque indignationem extimescere deberet, ac meritam beneficii collati retractationem. Quo etiam tendit illud *Lactantii*, primum iustitiæ fundamentum esse, Deum cognoscere ut parentem, eum metuere ut dominum, diligere ut patrem, vitata omni superstitione. Cumque sui existentiam quisque post Deum suis immediate debeat genitoribus, non potest non ex generationis ac novitatis beneficio devinctus esse ad omnia pietatis & obsequiorum genera iisdem provirili exhibenda. Unde et a *Pomponio* cum religione erga Deum conjuncta fuit obligatio, ut parentibus & patriæ, velut almæ matri pareamus, l. 2. ff. b. i. Nec aliud *Ciceroni* placuit, cum lib. 1, de officiis in fine scriberet: *In ipsa communitate esse gradus officiorum, ex quibus, quid cuique præstet, intelligi potest, ut prima Diis immortalibus, secunda patriæ, tertia parentibus, deinceps gradatim reliqua reliquit debeantur.* Obligationi huic primæ erga sui auctores proxima est, ut si productus a creatore homo, ejusque ductus veneratione, propriæ studeat conservationi, caveatque, ne contra auctoris sui scopum in sui ipsius interitum ac destructionem allaboret aut cooperetur; ac proinde utatur quidem illis, quæ ad vitæ sustentationem sibi a creatore suppeditata videt, nequaquam vero iisdem abutatur in sui perniciem aut lationem. Qua ratione etiam eloquentiæ Romanæ parenti visum fuit, unumquodque animal, simul atque natum est, ipsum sibi conciliari ac commendari ad se conservandum, atque ad suum statum, & ad ea, quæ sunt conservatoria ejus status: alienari autem ab interitu, iisque rebus, quæ interitum videntur afferre. Et quia res ipsa loquitur, vix esse, ut quisquam sine hominum aliorum adjumento vitam suam feliciter transigat ac sese tueatur, dum nemo

simul omnia tum opificia, tum artificia, ad sui conservationem expedientia, callere potest aut prae-
stare; consequens fuit, ut natura duce pronus es-
set & inclinatus in pleniorē societatem cum aliis
excolendam, vitæque communitatem. Quo vero
magis socialitatis istius gauderet emolumentis, ne-
cesse fuit, ut, sicuti primo loco propria, ita & se-
cundo totius humani generis studeret conservati-
oni, tum sobolem procreando educandoque; atque
ita supplendo mortalitatis suæ defectum; cum, te-
ste Cicerone lib. 4. de finibus, *omnis natura velit
esse conservatrix sui, ut & salva sit, in genere
conserveur suo*: tum etiam conferendo ac pra-
stando illud omne, quod videri potest aptum esse
ad promovendam ulterius confirmandamque indu-
ctam illam inter homines vitæ communitatem. Et
quia sua cuique ratio ac sensus communis dicta-
bat abunde, eam in universum destructum iri, si
quisque nil præter propriam præsentemque specta-
ret utilitatem; aut (quod peius) ius sibi aliquod
commentitium in omnes & omnia secundum po-
tentiam suæ vires arrogaret; non aliud supererat,
quam ut ex opposito mutua cum aliis recipiando
humanitatis officia, tribuendo aliis, quæ ipsis com-
moda, recipiendo vicissim ab illis, quæ sibi putaret
expedire in vitæ tuitionem, magis magisque con-
stringeret commune consortii vinculum ac sodali-
tatis. Quo Seneca respiciens lib. 1. de ira cap. 5.
*Homo, inquit, in adiutorium mutuum generatus
est: beneficii enim humana vita consistit & concor-
dia; nec terrore, sed mutuo amore in fœdus auxi-
liumque commune constringitur.* Iterumque lib. 2. de
ira cap. 31. *Ut omnia inter se membra consentiunt,
quia singula servari totius interest; ita homines
singuli parent, quia ad cælum genti sumus; salva
enim esse societas nisi amore & custodia partium
non potest.* Atque hinc deprompta generalia illa iu-
ris naturalis præcepta, ne quis alteri faciat, quod
ipse sibi fieri nolit; ex adverso præstet aliis, quod
sibi ab illis præstari exoptet; quod quisque juris in
alterum statuerit, eodem etiam jure utatur. Hinc
quoque est, quod quisque, dum sibimet ipsi proxi-
mus est, non tantum adversus aliorum a recti tra-
minis recedentium imminentes injurias sibi cautelis
varils innoxilis jure prospiciat; ac parietes, mœ-
nia, fossas furibus, prædonibus, hostibus opponendo,
suæ consulat securitati; sed & adversus aliorum
violentiam sese defendat, vim vi repellat, arma ar-
mis, etiam cum aggressorum nece, aliter vitam aut
pudicitiam tueri, ipsis incolumibus, haud possit,
atque ita inculcata tutela servet moderamen, l. 1. C.
unde vi l. 1. §. vim vi 27. l. quod est 3. §. cum
igitur 9. ff. de vi & vi armata, l. 1. §. item 4.
ff. ad leg. Corn. de Sicariis, l. scientiam 45. §. qui
aliter, 4. ff. ad leg. Aquil. l. 3. ff. b. t. Ci-
cero passim in oratione pro Milone.

16. Jus autem hoc naturale, tanquam divina pro-
videntia constitutum, firmum semper atque immu-
tabile permanet, §. pen. Instit. de jure nat. gent.
& civil. *Est quidem, inquit Lactantius divin. Insti-
tit. cap. 8. vera lex, recta ratio natura congruens,
diffusa in omnes, constans ac sempiterna, qua vo-
cet ad officium jubendo, vetando a fraude deterreat,
neque vero per senatum aut per populum solvi hac
lege possumus.* Cum enim recta ratio, quæ natura-

le jus vel includit vel ingreditur, originem suam
immediate Deo debeat, & ad ipsam divinam justi-
tiam sese referat, velut imago divina legis, & qua-
dam ejus expressio; necesse est, ut ipsum quoque
hoc jus immutabile sit: ne alioquin admissa muta-
bilitate, in Deo quoque variationem, & consilii
prioris veram penitentiam, atque ita vel erroris
prioris confessionem, vel recte constitutorum muta-
tionem in pejus admittamus. Quod quantum cum
Dei sanctitate ac perfectione pugnet, nemo non vi-
det. Grotius de jure belli & pac. lib. 1. cap. 1.
num. 10. in med. Hornius de civitate lib. 2. cap.
2. n. 5. N. Noode probabilium lib. 2. cap. 11.

17. Interim non eundem inficias, quin hoc jus
in thesi immutabile, mutabile tamen sit in hypothesi,
ut loquuntur. Quo non aliud denotatur, quam ge-
neralis juris naturalis præcepta, ex rectæ rationis di-
scamine profluentia, exceptiones quasdam pati; quæ
tamen & ipsæ non minus naturali ratione subnixæ
sunt, atque adeo præceptis ipsis universalibus non
vere contrariantur, aut ea subvertunt, sed magis
firmant, secundum illud vulgatum: *Exceptiones
corroborare regulam in casibus non exceptis.* Qua
ratione licet jus natura in universum vetet homi-
cidia; latronis tamen vim inferentis eadem per-
mittit, ac sceleratorum jubet supplicia per iudices
imponenda. Quin & cum multa jus naturale suaserit
quidem, at non præceperit, nec vetuerit iis
contraria: consequens fuit, justis causis urgenti-
bus a tali suasionē jure recedi. Quo modo & li-
bertates, & rerum communiones, & alia plura his
similia, primos inter mortales ex naturali suasionē
viguisse constat; a quibus tamen multiplicato deinceps
humano genere, bellisque ferventibus, per in-
troducendam dominiorum distinctionem, ac subsequen-
tam ex captivitate servitutem non sine justa ratio-
ne recessum fuit. Immutabile scilicet est jus natu-
rale, quod honesta præcipit, turpia vetat; quod vero
licita, sive intermedia permittit, a jure civili tem-
peramentum & moderationem mutationemque pro
parte pati potest.

18. Jus gentium est, quod apud omnes, vel sal-
tem moratiores gentes obtinet, & peræque custodi-
tur, ac recte in *primarium & secundarium* dividi-
tur. *Primarium* quidem nihil aliud est, quam jus
naturale hominum a gentibus receptum. Ubi enim
rationis naturalis dictata apud gentes plerasque ser-
vari contingit, ea juris gentium nomen ab usu gen-
tium assumere, haud absurdum est: quæ tamen ip-
sæ, si populi plerique moratiores aspernarentur, in
nudis juris naturalis subsisterent terminis ac deno-
minatione, §. 1. Inst. de jure nat. gent. & civil. l.
omnes populi 9. ff. b. t. Unde & juris hujus exem-
pla ex iis, quæ jus naturæ jubet, a Jurisconsultis
videmus allata, qualia sunt erga Deum religio, ut
parentibus, ut patriæ pareamus, l. 1. in fine, l. 2. ff. b. t.
Secundarium dicitur, quod non tam ex rationis li-
ce exortum, quam potius ratiocinatione legitima
collectum est, & accommodatum non tam incorrup-
tæ naturæ bonitati, quam depravatæ necessitati-
bus; adeoque, quod usu, & humanis necessitatibus
exigentibus gentes sibi constituerunt, §. 2. Instit.
de jure gent. nat. & civili. Quod non ita accipien-
dum, quasi jus aliquod gentium esset, gentes omnes,
quæ tales, obligans, omnes populos in publicis in-

ter gentes commercii devinciens, sic ut peccaturi essent ac puniendi, quoties a tali recederent jure; uti jus naturale cunctos homines obstringit, cives omnes jus civile. Tale enim quid inter gentes actum, tale populorum omnium, qua talium, commune vinculum haud deprehendo. Quin potius quacumque juri gentium secundario in publicis privatisque negotiis adscribuntur, non alio sensu a gentibus constituta dici possunt, quam quia id, quod, humano generi multiplicato, per ratiocinium videbatur utile, & ad promovenda inter homines commercia expeditum. Paulatim nunc hujus, nunc alius populi usu, & ita tandem gentium plerarumque comprobatum fuit: nulla de cetero universali obligatione gentes adstringente. Qua propter & ocius alibi, alibi serius ea, quae juris gentium esse dicuntur, recepta constat: & rejecta vicissim sine justitia violatione, quae quondam gentibus ut aequa placuerant. Ita, verbi gratia, cum non omnia singulis suppetere, nec omnis ferret omnia tellus, necessitas pariter atque utilitas commercia suasit mediantibus contractibus plenius excolenda: inter quos antiquissima quidem, & ad simplicitatem proximè accedens apparet permutatio. Sed cum non semper ea nobis essent superflua, quibus alius vicissim indigebat, emptio successit, adinventio nummo seu numerata pecunia, res quasvis alias aestimante, l. 1. ff. de contrab. emtione. In gratiam deinde eorum, quibus pretium emtioni rerum sufficiens deerat, introducta locatio, ut modica pecunia rerum sibi utilium temporarium pararent usum. Quod si nec tantum suppetere, unde merces constitueretur; vel ad aliorum liberalitatem gratuito impetrato rerum usu, recurrendum fuit; unde commodatum atque precarium originem traxerunt: vel comparandi aliunde fuere nummi, in rerum necessariarum emtione conductionemve deinceps impendendi: unde mutuum natum est. Ac ne creditor interim de sorte periclitaretur, res alias securitatis causa usque ad mutui restitutionem ei vicissim tradi, aequum visum; quod pignoris conventionie interveniente factum. Sed & cum non omnes ad sua gerenda vel asservanda apti aut proclives essent, atate, absentia, peregrinatione, sexus verecundia, imperitia, desidia intervenientibus, alteri ea mandato vel deposito committi placuit. Quod si soli negotiis expediendis pares non viderentur, assumtis adiutoribus, societatem iniri, & partitis operis rem geri, receptum fuit. His igitur aliisque similibus conventionum speciebus cum subveniretur quam maxime indigentiae rerum plurium, quae plures laborabant; non mirum fuit, gentem unamquamque, quo cultior esse desiderabat, eo quoque magis sum in usum eas introduxisse, vel admisisse populis ab aliis jam ante inventas, atque insuper peculiaribus non raro legibus circumscriptis. Neque tamen ulli genti ratione intrinseca, ab honestate vel turpitudine desumpta, imposita fuit obligatio contractus tales alii cum gentibus exercendi; nec peccare censendi, aut justitiae praeceptis refragari, qui commercia populis exteris interdiciunt in solo suo; atque inter ipsos cives suos quasdam improbant vetantque contractuum species, quoties illas civibus suis haud expedire persuasi sunt: non magis, quam nostris & multorum aliorum moribus in justitiam incurri-

tur, dum servitutum ac manumissionum jura inveniantur abolita, ut minus conducentia, utcumque passim olim inter gentes laudata. Nec aliud ferendum de iis iudiciis, quae ad publicos gentium actus pertinent; qualia sunt legationum jura, sollemnes bellorum denunciationes; aliaque his affinia plura; cum & haec non ita, uti jus naturale, ex certis possint deduci principiis, sed ex usu & voluntate gentium praecipue modum formamque acceperint. Etenim, quod missi ad socios & amicos populos legati, ab iisque pro talibus agniti, sancti habentur, id non ex quodam secundario jure gentium, sed magis ex fide data, atque adeo ex ipsius juris naturalis principiis, datam fidem cuique etiam privato servandam, praecipientibus, descendit. Sed & quod ab hoste ad hostem ablegati ab injuriis ipsorum hostium tuti ac immunes sunt, id non aliunde derivandum puto, quam quod gentes moratiores, pacem bello multisque triumphis potiore iudicantes, si honestis possit iniri legibus, ejus obtinenda plerumque non aliam magis aptam viam invenerint, quam si admissis ex hostium numero nonnullis, tanquam legatis, de reducenda concordia novisque foederibus pangendis tractarent. Cum autem, tale munus legationis apud hostes, belli jure quidvis valentes, non facile quemquam suscepturum, persuasi essent, si non securitatem & tuitionem is sibi in adeundo ac recedendo sperare posset ac polliceri; expedire sibi censuerunt, hostium quoque legatis inviolabilem apud se concedere incolumitatem, & ita caduceatoribus in bello pacem facere: quibus consequens est, ut & ipsos inter hostes sanctitas legatis non aliunde, quam ex fide data ac promissa securitate, adeoque rursus ex jure naturali petenda ac defendenda sit. Unde & novum non est, nec rationi jurive adversum, ut, qui necdum sibi pacem conducere opinabantur, insidiosam infidamque paci bellum praferentes, vel eos jam missos repellerent, vel denuntiarent; ne ad se legati mitterentur, alioquin eos hostium loco fore, ut pluribus confirmat Grotius de jure belli ac pacis lib. 2. cap. 19. num. 5. & 5. Et cum non eam a legatis utilitatem speremus, nec proinde fidem iis dederimus, quoties eos non ad nos, sed ad hostis nostri amicos ac confederatos ab hoste nostro missos deprehendimus, nullo quoque jure tales securitatem a nobis expectaverint aut incolumitatem; sed belli jura captivitatemque aequè subire cogendi erunt, ac quilibet alii, nullo legationis titulo insignes, Grotius d. lib. 2. cap. 19. num. 5. in med.

19. Quod si contra recte rationis dictamen gentes usu quidam introduxerint, non ea jus gentium recte dixeris, sed pessimam potius morum humani generis corruptelam. Atque hinc est, quod Jurisconsulti nostri, in ipso jure gentium concurrentem cum usu rationem considerantes, ea quoque, velut a recta ratione profecta, juri naturali duxerunt adscribenda, quae propriae juris gentium secundarii erant; in quantum, usu praesupposito, humanisque necessitatibus, haec ab aequitate & ratione ratiocinata (ut aiunt) videbantur dictari: quales, verbi gratia, furtorum prohibitiones, dominiorum distinctiones, aliaque plura, §. 1. Instit. de obligat. quae ex delicto, l. 1. ff. de acquir. rer. domin. §. singulorum 11., & §. 12. Instit. de rer. divis.

20. Jus civile est, quod quisque populus sibi proprium constituit; quatenus ex iis, quæ jure naturali dictata erant, vel invaluerant jure gentium, sibi utilia desunuit ac probat; hisque alia, ex usu suo proprio, suo addit arbitrio. Quo sensu Cælius in l. omnes populi 9. ff. b. t. omnes populos, qui legibus & moribus reguntur, partim jure proprio, partim communi omnium hominum jure uti, auctor est. Atque inde jus civile non male distribueris, quod vel origine sit tale, vel sola comprobatione. Jus civile comprobatione est, quod vel a ratione naturali constitutum, vel ex ratiocinio justo alias apud gentes introductum, velut æquum & bonum in civitate receptum est. Sic enim & homicidia, & adulteria, & furta, & alia scelera quam plurima damnat quidem jus naturæ ac gentium, sed & prohibet jus civile, atque ita dispositionem juris naturæ vel gentium sua confirmat auctoritate. Origine jus civile dico, quod sine certo ac peculiari juris naturalis fundamento in civitate constituitur, etsi non careat generali aliqua æquitatis ratione. Quo pertinent testamentorum, & aliorum actuum plurimæ solemnitates, Falcidia detractio, Macedoniani ac Velleiani Senatusconsulti dispositio, alique plures Romanorum tum antiquata, tum usu etiamnum servatae leges. Quadam scilicet sunt, quæ homines nolle aut velle debent, quia in se continent honestatem aut turpitudinem quandam moralem: quadam, quæ ea sola ratione justa sunt, quia ea justa esse volunt qui jubendi potestatem habent; sic ut eorum arbitratu illa vel agenda sint vel omittenda, & pro ratione præcipue stat jussio atque voluntas imperantis. Apposite admodum, quæ de patre Gellius notat. Att. lib. 2. cap. 7. ad legislatorem hic transtulerimus, omnia, inquit, quæ in rebus humanis fiunt, sicut docti censuerunt, aut honesta sunt, ut fidem colere, ut patriam defendere, ut amicos diligere, ea fieri oportet, sive imperet pater, sive non imperet: sed quæ his contraria, quaque turpia & omnino iniqua sunt, ea nemo imperet quidem. Quæ vero in medio sunt, & a Græcis tum ἀδιάφορα tum μέσση appellatur, ut in militiam ire, rus colere, honores capessere, causas defendere, uxorem ducere, uti jussum proficisci, uti accersitum venire, quoniam & hac & his similia per se ipsa neque honesta sunt neque turpia, sed proinde ut a nobis aguntur, ita ipsi adhibitis aut probanda fiunt, aut reprehendenda; propterea in ejusmodi omnium rerum generibus patri parendum esse consent, veluti si uxorem ducere imperet, aut causas pro reis dicere: quod enim utrumque in genere ipso per se neque honestum neque turpe; idcirco si pater jubeat, obsequendum est. Quæcumque indifferentia sunt, si in hanc aut illam partem a legislatore definita inveniamus, sic ut post legem in republica latam jubendo justa facta sint, aut vetando injusta, ea juri civili, quod origine tale est, non hæsitanter adscribemus.

TITULUS II.

De Origine juris, & omnium Magistratum; & successione prudentum.

SUMMARIA.

1. De primis juris Romani initiis usque ad legem 12. tab. deque ejus compositione.
2. De incrementis varii juris post duodecim tabulas usque ad tempora Justiniani.
3. De jure Justiniano, libris Basilidarum, aliisque Græcis juris auctoribus.
4. De compositione juris Canonici.
5. De Compositione juris Feudalis.
6. Quæ sit auctoritas Novellarum Leonis, & aliorum Imp.
7. De magistratibus Romanis, remissive.
8. De successione prudentum, & sectis jurisconsultorum.
9. Notatur, distinctior olim fuisse Jurisconsultorum & causarum oratores, nec omnes Jurisconsultos aequè in omnibus juris partibus fuisse peritos.

1. TRIA potissimum b. tit. tractari, docet tituli inscriptio, quorum primum est initium & incrementa juris, alterum origo magistratum, & tertium successio prudentum: quæ non tam singulatim exponere, quam notatis summis capitibus, ad antiquitatum & historię juris Scriptores lectorem remittere constitui. Jura quod attinet, principio Regum arbitria, uti apud alias plerasque gentes ac nationes pro legibus erant, teste Justino lib. 1. in pr. confirmante id pluribus Demostro in notis ad Rosin. lib. 9. in pr. ita & penes Romanos id obtinuisse Pomponius in l. 2. §. 1. b. t. Tacitus lib. 3. Annal. cap. 26. Dionysius Halicarnassæus lib. 10. cap. 1. alique tradunt. Sed cum id minus e resurgentis novi regni videretur, nonnullæ ab ipsis Regibus Romanis leges conditæ, quæ a Papirio collectæ, leges Regiæ, ab auctoribus, a collectore juri Papirianum appellatæ, l. 2. §. 2. & 36. ff. b. t. cuius vestigia tum in pandectis l. 2. ff. de mortuis inferendo, tum apud rei Romanæ scriptores occurrentia, collegerunt varie Ant. Augustinus, Contius, Manutius, plures alii, ac ex his Rosinus antiquit. Roman. lib. 8. cap. 5. Ejectis Regibus, cum rursus incerto jure populus aliquandiu usus fuisset, per Decemviros a Græciæ civitatibus variæ leges petitiæ sunt, & in decem tabulas redactæ; cumque his deinceps aliæ duæ essent superadditæ, ex accidenti duodecim tabularum leges dictæ sunt; in quas tamen etiam ex legibus Regiis plura capita esse per Decemviros translata Cujacius monet lib. 3. obs. 40. Has vero leges 12. tabularum, ut Tacitus Annal. 3. cap. 27. haud veritus est dicere finem æqui juris; quatenus recentiora populi Romani scita non eadem sinceritate ordinumque consensu fuerunt conditæ; ita & Cicero omnibus philosophorum bibliothecis prætulit lib. 1. de oratore cap. 44. *fermant, inquit, omnes licet, dicam quod sentio. Bibliothecas merbiculo omnium philosophorum unus mihi videtur duodecim tabularum libellus, si quis legam fontes & auctoritatis pondere & utilitatis ubertate superare. Congestas eas va-*

ria atque digestas pro suo quisque arbitrio, aut commentariis illustratas dederunt Ludovicus Charundas, Ruyardus, Lipsius, Anton. Augustinus, Ant. Clarus Sylvius, Balduinus, Contius, Jac. Gothofredus, & alii plures.

2. His accesserunt legis actiones, certa scilicet ac solemnes formulae per Jurisconsultos accommodatae, quae breviter erant duodecim tabulis comprehensa: & juris Flaviani ac Aeliani nomine donatae; a Gnaeo Flavio, Appii Claudii scriba, qui easdem Appio surreptas populo donaverat, & a Sexto Aelio, qui prioribus alias adjecerat, l. 2. §. 5. b. 7. b. 1. adde Brissonium antiquis. Rom. lib. 4. cap. 20. Ingens praeterea incrementum juris accessit novis in dies latis legibus, Plebiscitis, Senatusconsultis, ac magistratum Edictis, tum temporariis, tum postea perpetuis; maxime vero post redactam in statum monarchicum rempublicam, Principum constitutionibus, collectis partim auctoritate privata a Gregorio & Hermogene, partim publica jussu Theodosii junioris: unde Codicis Gregoriani, Hermogeniani, Theodosiani, & Justiniani descendit denominatio. De hisce Jac. Gothofredus in manual. juris cap. 2. §. 5.

3. Justinianum vero nostrum Institutionibus, Pandectis, Codice repetitis praedictionibus, & Novellis Jurisprudentiam Romanam absolvisse vel dapondis notum: uti & illud, quod Pandectis per Codicem, Codici per Novellas, Novellisque anterioribus per posteriores, quin & ipsis legibus Codicis anteriorum Principum per leges posteriorum Imperatorum, eidem Codici insertas, sit derogatum. Wissembach in Compens. ad Cod. in pr. de compositione Codicis num. 5. 6. 7. 8. Paulus Voet ad §. 6. praemii Instit. num. 2. Bookelmanus ad Pandect. in prolegomenis num. 4. Erepto deinde ab hominibus Justiniano, & vastata per barbaras gentes Italia, uti Lingua Latina, sic & Romanae leges neglectae jacuerunt, licet quodammodo postmodum revocatae, compositis & editis Graece libris Βασιλικῶν sub Imperatoribus Basilio Macedone, Leone, & Constantino Porphyrogeneta: quemadmodum & scriptis Photii Nomocanon, Michaelis Artallatae, & Harmenopuli Manuale, Theophili Institutiones, aliaeque plura Graece, de quibus prolixius agit notitia reliquiarum juris veteris, & post Justinianae Jurisprudentiae praemissa Corp. Juris, edito Amstel. & Lugd. Bat. anno 1664. in solio. Jacobus Gothofredus in Manuali juris cap. 6. Josephus Maria Suarez de notitia Basilicorum, praemissis libris Βασιλικῶν, a Fabrotto editis. Seculo tamen duodecimo, tempore Lotharii rursus in lucem protrahendum, ac in usum revocatum: ipsa Justinianea, Romanorum ubique per Iracrium, & alios fame hilarioris interpretes tum illo, tum seculis sequentibus cepit doceri, quorum plerumque vitas enarratas vide apud Forsterum, Historia juris lib. 3. cap. 5. Et seqq. usque ad finem.

4. Sed & eodem fere tempore composi coeptum jus Canonum. Ac primo quidem tempore Eugenii Papae Gratianus eam collegit partem, quae Decretum appellatur. Jussu deinde Gregorii IX. epistolae Pontificum Decretales compilavit, & in quinque libros digessit Raymundus. Bonifacius VIII. sextum addidit, sed in quinque libros subdivisum.

Hic Clementina adiecta a Clemente V., & Johanne XXII. ac tandem accesserunt Extravagantes. Septimum quidem Decretalium librum, a Petro Matthaeo Lugdunensi Jurisconsulto congestum, ut & Pauli Lancellotti Institutiones Juris Canonici, posteriores exhibent corporis Canonici editiones, sed nulla publica auctoritate donatas.

5. Composita quoque ac collectae consuetudines Feudales ab Oberto de Orto & Gerardo Nigro Capagisto Consulibus Mediolanensibus, aliisque incertis auctoribus, ut vult Cujacius, iisque ab eodem plura extraordinaria subjuncta ex Alvaretto & Ardzione capitula, ac quintus feudorum liber. De hisce & in universum de juris historia vide latius Besoldum delib. juris part. 2. in pr. in dissertat. de libris utriusque juris.

6. Ceterum quod attinet Novellas Leonis, & Heraclii, Nicephori, Comneni, Frederici, Henrici VII., aliorumque plurimum Imperatorum posteriorum constitutiones, corpori juris Justiniani additas, verius est, eas nec juris Romani propriae dicti partem facere, nec pariter esse cum eo jure auctoritatis. Similiter modo, licet restituta a viris doctis in Codicem leges ex libris Βασιλικῶν, & aliis Graeciae Scriptoribus, illustrandi gratia allegari non sit incongruum; ad probandum tamen in foro atque scholis frustra adduxeris, tum quia nunquam a nostris probatae ac receptae. Proceribus, tum quia, eas saepe tantum Graecorum constitutionum epitomae esse, constat ipsis constitutionibus incuria & injuria temporum deperditis. Ant. Matthaeus de aulion. lib. 2. cap. 6. num. 13. Brunemannus in cod. in prolegomenis ad tit. de novo Cod. faciendo in fine.

7. Parte tituli altera de magistratibus Romanis tractatio comprehensa est. Quorum initia, officia ac potestatem exponere non mei instituti est; maxime cum ipsi Pandectarum compilatores contenti fuerint libri primi partem alteram istis destinare magistratibus, quorum frequentior in legibus & mentio & usus erat. Praeter quos si cui volupe fuerit exspatiando liberius perquirere, quae recensitorum a Pomponio in l. 2. §. 1. quin & aliorum extra hos plurimorum ordinariorum & extraordinariorum, majorum ac minorum, urbanorum ac provinciarum magistratuum partes fuerint, quae munia, Rosinum adeat toto lib. 7. Antiquitatum Romanarum, postquam in capite secundo eorum exhibuisset summam catalogum, prolixius de iis disserentem.

8. Quod successionem prudentum attinet, qui in libera sternerint rempublica, qui dein sub Imperatoribus, quo quisque eorum vixerit seculo, quibus imperantibus, quos libros scripserint, quibus conspici honoribus, docet ex parte Pomponius in l. 2. §. 35. Et seqq. b. 1. Jacobus Gothofredus in Manuali juris cap. 7. & prolixius Valent. Fosterus historiae juris civilis lib. 2. cap. 2. Et seqq. usque ad cap. 82. ac nuperime Clarus. D. Eck, Antecessor juris Ultrajectinus dignissimus in principiis juris civilis b. 1. uti & Nob. D. G. van den Meulen, in commentario ad Pomponii historiam de origine juris part. 3. Cumque non omnibus eadem staret in controversiarum decisione sententia, factum est, ut successu temporis Jurisconsultorum sententiae invaluerint, nata quidem potissimum ab Attejo

Capitone & Antistio Labeone; sed a præcipuis utriusque sequacibus nomina adeptæ; cum enim Capitoni Sabinus, Sabino Cassius successisset, Sabinianorum, ac Cassianorum denominatio Jurisconsultis, horum sententias probantibus, tributa est; Labeoni vero post Nervam succedente Proculo, setæ diversæ studiosius inde *Proculianorum* nomen natum. Quorum frequentes opinionum dissensiones quamvis magna ex parte Justinianus suis sustulerit insertis Codici repetitæ prælectionis decisionibus; plura tamen hujusmodi dissidiorum vestigia per Pandectas in veterum Jurisconsultorum responsis dispersa superesse, nequaquam dubium.

9. Ceterum distinctos olim fuisse à causarum oratoribus Jurisconsultos, vel Servii exemplo manifestum est, qui cum jam proximum a Marco Tullio locum in causis orandis obtineret, non ante juris civilis scientiam eloquentiæ fertur adjunxisse, quam acri Mucii reprehensione: *Turpe esse patricio, & nobili, & causas oranti, jura in quo versatur, ignorare*, velut contumelia ad id stimulatus, l. 2. §. 43. ff. h. t. Quemadmodum & olim non omnes omnium juris partium æque peritos fuisse, sed alios hanc, alios aliam Jurisprudentiæ materiam feliciter excoluisse, vel inde constat, quod & ipsi Jurisconsulti clementes suos rogati ad alios remittere non erubuerint, quos in ea juris parte candide agnoscebant semetipsis peritiores. Quintum certe Scævola Augurem, legum clarissimum & certissimum vatem, quotiescunque de jure prædicatorio consulebantur, ad Furium & Cassellium, tanquam quos scientiæ magis deditos, consultores suos rejicere solitum, Cicero pro Baldo & Valerio lib. 8. cap. 12. num. 1. auctor est: cum enim antiquitus de jure responderent, quotquot studiorum habebant fiduciam, non mirum, idem Jurisconsultis eo tempore accidisse, quod Medicis, ut, quemadmodum alii oculos, alii aures, alii alia vitia peculiariter morbosque feliciter curabant, alii omnes exercebant medicinæ partes; ita quoque alii ratione juris universi, alii tantum partium quarundam intuitu, peritiam supra alios insignem profiterentur ac comprobarent.

TITULUS TERTIUS.

De legibus, Senatusconsultis, & longa consuetudine.

SUMMARIA.

1. Mali mores legibus occasionem dant.
2. Quid sit lex, & cur dicatur virorum prudentum consultum.
3. Cur dicatur delictorum, quæ sponte vel ignorantia contrahuntur, coercitio.
4. Cur sit communis reipublicæ sponsio?
5. Lex debet esse justa & generalis, licet ratio legis non aequaliter in omnibus civibus militet.
6. Non evectis rationalitatem, quod aliquando legis ratio reddi nequit.
7. Perpetua quoque debet esse lex, ideo tabulis æneis solita incidi.
8. Ut & lata ab illis, qui juris condendi potestatem habent.
9. Denique etiam promulgata.

10. Lex passim in locis omnibus promulgata excepto loco uno, loci illius inhabitantes non obligat.
11. Lex lata omnes obligat subiectos, & advenarum quamdiu sunt in territorio.
12. An etiam legatos? & quid juris in delegatis cujusque provincia ad generalia Belgii fœderati collegia.
13. Quid juris in studiosis, potegre studiorum causa morantibus.
14. Quæ sit virtus legis, & quo respectu legeri suadentur & permittentes habeant legis vim.
15. An & quo iure princeps legibus solutus sit, & quomodo legibus vivere velit?
16. Quid contra leges gestum est, est ipso jure nullum; sed tamen multis modis id fallit, quod regulis ac exemplis illustratur.
17. Leges ad futuros casus pertinent, quandoque tamen & ad præteritos, quod regulis & exemplis docetur.
18. Interpretatio legis fit a Principe.
19. Vel a consuetudine.
20. Vel a iudicibus & Jurisconsultis; qui varias regulas tenentur observare.
21. De interpretatione legis per extensionem a casu vero ad casum fictum.
22. De interpretatione per argumentum a contrario sensu.
23. Si legitima interpretandi ratio non possit erui verus legis sensus, a Principe interpretatio petenda est.
24. Regulae generales de interpretatione etiam ad statuta hodierna extendi debent.
25. De dispensatione, quis eam facere possit, quis non; de quo jure, & quando licita.
26. Quid sint Senatusconsulta; idem aliquando tribui Senatusconsultis, quod alibi dicitur esse ex Principum orationibus aut edictis.
27. Quid sit consuetudo, & quomodo in statu democratico ac monarchico introducat.
28. Debet esse rationalis; alioquin corruptela est.
29. Requiritur & longum tempus ac actuum frequentia, arbitrio iudicis; actus duo non sufficiunt.
30. Non tantum judiciales sed & extrajudiciales actus sufficiunt.
31. Actus debent esse uniformes, nec alii disparēs intermixti; nec continentes spontanea juris sui renunciationem.
32. Consuetudo per allegantem probanda, si notoria non sit.
33. Quo modo probetur; non per unius Doctores assertionem, sic ut nec iurjurando suppletorio locus esse possit.
34. Nec per duos testes, sed per turbam testium.
35. Non sufficit testium turba, si testes singulares sint, aut si tantum negative deponant: sed necesse, ut de actibus frequentibus deponant, & simul testentur, se istis actibus contraria non vidisse observata.
36. Consuetudo eandem admittit interpretationem & extensionem, quam lex.
37. Consuetudo posterior abrogat legem priorem; quod tamen non perpetuum, maxime in statu monarchico.
38. Quid sit, legem antiquari, abrogari, et derogari, surrogari, obrogari.

59. *Leges non esse mutandas, nisi suadente id utilitate notabili.*
 60. *Qui legem abrogatam aut nunquam receptam fuisse ait, id probare debet.*
 61. *Lex promulgata quidem, sed numquam usu recepta, legis vim non habet.*
 62. *Edicto provinciali generaliter condito, non potest una istius provinciae civitas negligentia ac non usu seise subducere obligationi iuris edicti.*
 63. *Quo sensu verum sit, cessante ratione legis ipsam cessare legis dispositionem.*
 64. *Ius novum correctorium, quo modo plenam, quo modo strictam recipiat interpretationem.*

1. **U**SU probatum est, inquit Tacitus Ann. l. 15. cap. 20. *leges egrogias, exempla honesta, apud bonos ex delictis aliorum gigni. Sic oratorum licentia Cinciam rogationem, candidatorum ambitus Italiam leges, magistratuum avaritia Calpurnia scita pepererunt; nam culpa quam paucis tempore prior; emendari quam peccare posterior est. Mali scilicet mores ac calumniantium iniquitates occasionem bonis dederunt legibus; quae miseris praesidium, oppressis solatium, cunctis in eo quod iustum est tutum refugium praebentes, ex mente Justiniani neque in paupertate vivere, neque in anxietate mori quinquam permittunt, nov. 1. in epologo §. 1.*

2. Latiore sensu legem Papinianus definiit commune praceptum, virorum prudentum consilium, delictorum, quae sponte vel ignorantia contrahuntur, coercitio, communis reipublicae sponsio l. 1. ff. b. t. Virorum prudentum consilium cum dicitur, non temere, nec nudo soloque legislatoris arbitrio sine pleniore iustitiae & aequitatis ac publicae utilitatis examine legem ferri oportere innuitur. Sed adhibitis potius in consilium tum civilis sapientiae laude conspicuis, tum ejus negotii, de quo iura condenda, peritis. Qua ratione non ante ius codicillorum inductum constat, quam convocatis prius ab Augusto sapientibus, & usum codicillorum, velut utilissimum civibus ac necessariis Trebatio cum ceteris suadente ac collaudante, pr. Instit. de codicillis. Nec aliter in lege nova constituenda agendum esse, verbis perennitatem meritis sancitum a Theodosio & Valentiniano in l. 8. C. b. t. *Humanum esse probamus, inquiunt, si quid de cetero in publica privata causa emergerit necessarium, quod formam generalem, & antiquis legibus infestam exposcat, id ab omnibus antea tam proceribus nostri palatii, quam gloriosissimo casu vestro, patres conscripti, tractari; & si universis tam iudicibus, quam vobis placuerit, tunc legem dictari; & sic eam denovo collectis omnibus recenseri; & cum omnes consenserint, tunc demum in sacro nostri nominis consistorio recitari, ut universorum consensus nostra serenitatis auctoritate firmetur.* Quibus haud dissimilia de sacris iussionibus Justinianus decrevit nov. 152. cap. 1. Contra si fiat, & pro ratione legislatori suam tantum voluntas sit; tyranni merito dixeris cum Plinio in panegyrico Trajani, non boni Principis esse, quae temere vult, ea velle pro lege habere.

3. Additur, eam delictorum, quae sponte vel ignorantia contrahuntur, coercionem esse. Quamvis enim frequenter dolo delinquatur, sic ut deficiente peccandi voluntate plerumque nec delictum sit, &

effectus distinguat maleficia, nec delinquere censendi sint, qui aut ex consilii innocentia per atatem, aut ex fati infelicitate per furorem aut amentiam doli capaces non sunt, §. placuit tamen 7. C. §. pen. Inst. de oblig. quae ex delicto, l. qui iniuria 53. pr. ff. de furis, l. illud relatum 3. §. sane sunt 1. ff. de iniuriis, l. infans 12. ff. ad leg. Cornel. de Sicariis; attamen & sine dolo subinde delinquit, ut coercionis locus sit, evincit damnum iniuria, id est, dolo vel culpa etiam levissima datum, ac delictis accensum: ut, & si quis juris ignorantia seu rusticitate eos, quibus reverentia debita, sine venia in jus vocaverit, l. venia 2. C. de in jus vocando, aut per juris imperitiam male iudex judicaverit, pr. Instit. de oblig. ex quasi delicto, denique facta jurisve errore rem alienam quis, tamquam suam, possessori eripuerit, dum id per leges putabat licere, §. 1. Inst. de vi bonor. rap. Atque eo sensu ex Demosthene Marcianus vel sponte vel involuntarie delinquentes puniri, nec dolo tantum, sed & impetu delinquit, statuit l. 2. ff. b. t. l. perspicendum 11. §. delinquitur 2. ff. de penis.

4. Communis denique reipublicae sponsio ac commune praceptum est, in quantum populus communiter, se legi subiectum fore, tacite spondet, dum in statu democratico universim cum aliis legem eondit, vel societati hominum civili, cui legislator praest, sese in aristocratico vel monarchico regimine sociatum cupit.

5. Sunt autem varia legis requisita; etenim primo quidem iustam eam oportet esse ac rationalem, tam quantum ad materiam, dum honesta praecipit, turpia vetat, quam quantum ad formam, dum aequalitatem servat & aequaliter cives tenet: neque enim iura in singulas personas, sed generaliter constituenda sunt, l. iura 8. ff. b. t. Unde & iam olim duodecim tabularum lege cautum erat, ne privilegia irrogarentur; id est, ne privatis hominibus leges ferrentur, seu in privatos irrogarentur; uti Cicero pro domo sua, & de legibus, alibi testatur. Vide Ravaudum ad leg. 12. tabular. cap. 1. Etsi verum sit, labescente iam libera republica leges quasdam singularium personarum intuitu fuisse latas; veluti de Pompeii imperio, reditu Ciceronis, aliisque plurimis; Gellius Noct. Attic. lib. 10. cap. 20. Suetonius in vita Julii Caesaris cap. 28. & licet infrequentes non sint leges, quarum ratio non omnibus in civibus eodem militat modo, sed in plerisque tantum, quandoque & in paucioribus: quia tamen legislatori constare nequit, quinam ex magno civium numero id commissuri sint quod legi causam dedit, atque adeo lex haecenus vere caeca singulorum considerare non potuit virtutes aut vitia; ideo necessitas passim ac utilitas publica exegit, ob crimen vitiumve, in paucos forte cadens, legem in omnes promiscue sanciri. Hoc, quamvis, verbi gratia, plerisque in feminis laudandam inveniamus sexus verecundiam, ac filiosfamilias plerosque non malis deprehendamus imbutos moribus, sed a luxu ac insidiis parenti struendis quam alienissimos; quia tamen ex unius Carfaniae inverecundae postulantis ac iudices inquietantis facto, & ex pessimis unius Macedonis, improbi funeratoris, paucorumque filiorum familias luxuria dedicatarum indole corrupta, disci poterat, in reliquis idem pos-

se cadere in verecundia victim; & filiis familias, ac feneratoribus omnibus eandem posse sceleris causas a natura depravata subministrari; interdictionem merito, ne pro alio mulier postulet, neve mutuum accipiat filius familias, utcumque verecundia fuerint indubitata ac frugalitatis, l. 1. §. 5. ff. de postulando l. 1. ff. ad Senatusc. Maced. Sic ut in hisce, aliisque hujus generis legibus non vigeat axiomata vulgatum, cessante ratione juris, effectum quoque cessare, ac ipsam legis dispositionem; eo quod illam universaliter in omnibus cessare, verum non est. Tyraqueus in tract. cessante causa cessat effectus, limitat. 32. Fachineus controver. l. 10. c. 74. Grotius manducati. ad jurispr. Holl. l. 1. c. 2. num. 28. Et seqq. Zoësius ad Pand. b. t. num. 56. & 57. Quod si cui durum atque absurdum videatur, aequali jure cum improbis censeri bonos; cogitet, longe fore absurdius, impunita per leges esse maleficia, aut quibusdam lubrico ætatis luxure res suas perire; quæ tamen evenirent, si non in omnes lex lata esset, arg. l. ita vulneratus 51. §. astimatio 2. ff. ad leg. Aquil.

6. De cetero requisitum hoc rationalitatis in lege non eo subvertitur, quod non omnium, quæ a majoribus constituta sunt, ratio reddi possit, l. non omnium 20. ff. b. t. quodque lex servanda videatur etiam, cum prudentissimus latet ratio ejus, ut in specie legis liberum est 9. de religiosis. Cum aliud longe sit, seculorum decursu, temporumque injuria, aut historicorum neglectu excidisse, quæ prima juris condendi ratio fuerit; aliud, cum recta ratione legem pugnare. Cristinzus vol. 2. decis. 62. numer. 13. Vinnius select. quas. lib. 1. cap. 2. in pr. Et sane, ignoratam juris rationem non argueret ipsum irrationabile, specimine luculento non ita pridem comprobatum dedit D. Cornelius van Eck disput. 3. de action. & except. hereditar. liber. 8. dum justo niti fundamento docet, actionem in factum ob prohibiti mortui illationem, de qua Causus in d. l. 9. nec hæredi dari, nec in hæredem; licet Causus ipse miratus magis fuerit, quam veram istius juris rationem assecutus, vide tit. de mortuo infer. & repukho adific.

7. Perpetuitatem quoque in legibus exigunt, ut scilicet ea condantur intentione, ne unquam cesset earum obligatio; nisi, mutata hominum temporumque conditione, aut, cessante in universum ratione, eandem lege contraria vel consuetudine tolli expediat §. pen. Inst. de jure natur. gen. & civili l. 1. de quibus 32. §. 1. in fin. b. t. adde Conrad. Rittershusium ad Novellas in proamio cap. 3. Quales etiam perpetuitatis votum vel eo per Romanos indigitatum puto, quod cum annuo prætoris imperio finienda, vel ligneis tabulis dealbatis, vel alia simili facilius per injuriam temporis pereunte materia; solentur proponi, l. si quis id 7. ff. de iurisdic. leges ex adverso, ut aliæ plerique perpetuo duratura, æneis tabulis inscriberentur, atque ita scriptæ tum in ararium recondenderentur, tum etiam publice proponerentur universis cognoscendæ. Suetonius in vita Jul. Cæsaris cap. 29. Tacitus lib. 11. Annal. cap. 14. lib. 2. C. de fragmento urbis Constantinop. Benoaldus prolire. in notis ad Sueton. d. c. 28. ubi & Pomponium in l. 2. §. partes 4. ff. de origine juris, emendandum putat, ac pro obivels tabulis legendum, æneis.

8. Necesse insuper, legem ab illis ferri, qui juris condendi potestatem habent: quales in monarchico regimine Principes, in aristocratico Optimates, populus universus in democratico. Quæ ratione de suo quidem tempore Justinianus in l. ult. C. b. t. in presenti leges condere soli Imperatori concessum, ait, quarum tamen ferendarum facultatem libera in republica populo competisse, in aperto est: quo respiciens Julianus in l. de quibus 32. §. 1. ff. b. t. leges non alia de causa non tenere monet, quam quia populi judicio receptæ sunt, ac nihil interesse, an suffragio, adeoque lege simul & semel sancita, populus voluntatem declaret, an consuetudinem rebus ipsis & factis inducat, quæ in Imperatorum seculi moresque non quadrat. Quamvis inficias haud sit eundem, municipia quoque de negotiis, suam civitatem civesque spectantibus, jura condidisse, atque etiam condere; de quibus post plenius.

9. Ad validitatem denique legis promulgatio requiritur: quippe sine qua, uti innoscere populo non satis potest, ita nec eum devincire citra culpam ignorata. Leges sacratissima, inquit Imp. in l. 9. C. b. t. quæ contrungunt hominum vitas, intelligi ab omnibus debent, ut universi, præcipue earum manifestus cognitio, vel inhibita declinent, vel permitta selectum. Hinc & in Nerva velut æquissimum, aliquando laudatum, quod dixerit, ut leges cuiusque publici oculata ad id tempus præscriberentur. Tacitus Annal. lib. 13. cap. 51. Et Justinianus in suis præcipue novellis constitutionibus publicationem fieri disertis verbis frequenter jussit, novell. 2. 32. 43. & passim fere in epilogis. Sæpe hac de lege, ante publicationem non obligantes, usque adeo vera, ut ne statim quidem a promulgatione cives semper obstringant; sed subinde post duos denum, ex quo promulgata, menses nov. 66. cap. 1. quod & Ordinibus Hollandiæ superiori seculo placuit in Edicto (vulgo Politique Ordonnantie) anni 1580. art. 25. subinde etiam post mensis unius lapsum nov. 116. cap. 1. imo & ab ipso promulgationis die, l. pen. in fine C. de decurion. sic ut a mero legislatoris arbitrio dependere videatur, ex quo tempore lex promulgata subiectos obligatura sit. Quo modo etiam tempora vel longiora pro re nata ac circumstantiarum diversitate novis adfici constitutionibus, a moribus nostris alienum non est; quibus tamen non expressis, leges nostras protinus a promulgatione solemniter facta ligares, verius est. Gudelinus de jure novis. lib. 5. cap. 2. vers. sed utrum, Groenewegen ad novell. 66. cap. 1. venia nihilominus prudentis iudicis arbitrio haud deneganda tum peregrino transeunti & novo advenæ, tum civi, quem iuxta promulgata legis ignorantia lapsus, contra dictata ejus commississe patebit, arg. l. ult. ff. de decretis ab ordine faciend. Menochius de præsumption. lib. 2. præf. 5. Parens p. mem. Paulus Voet tract. de statutis sect. 8. cap. 1. num. 2. Responsa Jctorum Holl. part. 1. consil. 225.

10. Non promulgatam sane legem non obligare, sic apud omnes fere in confesso est, ut ne illi quidem obligari censendi sint, qui, eam jam compositam: prope diem publicandam esse, non ignorant; cum ita evenisset, legem non omnes aequaliter obstringere ac singulos ex populo, pro sua quemque.

legis faciendae scientia vel ignorantia, diverso uti jure. Quibus consequens est, ut statuamus, legem vel Edictum universale, passim fere per totam regionem publicatum, in uno tamen alterove loco, sive urbe, sive vico, neglectum promulgari, vel apparitorum incuria, vel alio quocunque casu, obligatum quidem esse locorum ceterorum inhabitantes, in quibus facta promulgatio; at illos nequaquam, in quorum urbe vicove neglectam constiterit. Ant. Thesaurus decis. 249. num. 6. Christinus vol. 1. dec. 53., & ad leg. Macchianens. in eplogo num. 31. Ant. Sola ad consil. Sabaudia in prom. glos. 4. num. 4. & seqq. Jacob. Coren. observat. 1. Henric. Kinschot responsa 40. num. 4. Gudelinus de jure noviss. lib. 5. c. 2. versus porro. Ant. Matthaeus de iustition. lib. 2. cap. 7. num. 29. Groenewegen. ad l. ult. ff. de decretis ab ordine fac.

11. Legis secundum enumerata requisita latae virtus & vis est, obligare ad sui observantiam conditionis cuiuscunque subjectos, sive plebejos, sive nobiles, sive privatos, sive honoribus conspicuos, vel etiam in Principis famulatio constitutos, l. omnes legibus 10. C. b. t. si non evidentur doceant, se jure singulari munitos esse. Mavivius ad jus Lubec. quest. preliminar. 3. n. 33. & seqq. Paulus Voet de statutis sess. 8. cap. 2. num. 4. 5. Nec subjectos tantum, sed & advenas ac peregrinos, quando in territorio morantur, Zoesius ad Pand. b. t. num. 20. Sed & ipsos subjectos non ultra, quam quatenus eo in loco domicilium fovendo subjecti manent: eo namque mutato, & aliorum translatio, nec domicilii prioris legibus, nec jurisdictioni adstricti sunt, arg. l. ult. ff. de iurisdic. And. Gal. lib. 2. observat. 36. Grotius inter responsa ICtor. Holland. pars. 5. cons. 129.

12. De legatis tamen, & studiosis dubitatum, an & illi, durante legatione, vel peregrinatione studiorum gratia, ligati sint legibus istius regionis, in qua legationis aut studiorum causa morantur? Legatos quod attinet, eorumque comites, cum non ex ea sint persona considerandi, sed absentes representent, a quibus missi, non alienum fuerit, si eos etiam fictione juris pro absentibus & quasi extra territorium constitutis habeamus. Cui consentaneum, ut nec teneantur jure civili istius populi, apud quem legationis causa degunt; non magis, quam quisvis alius re ipsa extra territorium illud domicilium fovens. Ut tamen inofficiose agentes, & jura gentis, ad quam missi, contumeliose usque adeo conculcantes, ut dissimulandum amplius haud, videantur juberi posse finibus excedere, delatis etiam admittentes querelis, Grotius de jure belli & pac. lib. 2. c. 18. num. 4. Quomodo, etsi per Philippum Macedonem parciunt quidem fuerit Demochari una cum aliis Atheniensium legato, proterve agenti; non tamen sine querimonia remissus est. Etenim, referente Seneca lib. 3. de ira cap. 23. *Philippus, audacia benignae legationis, dicit, inquit, mihi, facere quid possim, quod sit Atheniensibus gratum? excepit Demochares, et, inquit, suspendere. Indignatio circumstantiarum ad tam inhumanum responsum exorta est, quos Philippus conticescere jussit, & Thersitem illud saluum incolumentumque dimittere; ac vos, inquit, ceteri legati, nunciato Atheniensibus, multo superiores esse, qui ista dicunt, quam qui*

impune dicta audiant. Aliter paulo sese res habet in illis, qui ab una ditionum seu provincialium federatarum ad collegia universaliora Ordinum generatim, consilii Status, rationum, praefectarum maritimarum, similiaque delegati, a ditione sua vel urbe, in qua domicilium foverunt, absunt; quippe quos in dirigenda quotidiana vita ratione, legibus loci, in quo subsistunt, vivere debere, experientia testis est; licet ratione successionis ab intestato in ipsorum defunctorum mobilia, ut & quantum ad inventarii beneficium, aut constituendum bonis curatorem, aliaque his affinia, gaudeant jure domicilii, seu loci; unde Respublica causa absunt: uti haec propriis suis sedibus latius explicanda sunt.

13. Diversa plane studiosorum causa est: cum enim in his non militet illa maxima utilitatis publicae ratio, & jure gentium introducta sanctitas, secundum ea, quae tit. 1. tradita; consequens erit, eos quoque communi jure censi, ac illius loci parere legibus, in quo studiorum gratia morantur; eo modo, & eatenus, quatenus & peregrinantes alios, dum sunt in territorio, teneri dictum est. Nisi si quas peculiaris de moribus, coercitione, jurisdictione, similibusque circa studiosos inventiantur disposita; in quibus eos non eodem cum ceteris ejusdem loci incolis, sed singulari jure usuarios, etiam exemplo membrorum Universitatis, quae Lugduni Batavorum est, disci potest; quippe quae, praeter peculiaris fori & immunitatum privilegia, singularibus quoque gaudent iuribus in puniendis duellis, nocturnis grassationibus, ut & in supplicationibus adversus juridici Senatus Academici sententias, aliisque; secundum placita de hisce condita, & a nobis suis locis plenius tradenda. Quia tamen proprie dictum eo in loco non habent domicilium, sed peregrinare studiorum causa dicuntur, & amore scientiae exules fieri, *auth. habita C. de filiis pro patre*, ac vere absunt ab eo loco, in quo fortunatum summam habent constitutam, animo eo redeundi post emensa studiorum stadia, atque ita domicilium prius non mutaverunt, arg. l. civis quidem 7. C. de incolis. ideo quoque in successione, & aliis similibus, quantum ad mobilia, leges veri domicilii; quantum ad immobilia, rei sitae leges locum invenient, uti id in alio quovis inter peregrinandum moriente servari, in materia successionis, alibique dicendum est. Nisi & hic aliud jure singulari in usum studiosorum inveniatur inductum, Mavivius ad jus Lubec. preliminar. qu. 5. num. 24. & seqq. Parens p. mem. Paulus Voet de statutis sess. 8. n. 2. 3.

14. Obligat autem lex, sive imperet, sive vetet, sive permittat, l. legis virtus 7. ff. b. t. sive suadeat, l. 1. §. 3. ff. de peric. & commod. rei vend. l. is qui destinavit 24. ff. de rei vindicat. §. sin autem 3. Instit. de pupill. subtit. sive praemia tribuat, l. 1. §. 1. de justitia & jure, sive delicti gratiam faciat, l. cum lex 22. ff. b. t. l. non omnes 6. §. ult. ff. de re militari. Leges tamen suadentes ac permittentes quod spectat, vim quidem obligandi istae proprie non habent intuitu eorum, quibus suadent aut permittunt; dum id quod suadent permittuntve, in universum relinquunt arbitrio eorum ac potestati, absque ulla faciendi neces-

sitate; veluti, ut quis testamentum condat, tutores testamentum det, liberis impuberibus, aut mente captis substituat, vel palam, vel clam ob metum insidiarum hereditatem adeat, aut damnosa absteineat successionem. Reliquorum tamen civium respectu legis propriæ dictæ, & obstringendi effectum non carent, in quantum uni permittentes ea, quæ non subjacent juris necessitati, ceteris universis vetant, ne ullum isti libertati atque licentiæ per leges indultæ struant impedimentum; veluti, ne quis alium prohibeat cogatve testari, neve ad contrahendum, additionem hereditatis, aut repudiationem faciendam, aliaque familia invitum compellat, *tot. tit. ff. si quis aliquem testari prohib. vel coegerit. l. invitum. 11. C. de contrab. emi.*

15. An vero Princeps quoque legibus adstrictus sit, ancipitis certe disquisitionis est; Jus Romanum si consideres, olim quidem Reges Romanos legibus Regiis a se latis fuisse devinctos, Tacitus auctor est; *Præcipue, inquit, Servius Tullius sanctorum legum fuit, quos etiam Reges obtemperarent, Annal. lib. 5. cap. 26.* Sed postquam imperium Regiam quod post pulsam Tarquinium superbum multis fuerat seculis abolitum, iterum in Casare, ac præsertim in Augusto reductum fuit, qui Rempublicam civilibus discordiis fessam nomine Principis sub imperium recepit, atque ita Regiam exercere cepit potestatem: (*nam cum ad Imperatores summa Respublica referatur, furi non potest, quin sub regno Romani sint, secundum Dionem Cassium lib. 53. pag. mihi 507 in fine*) magis soluta legum vinculis cepit esse majestas Imperatoria, *l. Princeps 51. ff. b. r. Quod & Dion Cassius d. lib. 53. testatur, dum de Caesarum jure agens, ait: Aliud porro quoddam jus habent, nulli unquam Romano aperte & in omnibus rebus concessum: legibus enim soluti sunt imperantes, quo ipso solo & ea, quæ resulimus, ac reliqua etiam omnia agendi jus habent.* Nec tamen ideo optimi quique Principes eo jure sibi concessio semper usi sunt, aut Augustum exaruerunt Privilegium (ut habet *l. unic. §. 14. C. de caducit. tollenda*). Sed considerantes, tunc æqui observantorem reddi populum, cum suis Principem jussis parere videt, se, etsi legibus solutos, legibus tamen vivere velle constituerunt, *§. ult. Inst. quib. mod. testam. infirm. d. l. unic. §. 14. C. de caducit. tollenda. l. ex imperfecto 3. C. de testamentis;* dignam scilicet majestate regnantis vocem esse existimantes, legibus alligatum se Principem profiteri, suumque legibus submittere principatum, *l. digna 4. C. b. r. Quæ ratione, licet plura de se, suoque patrimonio privilegia induxerint, l. fiscum cum 6. §. 1. ff. de jure fisci, & liberalitates a se in alios, vel aliis in se collatas, subduxerint insinuationis necessitati l. sancimus 34. in fine principii, & auct. seq. de donation. nec manumissionum solemnibus sese adstringi passi sint, l. apud eum 14. §. 1. ff. de manumission. tamen & legem Falcidiam in relictis sibi legatis admisserunt, l. & in legatis 4. ad leg. Falcid. & inofficiosi testamenti querelam, l. Papinianus 8. §. de inoffic. testam. Nec ex testamento, solemnibus juris civilis destituto, quicquam censuerunt acceptandum, d. §. ult. Inst. quib. mod. testam. infirmantur, d. l. 3. C. de testam. Sed nec Romanis eam mentem fuisse, ut legibus omnibus cujusque conditionis suos Principes efficerent solutos, verius*

existimo; cum restrictionem ad legum solutiam, & quædam alia meri juris civilis, satis indigent ipsæ leges. Ita enim *lex imperii solemnibus juris Imperatorem solvitur dicitur d. l. 3. C. de testam.* Eumque cum manumissis, vindictam non imponere, ex *leg. Augusti l. apud eum 14. §. 1. ff. de manumission.* Idemque innuit fragmentum illud legis Regiæ, de Vespasiani imperio latæ, quod (si modo genuinum) in as incisum etiamnum asservari dicitur: cautum enim, *ut quibus legibus plebis scitis scriptum fuit, ne divus Aug. Tiberiusque Julius Caesar Augustus Germanicus tenerentur, iis legibus plebisque scitis Imperator Caesar Vespasianus solutus sit.* De Vespasiani certe imperio solemne a Senatu decretum fuisse interpositum, ex Tacito discimus, qui *lib. 4. histor. cap. 3. Senat. refert, cuncta Principibus solis Vespasiano decrevisse, letum & spei plenum.* Et quamvis verbis generalioribus Ulpianus Principem asseruerit, *legibus solutum esse, l. Princeps 51. ff. b. r.* id tamen ad leges caducarias Juliam & Papiam, similesque restringi posse, ex ipsa legis inscriptione, quæ habet *ad legem Juliam & Papiam,* manifeste colligitur. Cujacius *lib. 15. observ. 60. lib. 28. observ. 35.* Quibus accedit, quod quicquid Princeps Romanus habet, id totum populo Romano debuerit, quippe a populo sibi lege Regia, quæ de imperio ejus lata est, collatum, *l. 1. ff. de constit. Principum §. sed & quod 6. Inst. de jure nat. gent. & civil.* Unde & ab iis, quæ olim populus potuit, ad potentiam Principis argumentum dici videmus, *l. Barbarius 3. ff. de offic. Prætorii.* Cum ergo populus solvere non potuerit legum illarum vincula, quæ non a populo, sed a rectæ rationis dictamine habebant obligandi vim, etsi a populo comprobata; consequens fuit, solis legum civilium frenis Principem a populo, vel representante populum Senatu, potuisse subduci, atque in hisce agere arbitrari. De cetero & divinis legibus, & naturalibus, adeoque & iis, quæ dictamini rectæ rationis innitentes a gentibus receptæ sunt, obstrictum esse in conscientia Principem, licet in istas committens vulgatis haud sit poenis subjiciendus, sed magis Deum habiturus ultorem, non pluribus exsequar: cum id plenissime præstiterit Parens. p. mem. Paulus Voet in sua jurisprudentia sacra *cap. 1. tit. 2.*

16. Quod si contra leges quid actum, gestum contractumve sit, id ipso jure nullum est, adeoque nec servandum, etiamsi nullitatis comminatio nominatim legi subjuncta non sit; sic ut nec jurejurando firmetur, *l. non dubium 5. C. de legibus, l. juris gentium 7. §. & generaliter 16. ff. de pactis.* Nisi leges tantum sint permittentes aut suadentes; quippe quæ iis, quibus suadent, liberum relinquant arbitrium sequendi vel negligendi consilii a lege dati. Vel nisi privati tantum favorem contineant: cum enim quisque juri pro se introductione renunciare queat, *l. pen. C. de pactis:* fas erit, ut contra leges gesta subsistant, quoties concurrat consensus eorum, in quorum solum favorem atque providentiam quid a lege inductum fuit, usque adeo, ut, quæ ab initio tanquam contra leges gesta inutilia videri poterant ac inefficacia, subsecuto deinde eorum assensu, quorum vertebatur utilitas, rata fiant: uti id in nuptiis præsidis cum provin-

clari, iudicium contrahibus, mutuo per filiosfamili-
 as sine consensu patris accepto, aliisque, quæ re-
 censere longum foret, contingit, *l. ear qui 65. §. 1. ff. de ritu nups. l. cisi contra 6. C. de nups. l. unic. §. 1. C. de contrah. iudic. l. ult. C. ad senatusc. Macedon.* In quibus proinde jus publicum, idest, au-
 thoritate publica constitutum, & non ad publicam
 lationem, sed tantum ad rem familiarem respiciens,
 privatorum pactis mutari nihil vetat, *l. juris gen-
 tium 7. §. si paciscar 14. ff. de pactis.* Aliter, quam
 statuendum foret, si simul publica quadam verte-
 retur utilitas, *d. l. 7. §. 14. vel illi, quorum in
 gratiam quid inductum est, sexus fragilitate, atatis
 lubrico, aliove defectu laborantes, consensu suo no-
 cere sibi, & contra propria commoda labore ve-
 tentur: uti id in alienatione fundi dotalis ex con-
 sensu mulieris, minoribus, prodigis, aliisque, suam
 in perniciem contrahentibus, apparet, pr. Instit. quib. alienare licet vel non, pr. Inst. de auctorit. tut. l. 3. C. de integ. restitut. minor. l. is cui bonis 6. ff. de verbor. obligat.* in his enim verum
 est, quod vulgo traditum, jus publicum privatorum
 pactis non posse immutari; ac singulorum conven-
 tionibus non esse legibus refragandum, *l. jus publicum 53. ff. de pactis, l. Nervius quærit 20. ff. de reli-
 giosis, l. quod bonis 15. §. frater 1. ff. ad leg. Fal-
 cid.* Quid, quod nec ipso jure nulla sunt contra
 leges gesta, si lex pœna in contravenientes statuta,
 contenta sit, arg. *leg. sancti 41. ff. de panis;* uti
 id olim in lege Furia obtinuit, quæ quidem legari
 cuiquam ultra mille asses vetabat; sed si id factum,
 rato manente legato, supra modum capiens in qua-
 drupli penam damnebatur, Ulpianus in *fragm. tit. 1. §. 2.* atque etiamnum in dolo, in bonæ fidei
 contractus incidente, alienatione, iudicii mutan-
 di causa facta, aliisque multis in casibus receptum
 est, in quibus is qui legibus improbata fecit, ad
 id quod interest, lasso incipit devinctus esse, ne-
 gotio gesto in suo statu manente. Quales ideo le-
 ges, gesta non infirmantes, imperfectas, & mi-
 nus quam perfectas Ulpianus appellavit in *fragm. tit. 1. in pr.* Quin imo, cum non desint leges ve-
 tantes, & tamen neque infirmantes ea, quæ in con-
 trarium acta sunt, neque penam sancientes; inva-
 luit inde illud vulgatum, multa prohiberi in jure
 fieri, quæ tamen facta tenent. Quo modo quondam
 lex Cincia, supra certum modum donari prohibens,
 non tamen, si plus donatum fuisset, donata rescidit
 penamve decrevit. Ulpianus *d. loco.* Et cum
 miles vetitus esset procuratoris munere fungi; rata
 tamen jubentur esse ea, quæ per eum, nec ab ad-
 versario, nec a iudice repulsum, in iudicio gesta
 sunt. *l. filiusfamilias 8. §. veterani 2. ff. de pro-
 curat. junct. l. militum 7. C. eod.* Ac quamvis non
 debuerit sub conditione ferri sententia, si tamen
 ita lata sit, subsistet ut pura appellationis tempo-
 re statim labente, *l. 1. §. biduum 5. ff. quando ap-
 pelland. sit.* Rata quoque appellatio, ut sententia
 suspendatur, si ad superiorem quidem, sed alium,
 quam qui appellandus erat, facta sit; licet non re-
 ctè sic appellatum esset, *l. 1. §. si quis 3. ff. de
 appellation.* Quorum omnium hanc rationem puto,
 quod in hiis aliisque similibus ipsam gestorum rescissionem
 maiora sequerentur incommoda, major-
 que indecentia, quam ipsum actum contra leges ge-

stum; comitantur, Grotius *de jure belli ac pacis lib. 2. cap. 5. num. 16.* Præcipue vero nullæ non
 sunt, quæ contra leges gesta, si lex rescissionem ex-
 presse desideret, uti id in testamento inofficioso,
 alienatis in fraudem creditorum, metu gestis, aliis-
 que quam plurimis fieri manifestum est. Unde &
 quia nonnunquam ipsos inter juris interpretes con-
 troversum est, an ipso jure quid nullum sit, an
 vero per iudicem rescindendum, usu hodierno pas-
 sim fere in tribunalibus obtinuit, ut & adversus
 ea, quæ vere nulla sunt, majoris securitatis ergo
 restitutio impetretur, eaque mediante rescindatur
 quod actum, gestum contractumve fuit: etsi etiam
 citra restitutionem, allegata negotii nullitate,
 victoriam sæpius retulerint, qui ipso jure tuti erant;
 ut variis factorum speciebus rebusque iudicatis firmat
 Groenewegen *ad tit. Cod. in quib. causis restit. in integ. necesse non est;* & hoc communis
 praxeos fundamento niti putem, quod apud Grotium
manducit. ad Iurispr. Holl. lib. 1. cap. 2. num. 7.
 legitur, ita demum contra leges gesta ipso jure in-
 firma esse, si id lex nominatim expresserit; vel ei
 qui quid gessit, aut fecit gerendi facultatem & habi-
 litatem denegaverit; vel denique id, quod gestum
 est, manifesta ac permanente turpitudine laboret.

17. Porro leges futuris certum est dare formam
 negotiis, non ad facta præterita revocari, *l. leges 7. C. hoc t. l. ab Anastasio 23. §. ult. C. manda-
 di, l. contractus 17. C. de fide iurament.* sunt enim
 regulæ agendorum, præcepta vitas hominum
 constringentia, promulganda antequam obligent, ut
 supra dictum. Sic ut firma maneant, quæ novam
 ante legem ex pristini juris præscripto gesta sunt;
 ac, si pœna delicto, ante novam legem forte pœnas
 exasperantem commisso, imponi debeat, non ex nova
 legis pœna secuta, sed antiquæ dictamine coer-
 citio irroganda sit: quid enim (inquit Imp.) anti-
 quitas peccavit, quæ, præsentis legis inscisa, pristina
 secuta est juris observantiam, *l. jubemus 29. in fine C. de testam. Andr. Gayl. lib. 2. observ. 9. n. 3. & seqq. Gudelinus de jure novis. libr. 5. cap. 2. vers. utilis, seu num. 22. Loesius ad Pand. b. 1. n. 45. Paulus Voet de statutis sect. 8. cap. 1. n. 3. Abrah. & Wesel ad novellas constitt. Ultraject. art. 22. num. 29. & seqq.* Nisi tamen aliud
 nominatim & de præterito tempore & de præ-
 sentibus negotiis legislator expresserit, *d. l. 7. C. b. 1. quod potissimum fit, si favorabilia legibus novis
 constituantur, quæ ad casus etiam præsentis, sed necdum decisos aut transactione sopitos extendi, iniquum non est, favoribus scilicet ampliandis, (Exempla sunt in novell. 19. in præfat. l. sancimus 21. in fin. & leg. 22. §. 1. C. de sacrosanct. eccler.)* Nam ut negotia, jam dudum ex antiqui juris
 dictamine sopita, novæ legis occasione resuscitentur,
 aut everterentur, nec æquitas patitur, nec populi
 salus; cum inde maxima litium, confusionis, &
 incertitudinis rerum iurisque ansa nasceretur:
 ad quæ incommoda evitanda, publicamque utilita-
 tem populi tuendam, cum comprobata quoque in-
 veniantur ea, quæ non jure gesta sunt, *l. Barbarius 3. ff. offic. pratoris,* multo minus mutanda fue-
 runt, quæ antea aut secundum jura ipsa, aut juxta
 certam, quam jura semper habuerunt, interpretationem
 facta, transacta, decisa sunt, *l. ult. in fin. C.*

part. 2. tit. 2. art. 28. num. 86. 87. D. Joh. a Sommeren *de jure novæcar. cap. 1. numer. 1. in med. Abr. a Wesel ad novellas constit. Ultraject. art. 10. & n. 10. seqq.* Quæ cum ita sint, quæ quæso ratio suadebit, ut nos in angustum magis cogamus ac coarctemus jurum nostrorum potestatem, & ad similia extensionem, atque ut humilior de eorum sive æquitate & justitia, sive viribus sentiremus, quam de suis judicarent Romani? Inepta proinde judicanda sunt, ac nimis temere prolata, quæ non raro apud Interpretes leguntur, strictissimam nempe esse debere statutorum interpretationem, nec extendi ea oportere ultra casum, de quo loquuntur, quoties a jure Romano secessum faciunt. Prudentius sane, & uti magis ex patrii juris honore ac majestate; ita quoque rectius, qui ex rationibus ante datis verba statutorum, utut non generalia, nec casus omnes aut personas enarrantia; tamen ex ratione generali subjuncta, vel certe extra dubium subintellecta, ad omnes personas & res casusque, in quibus rationis similitudo inveniretur, extensionem putarunt faciendam esse; restrictionem ex adverso non nisi positis circumstantiis causisque talibus, quales & ipsarum legum Romanarum suaderent in arctum constrictionem. Hugo Grotius *inter respon. Juric. Holl. part. 3. vol. 2. d. consil. 197. num. 17. 18. & consil. 214. num. 12. 13. 14. 15. 16. 17. 18.* Molinæus *ad Paris. consuet. d. tit. 1. ad rubr. num. 103. Modest. Pistorius, & ad eum Schultes, part. 3. quest. 124. num. 106. & seqq.* Groenewegen *ad proem. Instit. num. 9. 10. 11. 17.* Rodenburch *de jure conjugum tit. 2. cap. 4. num. 8.* Parens p. mem. Paulus Voet *de statutis rebt. 7. cap. 1. num. 5. 6. 7. 8. & cap. 2. num. 3. 4. 5. 12. 17. 2. 16. 17. 18.*

25. Distat vero a legis interpretatione dispensatio, ut vocant: cum enim interpretatio non a Principe solo, sed & a jurisconsultis ac judicibus fieri possit, & tantum versetur circa dubiam legis sententiam, ut indagetur, quæ fuerit probabilis legislatoris mens, quamnam sub legis dispositione comprehendant factorum species, ut supra dictum: dispensatio ex adverso a solo fit Principe seu legis auctore, contra apertam legis sententiam: sic ut per dispensationem dissolvatur legis vinculum, ac tollatur ejus obligatio certarum personarum, aut ærum factorumve intuitu, manente ceteris in casibus intacta legis virtute. Neque dubium, quin ea Principi potestas competat: cum enim in totum abolere queat legem conditam, quoties id probabilis causa suadet, ac lex primario ex legislatoris humani arbitrio dependet, multo magis vim legis in casu certo relaxare posse, dicendum est. Quo etiam respectu dictum putem, *sacrilegii instar esse, disputare & dubitare, an sit dignus tit. quem elegerit Imperator, l. disputare 3. C. de crimine sacrilegii, l. sacrilegii instar 5. C. de diversis rescript. & pragmat. sanct.* Constat scilicet, in honoribus decernendis, in dignitatibus conferendis, in magistratibus eligendis, & id genus plurimis, legum præscriptum circa ætatem, conditionem, & alia servandum esse: nec tamen eundem incicias, quin, neglecto legum talium difamine, tum Princeps, tum populus ei, in quo legum requisita desunt, honorem conferre queat, Barbazio forte. Philippo, servo, præturam,

l. Barbarius 3. ff. de offic. prætorii, minoris annis viginti judicandi manus, lib. quidam consulebat 57. ff. de re judicata, aut consulatum, l. unie. §. 2. ff. de offic. consulis, si modo impedimentum notum sit ei, qui honorem confert; cum in ignorante & errante concipi nequeat dispensandi voluntas, quamvis id ipsum exprimi in dignitatis collatione necesse non sit; uti recte post alios Zoesius ad Pand. tit. de senatoribus num. 9. Palis ergo sacrosanctæ Principis auctoritati subducens dispensandi potestatem, non inepte prorsus sacrilegii instar commissæ dici potest. Uti e contrario *ambitiōia* merito dicuntur decreta, quibus dispensationem facere tentant quotquot infra Principem magistratus sunt, *l. denique. 3. pr. ff. de minor. 25. annis.* Cum enim dispensatio sit latæ legis abrogatio, & naturale sit, ita unumquodque dissolvere, uti ligatum est, majesticis jure optimo accensenda fuit. Atque hinc aliquoties hisce in regionibus interdictum fuit, ne quis sibi arrogaret dispensandi facultatem, Ordinibus sibi solis eandem vindicantibus; adeo ut & ipsi Ordinem Hollandiæ delegatis, (*Gecommitteerde Raden*) ac præfecturarum maritimarum assessoribus (*Rademter Admiralen*) dispensatio de Ordinum tam Generalium, quam Hollandiæ, constitutionibus, rigide vetita inveniat. *Placitum ordin. general. 29. April. & 16. Mai. 1671. vol. 3. placit. Holl. pag. 1242. & seqq. Placitum Ord. Hollandiæ 24. Decembr. 1674. d. vol. 5. p. 1276. & placitum 10 Decembr. 1671. quod insertum instructioni DD. Ordinum Delegatorum art. 53. d. vol. 3. p. 97.* Quid, quod nec ipsi majestate præditi de jure divino morali, vel naturali, quicquam recte remiserint, aut ejus vinculum dispensando laxaverint; quippe cujus juris auctoritas, uti ab ipsis non est protecta, sic nec in eorum arbitrio ac potestate est. Nec satis gravis unquam videri potest subesse causa, quæ rationis rectæ dictamen, quæ jussa divina labefactare valeret atque subvertere, Principemve ad id faciendum movere, Besoldus *delib. juris ad Pand. lib. 1. quest. 13. §. de dispensatione pag. 49.* Quemadmodum nec sine justa & urgente causa, ac utilitate quadam publica dispensationem fieri, suadent justitiæ gubernatricis regulæ; cum omnis relaxatio legis æquæ ac bonæ temere facta non possit non aliquod post se trahere reipublicæ detrimentum; imo pro modo relaxationis etiam utilitatem publicam, ex utili lege profluentem, minui necesse sit; nisi alia æquali vel majore utilitate, causam dispensationi dante, aliunde pensetur, Grotius *de jure belli ac pacis lib. 2. cap. 20. num. 24. Zoesius ad Pand. b. 1. num. 60. Besoldus delib. juris ad Pand. lib. 1. quest. 11. in fine.*

26. Dicta de legibus etiam ad Senatusconsultum fere transuleris, postquam placuit, vice populi senatum consuli & jus posse condere, nimium auctorium numero, quam ut in unum convocari posset legis sancientiæ gratia, aut eo saltem colore quesito, *l. 2. §. 9. ff. de orig. juris, §. 5. Instit. de jure natur. gent. & civili, confer DD. ad d. §. 7. Aulum Gellium Noct. Attic. lib. 14. cap. 5. Rosinum Antiquit. lib. 7. cap. 6. 7. 8.* Illud tamen silentio haud involvendum, antiquissimis etiam temporibus cum ipsis urbis primordiis Senatusconsultum fuisse nota, teste Suetonio *in vita Vespasiani cap. 8.*

in *Imp.* Et quia sub Imperatoribus, quorum solertia & ambitione potissimum in Senatum potestas populi translata fuit, candidati Principis orationes in Senatu recitabant, ut ex mente Principis Senatusconsulta fierent, subinde orationibus Principum adscriptum invenitur, quod alibi ex Senatusconsultis dicitur obtinuisse. Ne de alimentis futuris testamento relicti transigatur, oratione D. Marci cautum fuit, l. cum bi 8. ff. de transact.; idem tamen tribuitur Senatusconsulto, l. eleganter 23. §. item 2. ff. de condict. indeb. legalem hypothecam ei qui inadium refectionem credidit, Senatusconsulto, atque etiam D. Marci edicto ius nostro accepto fert, l. 1. ff. in quib. caus. pig. vel hyp. tacite contrab. junct. l. si ventri 24. §. Divus 1. ff. de reb. aut jud. possid. Alienatio rerum ad minores pertinentium, vetita oratione Severi & Antonini, sed & simul Senatusconsulto, l. 1. 5. ff. de reb. eor. qui sub. tut. vel cura sunt, junct. l. si ad resolvendam 7. C. de præd. & aliis reb. minor. sine decr. non alien. Brissonius relect. antiquit. lib. 1. cap. 16. Gothofredus in not. ad d. l. 7. C. de præd. & aliis reb. minor. Vinnius de transaction. cap. 6. num. 2.

27. Legi in multis similis est consuetudo; ius non scriptum, moribus utentium paulatim introductum, legis habens vigorem, §. sine scripto 9. Inst. de jure natur. gent. & civili, l. de quibus 52. §. 1. l. 33. l. sed & ea 35. ff. b. t. quam & tacitum iuratumque consensum Gellius dixit lib. 11. Noct. Astr. cap. 18. fere in pr. Hanc in statu, quidem democratico populus liberrimo suo introductu arbitratur: cum enim legis condendæ potestatem habeat, nec alia de causa tunc quemquam lex teneat, quam quia populi iudicio recepta est, merito & ea, quæ sine ullo scripto populus probaverit, tenebunt omnes; dum nihil interest, suffragio populus voluntatem, an rebus ipsis & factis declaret, d. l. 32. §. ff. b. t. Ast ubi omnis in Principem ferendæ legis potestas translata fuit, non aliter, quam concurrente ejusdem convenientia, diuturni gentis mores legem imitabuntur. Sic ut in hujusmodi regimine monarchico verum sit, quod a Constantino rescriptum in l. 2. C. quæ sit longa consuetudo, consuetudinis ususve longævi non longe auctoritatem esse; verum non usque adeo eam sui valituram momento, ut aut rationem vincat aut legem. Multoque magis id de peculiaribus hujus aut illius familæ, vel collegii consuetudinibus circa ius succedendi, primogenituram, & alia statuendum esse, plenius exsequitur Andr. Tiraquellus de jure primogenituræ quest. 16.

28. Non minus autem in consuetudine, quam legibus, justitia desideratur & rationalitas; sic ut id, quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus obtinere non debeat, nec deinceps in judicando servari, sed in universum aboleri potius, velut iniqua morum corruptela, lib. quod. non ratione 39. ff. b. t. arg. l. injuriarum actio 13. §. ult. ff. de injuriis, Andr. Gayl. lib. 2. observ. 31. num. 12. & seqq. Rebuffus ad constit. regias tom. 3. de consuetudine in prefat. num. 42. 44. Neostadius Curia supr. dec. 2. circa fin. Qualium corruptelarum pessimiarum superiori seculo per varias Belgii partes receptarum, sed & quasi fidelia

per Philippum Hispaniarum Regem, Belgii tum Principem, deletarum catalogum prolixum vide sis, in d'ordonnantie op. de criminele justitie van. Kon. Ibiipsi 5. Julii 1570. art. 61. vol. 5. placit. Holl. pag. 1052. Ex quibus facile dijudicari potest, neque communis DD. opinionis neque Glossarum auctoritatem ullam esse, si cum ratione pugnare ac communem continere errorem demonstretur.

29. Quia vero paulatim introducitur, necesse fuit, non tantum longum tempus concurrere, dictante illud inscriptione tituli Codicis, quæ sit longa consuetudo, & denominationibus longævi usus, vetustatis, inveteratæ consuetudinis, diuturnæ, per annos plurimos observatæ, inveterato usu stabilitæ, antiquitus probatæ, & servatæ tenaciter, similiumque, lib. de quibus 52. §. 1. 33. l. 35. ff. b. t. l. ult. C. quæ sit longa consuetudo; sed & actuum liberorum sine vi ac metu interpositorum frequentiam, l. 1. C. quæ sit longa consuetudo. d. l. 32. §. 1. lib. 35. l. 38. ff. b. t. Cumque nusquam vel annorum, vel actuum numerus expressus sit, iudicis prudentis æstimationi id videtur relinquendum: quamvis hic miris modis varient interpretes, ut videre licet apud Mascardum de probatione conclus. 424. num. 14. & seqq. Menochium de arbitrar. iudicium lib. 2. casu 81. & 83. Rebuffus ad constit. regias tom. 3. d. tractat. de consuetudine; Andr. Hayl. lib. 2. observ. 31. numer. 7. Perperam sane præfinita a jure præscriptionum tempora consuetudini introducendæ applicueris; cum alia longe præscriptionis, quam consuetudinis ratio sit, nec ullum præscriptione ius introducatur alio deinceps ligaturum, uti quidem consuetudine semel nata totus populus incipit devinctus esse. Duos etiam actus haud quaquam sufficere, vel inde arguitur, quod in d. l. 1. C. quæ sit longa consuetudo. & l. an in totum 3. C. de adfiliis privatis (quarum legum utramque constitutionis unius partem esse, ex supra seriptione & subscriptione colligi potest) jubetur illud statui, quod frequentes in eodem controversiarum genere servatum fuit. Nihil in contrarium faciente l. ubi numerus 12. ff. de testibus, nam, etsi demus, numero legibus non expresso, generaliter pluralem numerum contentum esse; frustra tamen id ad præsentem de consuetudine controversiam retuleris, in qua non simplex actuum pluralitas, sed frequentia requisita est, d. l. 3. & d. l. 1. Bronchorst 1. enantioph. 8. Vinnius ad §. 9. Inst. de jure natur. gent. & civili, num. 4. Paulus Voet de statutis sect. 3. cap. 1. num. 10. & seqq. ad num. 20.

30. Nec interest, quibus actibus suam populus voluntatem declaret: non enim judiciales tantum, sed & extrajudiciales ad consuetudinem introducendam proficere, vel inde constat, quod in l. nam Imperator. 38. ff. b. t. consuetudo proponitur tanquam diversum quid ab actibus judicialibus, ac serie rerum similiter iudicatarum, dum consuetudinem vel seriem rerum perpetuo similiter iudicatarum vim legis habere, Imperator rescripsit: quod absurdum esset, si non nisi ex judicialibus actibus rebusque iudicatis consuetudo nasceretur. Cumque ad legem introducendam expressus sufficiat populi consensus, sine iudicio iudicisve auctoritate; ratio nulla est, cur magis ad consensus taciti declarationem judiciali auctoritate, vel confirmatione opus esset; maxime

quia nusquam in legibus, de consuetudine tractantibus, actuum judicialium necessitas invenitur. Sane cum actus judiciales certiores sint & evidenciores, aut saltem certiores ut plurimum magisque protam ex actis publicis probationem habeant; non mirum, id consilii datum esse illis, qui consuetudini civitatis aut provinciae confidere videntur, ut primum quidem explorent sollicitate, an etiam contradicte aliquando iudicio consuetudo firmata sit, lib. cum de consuetudine 34. ff. b. t. sed si id ipsum non appareat, ad extrajudiciales recurri poterit, si modo probationem habeant, Andr. Gayl. lib. 2. observ. 31. num. 8. Mascardus de probation. conclus. 427. Christinus vol. 4. dec. 187. num. 7. Radelantius Curia Ultrapet. dec. 13. num. 3. 4. Mævius ad jus Lubec. preliminarium qu. 7. num. 19. Zoësius ad Pand. b. t. par. 2. de consuet. num. 10. 11. Bronchorst. 1. enanti. 10. Vinnius ad d. §. 9. Inst. de jure natur. gent. & civili num. 4. Paulus Voet de statutis sect. 3. cap. 1. num. 13.

31. Non aliter tamen actuum judicialium vel extrajudicialium frequentia consuetudinem parit, quam si actus omnes uniformes fuerint: si enim varium fuisse appareat, & actibus pluribus uniformibus intermixtos intercessisse actus diversos vel contrarios, sicut modo hoc, modo aliud observatum inveniat, non poterit ex actibus hujusmodi disparibus elici legitima consuetudo; cum nec ex iis unanimis constare possit tacite ad eandem necessariis populi totius consensus, arg. 1. nam Imperator 31. ff. b. t. in verbis *perpetuo similiter*, Mynsingerus cent. 6. observ. 42. Ant. Faber Cod. lib. 8. tit. 35. def. 2. Mævius ad jus Lubec. preliminarium quæst. 7. n. 23. Niger Cyriacus controu. 523. num. 42. Responsa Jurisc. Hollan. par. 2. contr. 66. 67. Atque hinc nec ex actuum frequentia consuetudo fluit, quoties privati plurimi, qui jure communi scripto jus suum tueri poterant, sponte jure suo cesserunt; veluti fidei habentes instrumento non solemniter confecto, vel adversario potentiori, puta, fisco, hereditatem tamquam patrimonium vacans, quod vere vacans non erat, vindicanti, cedentes, metu litium, vel earundem execratione, aliave de causa transigentes, si non ulterius de universa populi approbatione, & quasi *tacita civium conventionione* (ut loquitur 1. 35. ff. b. t.) doceatur: neque enim plures illi facto suo efficere possunt, ut & alii suis tenerentur cedere iuribus, vel instrumentis forma legitima destitutis credere; sed magis in hisce similibusque admittenda foret regula, rem inter alios consentientes actam nocere non posse aliis contradicere ac jus suum defendere volentibus, Mascardus de probation. conclus. 409. num. 7. 8. 9. Lamb. Goris advers. tract. 3. cap. 12. numer. ult. in mod. Mævius ad jus Lubecense preliminar. d. qu. 7. num. 16. 17.

32. Ceterum consuetudines alie notorie sunt, alie tales, ut non ita in confesso sit, eas usu populi firmatas esse. Notorias quod attinet, probatione non indigent, sed eas ad instar juris alterius cujuscunque scripti, atque ita certi, allegari in iudicio sufficerit: cum enim notoria probari supervacuum existimetur, non est cur non ad consuetudinem jam vulgo notam id quoque producat, arg. §. sine scripto 9. Inst. de jure natur. gent. & civil. leg. imo magis 36. ff. b. t. And. Gayl. lib. 2.

observ. 31. num. 17. 18. Mascardus de probation. conclus. 423. num. 26. & seqq. & num. 37. 33. & concl. 428. in pr. Christinus ad leg. Machlin. in epologo num. 14. notoriis procul dubio annumeranda & ea, quæ publica auctoritate in scripturam redacta est, ut potest: nam uti ad essentiam legis scriptura necessaria non est, ita ex adverso nec ad consuetudinis essentiam pertinet, eam non scribi, Zoësius ad Pand. b. t. par. 2. de consuetudine num. 20. 22. Quod si de eo dubitetur, an utentium moribus consuetudo inducta fuerit; cum id ipsum facti sit, illam per eum, qui eandem allegat, eique confidit, doceri necesse est; sive actor sit, qui firmandæ intentionis causa ipsam allegat, sive reus ea suam nitatur exceptionem munire: eo quod affirmanti incumbit de jure probatio, qualis est, qui eandem usu inductam contendit, dum adversarius eam negat invaluisse arg. 1. ab ea parte 5. de probation. l. 1. C. quæ sit longa consuetud. l. an in totum 3. C. de edific. priv. l. si quis rem 4. ff. de custod. & exhib. reor. l. tertium fides 3. §. ult. ff. de testib. Andr. Gayl. lib. 1. observ. 36. num. ult. Christinus vol. 4. dec. 212. num. 47. & seqq. Mascardus de prob. d. conclus. 423. num. 20.

33. Quibus vero modis per testes, per instrumenta, per alios probandi modos consuetudo doceatur, plenissime excutit Mascardus de probat. conclus. 423. & seqq. ad conclus. 432. Et quamvis handubitandum videatur, quin plurimum insignium Doctorum consentiens de consuetudine vigente testimonium auctoritatis non vilis sit, ac pro tali dispositione veritatis præsuntio in tantum militet, ut onus saltem probandi contrarium in adversarium transferri oporteat, Francisc. Niger Cyriacus controuers. 209. num. 41. idemque de assertionem collegio iudicum interposita, in suo foro quid usu receptum testatur, dicendum sit, Struvius ad Pand. b. t. num. 21.; tamen ut unus pragmatici, quantumvis in jure eximii, de consuetudine testantis assertioni staretur, eoque modo consuetudo plene censeretur probata, nec ratio, nec jura patiuntur; cum de ea deponens versetur circa id, quod facili est, in quo & prudentissimos plerumque falli, observatum 1. 2. ff. de juris & facti ignor. ne dicam, testis unus responsum non esse audiendam, ut plenam fidem faceret, etiamsi præclaræ curiæ honore præfulgeat, l. jurisjurandi 9. §. 1. C. de testib. Mascardus de probation. conclus. 426. Parens p. mem. Paulus Voet de statutis sect. 3. cap. 1. num. 20. 21. Quæ usque adeo vera puto in hac de consuetudine probanda quæstione, ut, licet in ceteris plerisque disceptationibus civilibus unus testis depositio, aliis quibusdam suffulta adminiculis, suppleri deinceps possit jurejurando suppletorio per iudicem deferendo; id tamen hic admittendum non sit. Cum enim tali jurejurando actor id, quod minus plene probatum est, conscientie propriæ testimonio circa proprium, non alienum factum occupato confirmet; hic vero non de jurantis facto, sed populi totius consensu tacito, ac frequentibus non actoris, reive, sed aliorum actibus dubitatio sit; & præsupposita actuum frequentia ad consuetudinem necessaria, non possit non esse pluribus notum, quod consuetudine obtentum est, apparet, nisi fallor, hæc jurisjurandi suppletorii materiam defice-

ra, Joach. a Benst. ad l. *admonendi* 31. ff. de *jur. jur.* num. 397. Mascardus de *probat. concl.* 423. num. 5. Barlichius *conclus. pract. part. 1. concl.* 54. num. 82.

34. Ersi autem interpretibus antiquioribus multis haud displicerit, testium duorum fide dignorum de consuetudine depositionem posse ad plenam ejus probationem sufficere, uti vulgo in ore duorum creditur omnis veritas consistere; tamen, quia hic non de unius litigantis, sed populi totius observando in posterum jure agitur, adeoque civium omnium utilitas vertitur aut praedictum; prudentius eos censere putem, qui turbam testium non pauciorum quam decem, ad consuetudinis probationem desiderant: maxime cum hoc non adeo grave probaturum videri possit; quippe qui consuetudini conidens, praesupponit necessario tacitum populi eandem introducentis consensum, atque ita civium, si non plerumque, at saltem plurimorum scientiam, sine qua consensus nullus est: ut proinde nec difficulter numerosiorem testium turbam inventurus sit quisquis consuetudinis introductionem ex vero allegaverit. Ant. Faber *Cod. lib. 4. tit. 15. de fin.* 14. Joh. Papon. *lib. 9. tit. 1. art. 20. Loesius ad Pand. b. 1. part. 2. de consuet. num. 20. in fin.*

35. Quid quod nec turbam testium in probationem adduxisse suffecerit, quoties illi singulares sunt, & de diversis singuli deponunt actibus: neque enim aliter hic fidem fecerint, quam si de actum frequentia non tam ex aliorum relatione, quam ex propria experientia, addita scientie suae ratione, ita testentur, ut in actum, quos allegant, circumstantiis inter se respectu temporis, rerum, ac personarum non varient. Andr. Gayl. *lib. 2. observ. 31. numer. 15. 16. Mascardus de probationib. conclus. 424. numer. 11. & 22. Mynsingerus cent. 6. observ. 42. numer. 1. 2. Cristineus vol. 4. dec. 212. num. 63. & seqq. Paulus Voet de statutis sect. 3. cap. numer. 22. Quemadmodum nec simplex facti negatio, testium depositione comprehensa, ad consuetudinis probationem efficax est; dum se non novisse ajunt, vel non vidisse, hoc aut illud ea in regione servari; sed necesse est, ut de actibus in contrarium gestis assertionem faciant, atque ita deinceps his actibus repugnans nihil se unquam audivisse, vel vidisse testentur. Neque enim solo non usu, actumque defectu, sed demum actum contrariorum palam exercitorum frequentia, antiqua tolluntur jura; cum saepe vel transactionibus interpositis occasio deficiat utendi iuribus etiam aequissimis in civitate probatis, Donellus *comment. juris civilis lib. 1. cap. 10. in med. Mevius ad jus Lubec. quest. preliminar. 7. num. 18. & seqq. Christineus ad Leg. Moebliensis. in epilog. num. 15. Andr. Gayl. lib. 2. observ. 60. num. 3. Mascardus de probat. conclus. 429. num. 6. Ant. Matthaeus de auction. lib. 1. cap. 10. num. 34. 35. Responsa Jurisc. Holl. part. 1. consil. 145. quest. 1.**

36. Vis consuetudinis est, ut ad sui observantiam aequae cives obstringat atque lex, cum eam imitetur, *§. sine scripto 9. Instit. de jure natur. gent., & civil. lib. 32. §. 1. lib. 53. 35. 33. ff. b. 1. Cui consequens est, ut similem cum lege interpretationem, & pariter ad casus extensionem ex rationis similitudine recipiat: praesertim quia etiam rationem,*

qua consuetudinem suavis, custodiendam esse rescriptum est, lib. 1. Cod. qua sit longa consuet. ac de sola consuetudine erronea invenitur constitutum eam in aliis similibus non obtinere, lib. quod non ratione 59. ff. b. 1. Quod & usibus hodiernis est maxime conveniens, quoties consuetudinibus jura romana videmus subversa: cum enim multa apud nos inveterato usu, etiam ante notum hisce in locis jus Quiritum, inducta sint, nostrumque jus civile constituent; neri aliter haud potuit, quam ut exemplo legum ejusque loci plenissimam interpretationem, & ad similia extensionem admittant; & ex opposito erronea censeantur axiomata, consuetudines stricti juris esse, nec ultra casum de quo loquuntur, producendas ad consequentiam, quaeque hujus farinae plura sunt. Adde num. 25. b. 1.

37. Nec minus ex dictis profuit, legem priorem non modo per legem posteriorem, sed & per consuetudinem abrogari posse; nam cum nihil interesset suffragio populus suam voluntatem declararet, an rebus ipsis & factis; rectissima quoque illud receptum fuit, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed & tacito consensu omnium per desuetudinem tollerentur, aut mutarentur, *§. pri. Instit. de jure natur. gent. & civil. l. de quibus 32. §. 1. in fin. ff. b. 1. Sic nec clausula in legibus, praecipue municipalibus, haud infrequens, non obstante consuetudine, id ipsum impedit; quippe quae de praeteritis tantum consuetudinibus, non aliis in posterum demum introducendis accipienda est. Nam uti privatus nemo sibi legem dicere testamento suo potest, ut a priore voluntate ei recedere non liceat, lib. si quis in principis 22. ff. de legatis 3., ita quoque, cum non semper leges pari utilitate maneant commendabiles, qua primitus fuerant introductae, mutatis subinde moribus ac temporibus; absolum plane fuerit, id velle lege cavere, ne in melius ea novis, sive legibus sive consuetudinibus, a recta ratione commendatis reformetur, Zoësius ad *Pand. b. 1. part. 2. de consuetudine num. 15. 16.* Ceterum quae de consuetudine legem priorem abrogante dicta sunt, de ea quidem, quae rationalis est, & in statu democratico (in quo penes populum condenda legis potestas est) introducitur, expedita satis. Verum si non ratione, sed errore eam obtentam esse appareat; uti legis vigore destituta est, & aliis similibus in casibus deinceps haud observanda, lib. quod non ratione 59. ff. b. 1.; ita nec legem ratione justa & aequitate suffultam vincet, lib. 2. C. quae sit longa consuetudo. Non magis sane, quam in monarchico regimine sancitas a Principe constitutiones usu contrario utcumque inveterato populus sustulerit, nisi de tacito Principis consensu ac conniventia constet. Nam cum omnem legis condendae potestatem populus in Principem transtulerit, & naturali ratione ejus sit solvere, qui potest ligare, ac ejus sit nolle, qui potest velle, l. 4. ff. de regul. juris, qui quaso posset invito legislatore abrumper legum frena, ipse legis ferendae exutus potestate? arg. lib. praetor ait 3. §. Divus Hadrianus 5. ff. de sepulchro violato. Donellus *comment. juris civil. lib. 1. cap. 10. post. med. Christineus volum. 1. decis. 291. num. 1. 2. 3. Bronchorst 1. enant. 9. in med. Zoësius ad Pand. b. 1. part. 2. de consuetud. num. 29. & seqq. Plane, si non contra, sed praeter legem,**

de iis quæ jure scripto definita non sunt, consuetudinem a populo introducendam concipias, vix est, ut peculiarem tunc Principis conniventiam cum scientia conjunctam exegeris; sed magis eum non contradixisse, etiam ignorantem, aut eandem non sustulisse sufficet; præsertim cum probabile non sit, omnes peculiare subjectum usus moresque legislatori perspectos esse. Ac de his consuetudinibus, juri scripto non adversantibus, accipi commodè possunt, quæ reperiuntur in *l. de quibus* 32. *pr. lib. diurnæ* 33. *ff. b. t. d. part. 2. num. 18. & 23.*

53. Quibus porro modis aliis tum legis, tum consuetudinis tollatur obligatio, puta, lege posteriore, vel consuetudine priori consuetudini contraria, ex ante traditis manifestum satis. Et ne artis nostræ vocibus quis hæsitet, admonendi sumus, antiquari proprie legem, quæ nondum perlata fuit, seu non lata, sed rogata atque rejecta: *abrogari* eam, quæ semel perlata, in universum tollitur: *derogari* legi, cum vel prior pars legis tollitur; vel generaliter ex lege vetere quæ minus quid fiat nova lege sancitur; *surrogari*, cum quid primæ legi adicitur; *abrogari*, cum mutatur aliquid ex prima lege. Et quia tunc cum legi derogatur, subrogatur, aut abrogatur, ea non in universum vires perdit; recte a Paulo scriptum est, novum non esse, ut priores leges ad posteriores trahantur, *l. non est novum* 26. *ff. b. t. Rævardus ad legem 12. tabularum cap. 1.*

59. Quamvis autem a civilis sapientiæ peritis merito observatum sit, non adeo facile, neque temere, leges figendas ac refigendas esse; mutationes tamen earum probandæ omnino, quoties evidens reipublicæ utilitas innovationem comitatura est, & majus speratur commodum novæ, quam metuitur incommodum antiquæ legis. *Non profecto ignoras*, inquit Gellius Noct. Attic. lib. 20. cap. 1., *legum opportunitates & medelas pro temporum moribus, & pro rerum publicarum generibus, ac pro utilitatum præsentium rationibus, proque vitiorum, quibus medendum est, fervoribus, mutari atque scilicet, neque uno statu consistere; quia ut facies celi & maris, ita rerum atque fortuna tempestatibus variatur.* Atque ita leges duodecim tabularum per legem Æbutium in multis correctas fuisse atque emendatas, testis est idem Gellius lib. 16. cap. 10. Ipsumque jus prætorium introductum fuisse, non adjuvandi tantum vel supplendi, sed & corrigendi juris civilis gratia propter utilitatem publicam, Papinianus scripsit, *l. jus autem* 7. §. 1. *ff. de justis & jure.* Tali autem utilitate notabili non apparente, secundum jam dicta recedendum haud foret ab eo jure, quod diu æquum visum est, *l. 2. ff. de constit. Principum*, Rittershusius ad novellas in præmio cap. 3. Adde meam orationem de jungenda Romani & bodierni juris scientiæ.

40. Quisquis vero juris semel publicati & recepti abrogationem allegat, ab eo, cum id facti sit, probatio exigenda est. Cum enim leges ea condantur mente, ut & perpetuo durent, & a populo observentur: consequens est, ut pro earundem obligatione, usque duratione præsumptio militet, donec contrarium probatum fuerit, Menochius de præsumpt. 2. num. 4. Gratianus discept. forens. cap. 559. num. 53. & seqq. Mavius ad jus Lubecense, quæst. præli-

min. 9. n. 71. Quod & tunc verum censeo, cum de promulgatione quidem constat, sed promulgatam populus unquam usu recepisse negatur. Etsi enim & hoc facti sit, quod usu recepta fuerit, atque inde probationem receptionis ab eo, qui ait, desideret, Menochius d. lib. 2. præsumpt. 2.; rectius tamen pro usu juris promulgati, ac prima ejus receptione æque ac pro recepti duratione, in dubio præsumendum est; cum utique pro subjectorum tanquam bonorum & legis audientium obedientia conjectura magis capienda videatur, quam ut eos crederemus fuisse legis contemptores, quandiu id probatum non est. Mantica de tacitis & ambig. convent. lib. 5. tit. 13. num. 42. Gratianus d. cap. 55. n. 53. 59. & alii apud Menochium d. loco citat.

41. Illud sane expeditum arbitror, legis nunquam receptæ, nunquam observatæ, nullam esse vim, si ab ejus promulgatione longum fuerit elapsum tempus, & contra legis novæ dispositionem populus pristini juris observantiam secutus sit, Menochius d. lib. 2. præsumpt. 2. in pr. Jacob. Coren. observat. 1. lit. y, & 2. Andr. Gayl. lib. 2. observ. 60. num. 3. Mavius ad jus Lubecense, quæst. prælimin. 9. num. 75. Paulus Voet de statutis sect. 12. cap. 2. num. 2. 3. etsi enim solo non usu legem non abrogari ante dictum sit num. 35.; actibus tamen frequentibus, contra ejus dispositionem admissis, nec per legislatorem postea reprobatas, eam viribus ab initio destitui, vel ex postfacto privari obligandi virtute, per ibidem tradita certum est. Atque ita passim per Hollandiam fideicommissa videmus sustineri, & de rebus fideicommissi jure affectis jus dici in fideicommissariorum eas vindicantium utilitatem, licet in acta publica relatio eorum facta non sit, quam Edicto quodam perpetuo ann. 1624. 30. Julii Ordines Hollandiæ fieri præceperant: non alia de causa, quam quia nunquam illa fideicommissorum insinuat ex tempore legis præmissis editæ plene fuit in usum deducta, (licet alibi jus tale non uno loco servetur, ut alibi dicendum) teste Grænevegio ad lib. ultim. C. de jure dotium.

42. Neque tamen ideo existimandum, promulgata solemniter lege provinciali, per Ordines provinciarum generaliter omnibus subjectis lata, hanc aut illam civitatem tunc posse sola negligentia atque non usu sese legis illius dispositioni subducere, reliquis civitatum aliarum incolis obligatis manentibus: sed potius eos, qui sibi constitutionem non conducere arbitrantur, id ipsum oportet solemniter adductis rationibus apud Ordines exponere, & sic vel juris ante conditi abrogationem, vel jus singulare sibi impetrare, arg. l. leges sacratissima 9. C. b. t. Jacobus Coren observ. 1. in pr. & versu *Want aangaande*. Hanc certe viam ingressi quotquot, mitigatum anno 1530. Scabinicum successionis intestatæ jus ex usu suo suæque civitatis haud esse, persuasi erant: in quorum gratiam ideo anno 1599. novum succedendi jus, Aesdomico veteri proximius, novo placito indultum est. Secuti eandem Rotterdamenses, cum anno 1604. 23. Decembris jus representationis in linea collateralis ad sextum usque gradum in sua civitate, ac regione civitati respondente, extendi ab Ordinibus impetrarunt, cum passim aliis in Hollandiæ civitatibus jus illud non ultra quartum gradum productum sit.

43. Quod attinet vulgatum illud, cessante ratione legis, ipsam quoque cessare legis dispositionem, tum demum id recte admissis, cum in aperto est, omnem omnino rationem, qua legislator motus fuit, in universum deficere. Si enim plures ab initio causae ad legem sancendam impellentes concurrerint, quae singula seorsim consideratae, sufficientes erant ad producendam talem legis dispositionem, & dein, sublatis quibusdam, nonnullae etiamnum supersint, legem necdum tunc suam perdituram officium aut obligandi potestatem, verius est, arg. §. *affinitatis* 6. & 7. *Instit. de nuptiis*, Joh. a Sande decisi. *Feist. libr. 2. tit. 9. defin. 20. in fine*. Circa ad consuetud. *Missanens. cap. 1. gloss. 1. part. 1. num. 3.*

44. Unum restat excutiendum, qualem interpretationem lex nova, legis prioris aut consuetudinis correctionem completens manifestam, recipiat? Non desunt, quibus placuit, cancellis adeo angustis novae legis coarctare virtutem, ut legem novam correctionem in suis terminis propriis servandam, nec ad alios casus ex rationis paritate aut identitate, imo nec majoritate, extendendam esse, observat. 58. numer. 8. 9. 10. Sed quia non minus de novis legibus, quam de prioribus, imo magis de novis, quam antiquis, plenius jam uti ventilatis, certum est, non omnes articulos singulatum illis comprehendendi posse, ac propterea legis omnis natura postulat, ut, probe cognita ejus ratione sive expressa, sive certo certius subaudita, ad similia producat, l. 12. l. 13. ff. b. s. omneque jus, quod nunc de novo conditur, aliquando inveteratum futurum est, uti leges, nunc per jus novum emendanda, aliquando & ipse fuerant novae: non potest non suadere sana ratio legum novarum ad similes casus extensionem; sic ut in quibus eadem aut similis majorve ratio militat, in iis eadem quoque locum habere debeat juris dispositio, tanquam ex mente legislatoris in ipsa legis definitione comprehensis. Exemplo sic ex jure Quiritium lex Aquilia, quae cum omnibus legibus de damno injuria dato agentibus derogasset, l. 1. ff. ad leg. Aquil. & ipsa tantum coerceret damna corpore & in corpus data; utiliter tamen ad damna non corpore sed in corpus data prudentum interpretatione extensa fuit, §. ult. *Instit. de lege Aquilia*, l. quia afflictionem 11. ff. de praescript. verbis. Neque tamen ideo negandum, strictiorem esse faciendam juris novi priora emendantis interpretationem; in quantum non ultra ad casus alios extensionem patitur, quam quatenus illi pro conservanda novae legis justitia, ad eandem ex necessitate reduci, & sub ejus dispositione comprehendendi debent; alia liberiore extensione, quae salva novae legis justitia & rationalitate evitari potest in universum cessante, arg. l. de emancipatis 13. §. cum enim 2. C. de legitimis hered. l. ult. in fin. C. ad Senatusc. Tertullian.; cum enim inconstante vitium damari saepe solet, & variatio sine urgente nova causa improbetur: credendum est, legislatorem etiamnum ejusdem esse sententiae, cujus & ante fuit, quoties novi juris ratio sententiam ipsius prioram non reddit inutilem aut infirmatam. Cujus exemplum est in tit. de inofficioso testamento circa extensionem Novellae 118. & plura occurrent in materia successionis ab intestato. Atque eo sensu verum est vulgatum illud: Ea, quae non inventiuntur expresse cor-

Voss ad Pandect. Tom. I.

recta, veterum legum constitutionumque regulis relicta censerit, l. praecipimus 32. §. ult. C. de appellat. Menochius de praesumption. lib. 6. praef. 33. Augustin. Barbosa axiom. juris usufrequent. 60. num. 3. 4. 5. 6. Zoesius ad Pand. b. s. num. 63. Vinicius ad §. 5. *Instit. de adoptione* num. ult. in fine.

TITULUS IV.

De Constitutionibus Principum.

SUMMARIUM.

1. Quo jure Princeps Romanus potestatem suam exercuerit?
2. Quid sit Principis constitutio, edictum, decretum, rescriptum, interlocutio, oratio, mandatum, subscriptio seu adiutatio, pragmatica sanctio?
3. Rescripta justitia & gratia sunt inutilia, si per sub & obreptionem impetrata sint; ac semper in iis subauditur clausula: si preces veritate nitantur.
4. Quid juris sit, si rescriptum, per sub & obreptionem impetratum, plura capita contineat?
5. Inutilia quoque rescripta, quae carent die & consule, vel Principis subscriptione, vel contra jus & utilitatem publicam sunt impetrata.
6. Ut & ea, quibus jus tertio quaesitum admittitur.
7. Nisi justa subit causa, veluti delictum, aut utilitas publica; quo posteriore casu aequivalent praestandum.
8. Non tamen admittit jus quaesitum, si jubent destrui, quae non jure constructa erant.
9. Nec, si permittat edificari in publico cum incommodo vicinorum.
10. Nec, si impediat, ne quis re sua male utatur, etiam concedendo rescripta moratoria.
11. Nec, si privilegia concedat, quaecunque illa fuerint, dum vel jus fisci remittit, vel monopolii jus certis personis concedit, vel tertio necat; & quid libello supplicis exprimi debeat, si quis cum tertii lesione privilegium vellet ex justa causa impetrare.
12. Privilegia, alia persona, alia rei seu causa sunt, & utraque vel certa persona aut rei, vel generaliter certo personarum aut causarum generi conceduntur.
13. Personalia cessione non transeunt, realia contra.
14. An & quando in dubio privilegia praesumantur esse realia vel personalia.
15. Privilegia civitati, provincia, vici, pago data, bodie faciunt magna ex parte jus municipale.
16. Privilegia strictam recipiunt interpretationem, ne ad alias personas aut res extendantur simili vel majori ratione, nisi aliud suadeant circumstantiae privilegii.
17. In ipsis quoque personis privilegio comprehensis stricta interpretatio facienda, si continentur ea, quae odiosa sunt; jus publicum aut jus tertii tollentia.
18. Non tamen tam stricta, ut privilegium vel inutile, vel absurdum fieret.
19. Si nullius tertii, sed solius concedentis jus laedant, plenissime privilegiorum interpretatio facienda est.
20. Extinguuntur privilegia personae vel rei interitu,

cui concessa. An reviviscant, re vel collegio re-integrato?

21. An & pereant revocatione concedentis, & quando, ac quibus de causis revocatio illa licita sit: quando non?
22. An pereant renunciatione? & strictissimam esse renunciationis interpretationem, si ea rebus ipsis ac factis contingerit.
23. Universitati data privilegia non pereunt universitati per renunciationem privatam quorundam membrorum: imo quandoque nec ipsi renuncianti.
24. An pereant privilegia prescriptione?
25. Non pereunt morte concedentis; licet data fuerint, arbitrio dantis revocanda.
26. Quibus remediis experiendum sit pro privilegiorum tuitione ac conservatione, si de violatis municipiorum privilegiis questio sit.

1. CUM lege Regia populus imperium orane ac potestatem transtulisset in Principem, non mirum fuit, idem dein eum potuisse, quod olim populus. Atque adeo, uti in libera republica presente ac teste populo sine ullis aliis solemnitatibus pater familias testamentum condebat; sic postea testamentorum omnium solemnitatem superasse visum fuit, quod Principis conscientiam habuisset testem, l. omnium. 19. C. de testamentis. Et ut populus leges ferre, latas abrogare, vel quosdam jure singulari legum vinculis eximere potuit; ita quoque deinceps sciendæ, tollendæque legis arbitrium penes Imperatores constitutum fuisse, nulli dubium, l. 3. in fin. ff. de officio pratoris, l. 1. ff. b. t. §. sed & quod 6. Inst. de jure natur. gent. & civili. Quinimo quod de proconsule in provinciis Ulpianus scripsit l. si in aliam 7. §. ult. ff. de offic. procons. & legati, nempe, cum plenissimam habebat jurisdictionem, omnium partes, qui Roma vel quævis magistratus vel extra ordinem juri dicunt, ad ipsum pertinere; id de Romanis Principibus plenius tradit Dion Cassius Histor. lib. 35. pag. mibi 507. 508. dum eos sub obtentu illarum dignitatum, quæ in libera republica vigerant, & quarum titulos non aspernabantur, puta, consulum, censorum, pontificum, tribunitiæ potestatis, stum exercuisse imperium demonstrat. Omnia, inquit, ex sententia Imperatoris aguntur: quod ne videantur Imperatores ex potentia, potius quam legibus habere omnia, quæ in populari forma reipublicæ multum valuerant, Senatus populoque volentibus, ea cum ipsis nominibus in se recipiunt, excepta dictatura. Consules enim sunt sæpe numero, & quoties extra pomerium sunt, proconsules dicuntur; namque Imperatoris, si aliquam victoriam retulerint, sed & alii omnes ad significandam plenam suam & perfectam potentiam, tempore gerunt, loco nominis regis & dictatoris: quæ semel & republica sublata ut non imponunt sibi, ita eorum vim ac rem ipsam imperatorio titulo confirmant. Horum nominum ratione exercitui scribendi, pecunia conficienda, bella suscipiendi, pacem faciendi, peregrinis atque urbanis rebus perpetua & in omnia valente potestate imperandi, atque etiam intra pomerium equites senatoresque necandi, aliaque omnia, quæ consulibus aliisque cum pleno imperio magistratibus facere licet, agendi jus habent. Ex censoria autem appellatione in vitam & mores nostros inquirendi, census agendi, in equestrem ac

senatorium ordinem adscribendi, aliosque ex iis removendi pro suo arbitrio licentiam consequuntur. Quod autem omnibus sacerdotibus inaugurati sunt, ac plerisque in ea collegia adscribunt; semperque unus eorum (siquidem duo vel tres simul Imperatores sint) summum Pontificatum gerit; eo fit, ut omnes religiones & sacrificia in sua habeant manu. At tribunitiæ potestas, quam præclarissimus quisque Imperator olim habuit, effugit, ut intercedere iis, quæ ab aliis contra ipsorum placitum moventur, possint; ac sacrosancti sint, ita ut si vel minimo sermone se ab aliquo laesos existiment, ipsum indicta cause, tantumquam qui se piaculo obstrinxerit, necare queant. Govere quidem tribunatum plebis nefas ducunt Imperatores, cum utique ipsi patricii sint; omnem vero tribunitiæ potestatem, quantum unquam maxima fuit propriant; & quia quotannis eam cum trihunis plebis ejus anni renovant, annorum imperii ipsorum hinc summa concipi solet. Hac igitur singula cum legibus fuerint stabilita in ea reipublica institutione, quæ penes populum erat summa rerum, Imperatores cum ipsis nominibus sibi sumunt, ut nihil sibi a subditis non datum habere videantur. Et quamvis infrequens non fuerit, ut duo vel tres simul eodem tempore Romano præfuerint Imperio, velut socii majestatis ac collegæ; non tamen eo monarchicum regimen interruptum fuisse credendum est: unius enim dominatio (ut idem Dion Cassius d. lib. 53. ait) etsi aliquando duo vel tres rerum potius sint, rectissime dicitur.

2. Est autem Principis constitutio, quod Principi placet, ut legis habeat vigorem. Quod ipsum multis solitus fuit explicare modis, puta, edicto, rescripto, decreto, l. 1. §. 1. ff. b. t. d. §. 6. Inst. de jure natur. gent. & civili, ibique Theophilus in paraphrasi. Interlocutione, quæ est pronuntiatio de plano sine solenni ordine cognitionis, d. l. 1. §. 1. ff. b. t. junct. l. 1. §. quæri possit 5. ff. ad senatusc. Turpill. Oratione, quam nomine Principis soliti in Senatu recitare Principis candidati, ut in ejus sententiam fieret Senatusconsultum, l. unic. §. 2. & ult. ff. de offic. quaestoris, l. 1. ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cura sunt, l. 1. §. 1. ff. de tut. & curat. dat. ab his l. 3. ff. de donat. inter vir. & uxor. Mandato, quod præsidibus, aut procuratoribus, aliisque similibus in provinciis prefecturis, aut aliter negotia expedituris, dabat, ut laudabiliter partes sibi commissas administrarent, tit. Cod. de mandatis Principum, novell. 17. & 114. Lamb. Goris ad l. 19. ff. de offic. præsidis, verbo, unde mandatis ad-jicitur, post adversaria. Adde Carolum Eman. Vizianum tract. de mandatis Principum. Subscriptione seu adnotatione; dum privatorum potissimum libellis supplicibus subscribebat breviter, l. 1. C. de diversis rescriptis & pragmat. sanctis. l. 5. C. ad leg. Corn. de sicar. l. 3. C. de præscriptis. 30. vel 40. annor. l. 2. C. de bonis vacant. l. 6. C. de precibus Imperatori offer. cujus subscriptionis formam ac formulam exhibet Brissonius antiquis. select. lib. 3. cap. 7. Ac denique pragmatica sanctione, quæ de corporum & collegiorum ordinumque publicis causis ad eorum libellos plenius rescribebat; adhibitis in consilium pragmaticis seu viris peritis, l. ult. C. de diversis rescriptis & pragmat. sanctis. l. ult. C. de proximis sacror. scriptorum. De quibus prolixius DD. ad §. 6. Inst. de jure nat. gent. & civili,

5. Ex omnibus vero constitutionum speciebus non alia frequentiora sunt, quam rescripta; quæ tamen ipsa variis ex causis inutilia esse possunt: puta, si per subreptionem & obreptionem impetrata sint; id est, vel expresso in libelli supplicis narratione mendacio: vel suppressa veritate, quæ enarrata, Princeps aliter fuisset rescripturus; aut ea expressa quidem ex parte, sed involvulo verborum ac callida locutione, ad dissimulandum comparata; vel confusa atque perplexa narratione, sic intricata, ut deliberatam fugiat Principis conscientiam, Menochius de arbitr. judic. lib. 2. casu 201. num. 9. & casu 202. num. 10. & seqq. Andr. Gayl. lib. 1. observ. 14. num. 4. 5. Jac. Coren observ. 27. num. 131. 132. & seqq. Qualem improbum ac mendacem precatorem non modo carere debere impetratis, etiam legibus consentaneum sacrum oraculum obtinisset; sed & si nimia mentientis inveniat improbitas, eum insuper severitati judicantis subjiendum esse, imo falsi crimine teneri, constitutum est l. essi non 4. l. 5. C. si contra jus vel utilit. publ. l. si quis obrepserit 29. ff. ad leg. Cornel. de falsis, multandos insuper esse judices, qui vetuerint precum argui falsitatem, l. puniri 3. C. si contra jus vel utilit. publ. In omnibus enim rescriptis, etsi expressa non inveniat, subintellecta tamen semper est ista conditio: si prece veritate nitantur: sive rescripta iustitia sint, qualia, quæ ad causæ cognitionem ac definitionem spectant; sive gratia, quæ scilicet præter jus commune vel criminis perpetrati remissionem continent, vel beneficii concessionem, dum forte monopolii species artifici, opifici, aliisque similibus, velur inventi novi præmium conceditur; ut prolississime docet Jac. Coren observat. 27. num. 85. & multis seqq. usque ad finem. Quamvis enim de potestate Principis haud disputandum sit, & id faciens sacrilegii reus habeatur, ut dictum tit. de legibus num. 25.; tamen de voluntate ac scientia ejus disquirendi licentia haud denegata; in quantum velle non censetur, qui erroneis, falsisque narrationibus seductus, & negotiorum multitudine in narratorum veritatem anxie inquirere impeditus, rescriptum emisit, Andr. Gayl. lib. 1. observ. 14. num. 6. 7. Ut proinde iudicibus, a quibus admittenda & confirmanda rescripta sunt, veritatis inquirendæ necessitas incumbat; usque adeo, ut, si non cognitio, sed executio fuisset rescripto mandata, detecta per inquisitionem fraude petentis, de omni tamen negotio cognosci debeat, l. & si non 4. C. si contra jus vel utilit. publ. cap. 2. extra de rescriptis. Andr. Gayl. d. libr. 1. observ. 14. Groenevvegen ad l. ult. C. de diversis rescriptis.

4. Quod si plura rescripto per obreptionem impetrato capita contineantur, quorum unum principale est, reliqua accessoria, subreptio circa principalis negotii impetrationem commissa inutilia quoque facit, quæ accessionis loco habentur; cum accessorium sequatur suum principale, nec subsistere queat, illo non subsistente. Secus quam obtineret, si capita diversa rescripto comprehensa per se singula subsisterent, a se mutuo non dependentia: tunc enim rescriptum non nisi pro ea parte, in qua obreptum fuisse patet, irritum censi debet ac vitium; reliquis capitibus pari vitio non laborantibus in suo vigore manentibus; ne utile corruat per inuti-

le, dum ab inutili potest separari, And. Gayl. d. libr. 1. observ. 14. num. 5.

5. Sed & auctoritate carent rescripta personalia, quæ sine die & consule sunt, l. si qua in C. de divers. rescriptis. Cum enim non omni tempore liberum fuerit Imperatori supplicare, non lite pendente, nec pendente appellacione, multoque minus post definitivam sententiam, aut transactionem, quo sopita refricarentur quæstiones; nisi quis petat actorum communium vel sententiæ editionem, vel ut iudici iudex adjungatur, vel ut lis terminetur & sententia feratur, l. 1. 2. 3. C. ut lit. pendente vel post provocationem aut definitiv. sent. nulli liceat Imperatori supplicare, l. ult. C. sententiam resc. non posse, l. causas 16. C. de transact. novell. 115. cap. 2. dijudicari sine diei & consulis adjectione non potuit, utrum licito an illicito tempore quis applicatione interposita sibi rescripti principalis auxilium obtinuerit. Et quamvis hodie etiam pendente lite supplicare Principi permissum sit, quoties quis restitutionis auxilium implorare cupit, teste Zypeo notit. juris Belgici tit. in de integ. restit. in fine; non tamen ideo a veteri jure, diei adjectionem in rescriptis desiderante, recessum puto; cum & ad falsitatem rescripti arguendam, & ad alia diei adjectio proficere queat. Nec minus viribus destituuntur, quæ subscriptione Principis munita non sunt, seu, ut Imp. ait, cocti muricis & triti concilii ardore, seu encausto non signata, l. sacri affatus 6. C. de divers. resc. & pragmat. sanct. de quo encausto Pancirollus de reb. perditis lib. 1. tit. 2. ibique Sal-mathus in notis. Quibus consequens fuit, non exempla rescriptorum, sed tantum authentica, atque ipsa originalia fidem facere, l. sancimus 3. C. de divers. rescriptis. & pragmat. sanction. Inefficacia insuper censenda, quæ juri contraria, vel fisco damnosa sunt: quippe quæ ab omnibus iudicibus refutari debere constitutum est, l. nec damnosa 3. l. rescripta 7. C. de precibus Imperator. offer. arg. l. jubemus nullam 10. Cod. de sacros. eccles. Nisi Principem ex certa scientia a jure communi voluisse recedere manifesto constet; dum vel crimen supplicanti-bus indulget, vel ea concedit, quæ non lædunt alterum, & prosunt petenti, d. l. 7. C. de prec. Imp. off. tot. tit. ff. & C. de sentent. passis & resitit.

6. Invalida denique rescripta, quæ jure tertio quæsitum adimunt; cum illibatam dominorum in res suas potestatem esse, nec cuiquam mortalium jus suum a Principe detrahi oportere, aut in cuiusquam injuriam beneficia debere concedi, ipsa Principum rescripta dicunt, §. ult. Instit. de his, qui sui vel alien. juris, l. nec avus 4. C. de emancip. liberor. & l. rescripta 7. C. de precib. Imperator. offendend. Quæ de causa nec exceptionem preemtoriam suo potest Imperator rescripto enervare, l. quoties 2. C. de precib. Imperat. offendend. nec in creditoris præjudicium dilationem indulgere debitori non idonee satisfacti l. universa 4. C. de precib. Imp. off. nec ex transactione legitima, vel contractu quocunque alio quæsitam obligationem excindere aut infirmare; vel resuscitare litem sopitam, l. causas 16. C. de transaction. l. de contractu 3. C. de rescind. vend. ne in suum quidem, aut fisci commodum, d. l. 3. in fine, cui converiens est, ut & ipse stare teneatur contractibus, quos cum suis invit subjectis. Et

et enim conventionum solemnibus ligatum non esse Principem ex *ist.* 3. dictis constat; ab ipsa tamen obligatione, quæ ex contractu sponte per ipsum celebrata juxta rationis naturalis ac juris gentium principia descendit, quæque ipsum non tam ut Principem, quam potius ut hominem tenet, resilire suo arbitratu nequit, eamve ex plenitudine potestatis eludere: cum ita ei, quæcum contraxit, adempturus esset jus ad rem, & agendi potestatem ex contrahenda quæsitam. Ne dicam, grave semper vel in ipsis privatis fuisse habitum, fidem fallere, *l. 1. ff. de constituta pecun.* ut proinde longe gravius id in Principe censendum sit; in quo ante omnia dictorum factorumque constantia exuberare debet, & a quo, velut justitia omnis & æquitatis fonte, ac lege animata omne alterius fraudandi consilium abesse oportet, omnemque iniquitatem. Everhardus in loco, a plenitudine potestatis. Neostadius Curia Holland. decis. 15. Ant. Matthæus de audition. l. 2. cap. 11. n. 2.

7. Nulli interim dubium, quin, justa urgente causa, privato per Principem recte jus quæsitum adimatur: dum vel in penam id fit, publicato ob crimen patrimonio, parte ejus; vel postulante necessitatis aut utilitatis publicæ favore; dummodo hoc casu posteriore æquivalens detur, quod rei vel juris adenti vices rependat, & quam parcissime diminuat dominus jus, *l. venditor 15. §. 1. ff. commun. predior. l. 2. C. pro quib. causis servi pro praemiis, l. si quando C. de operibus public.* Invito proinde domino lapides ex ejus lapidinis cædi, soluto salario, uti consuetudine, sic & rescripto constitui potest; suadente id publico ædificiorum inde construendorum aut reficiendorum aspectu, *d. l. 13. §. 1. ff. commun. predior.* Vis quæque publicis edacitate fluminis aut chasmate absumentis, vicinus proximus recepto pretio viam de suo præstare compellendus est, *l. si locus 14. §. 1. ff. quædam. servit. amitt.* ibique Gothofredus in notis. Nec minus Fabricæ publicæ, vel operis alterius publici struendi gratia proximas ædes æstimatas dirui, Principis auctoritas decernere potuit, *d. l. si quando 9. C. de operib. public.* Similique modo hodiernis moribus receptum est, ut & civitatum magistratus, & aggerum præfecti, mœnium ampliificandorum, cæsarum dilatandarum, aquæ ductuum faciendorum, aggerum struendorum aut reparandorum gratia, tum ædificia privatorum, tum agros in publicum redigant, æstimatione dominis soluta; sive ad id privilegio aliquo generali ab Ordinibus majestate præditis muniti sint, sive spectati ab iis impetraverint certis in casibus id ipsum faciendi potestatem. Hugo Grotius manduct. ad Jurisprud. Holland. lib. 2. cap. 52. num. 8. Responsa Juriscons. Holland. pars. 1. consil. 184. et pars. 3. vol. 1. consil. 145. in med.

8. Non tamen jus quæsitum adimere videtur, quoties peiperam ædificata destrui mandat; ædes forte contra formam publicam extructas, & aspectum publicum deformantes, aut publica in via positas, utique publico nimis officientes, angustatis platearum spatiis, aut latitudine porticibus minuta; vel denique sit mœnibus aliisque publicis juncas operibus, ut ex iis incendia vel insidias vicinitas reformidet, *l. ædificia 14. C. de operibus publicis, l. 2. §. si quis nemine 17. ff. de quid in loco publ. junct. l. sancum 8. §. ult. ff. de rer. divisi. l. 2. et 5.*

ff. de quid in loco sacro; cum enim tales non jure faciunt, & ut ita dicam, faciendo delinquant, non sane Princeps peccaverit destructionem præcipiens arg. *l. 1. §. ult. ff. de quid cum, qui in jus voc. vi eximat;* & cum a privatis damnum sine spe reparationis pati cogatur, qui illicite extruxit, nullam etiam habiturus cautionis de damno infecto exigendæ licentiam, *l. qui bona fide 13. §. si quis juxta 7. ff. de damno infecto;* quid ni Princeps damno extructorum mactet eos, quo contra utilitatem publicam comperit nullo jure edificasse?

9. Sed nec quæsti juris privatio est, si in publico loco ædificandi potestatem privato Princeps faciat, etiam cum vicinorum damno; nam etsi simpliciter impetrans a Principe, ut in publico loco ædificare liceat, credendus non sit in dubio obtinuisse, ut id cum vicinorum agat incommodo; nominatim tamen id ei posse indulgeri a Principe, Ulpianus auctor est, *l. 2. §. merito 10. Et seqq. Et §. si quis a Principe 16. ff. de quid in loco publ. vel iun. fiat.* Uti enim privatus quisque suo in solo vel ipse ædificare, vel alteri facultatem illic extruendi concedere potest, etiamsi vicinis inde damnum imminuat, obscuratis forte luminibus; aut prospectu impedito, quoties ipsi non constituit de luminibus, prospectu ve haud officiendo servitutem: ita non jure quis parem Principi circa loca publica potestatem denegaverit, qua vel ipse, vel ex ejus concessione alius in publico extruat cum vicinorum illorum detrimento, quibus nulla servitute constituta competere non poterat impediendi jus, atque ita nulla quoque fiebat injuria. Quamvis non desint, quibus placuit verba illa, nisi forte quis hoc impetraverit, in *d. lib. 2. §. 16.* referre ad vicinos, quasi non a Principe, sed a vicinis illud jus ædificandi cum eorum incommodo impetratum fuisset: quod tamen minus convenire puto primis verbis d. paragraphi, in quibus agitur de eo, qui simpliciter a Principe impetraverat, ad oppositionem ejus, qui non simpliciter, sed & cum incommodo vicinorum ædificandi potestatem nactus erat.

10. Multo minus quæsti juris ademptionem aspit, quoties id Princeps agit, ne quis re sua abutatur, eamve perdat, sive nimiam exercendo sevitiā, sive intempestivam faciendo crediti exactionem, sive sua dissipando; cum intersit reipublicæ, ne quis re sua male utatur, *§. 2. Inst. de his qui sui vel alien. jur. sunt.* Quo fundamento non modo prodigis recte bonis interdicitur, & domini olām servos nimis duxerit habitos, ac intollerabili affectos in injuria, jubebantur bonis dividere conditionibus, *d. §. 2. sed & rescriptorum moratoriorum justitia defenditur:* talia namque indulgendo, licet Princeps creditoribus agendi potestatem ad tempus demat; tamen tantum abest, ut ita his eorum diminuisse videri posset, ut potius ipsis in tuto collocet totum jus crediti, quod intempestiva, ac sæpe per calorem iracundiæ præcipitata executione, magna fuissent ex parte subversuri: dum non aliter ea concedit obzatis, quam si de solidi debiti solutione, post lapsus temporis faciendā, idoneam datis fidejussoribus interponant cautionem; sic ut merito dixeris, nullorum magis interesse, quam ipsorum creditorum, rescripto tali debitores muniri, *l. universa 4. C. de precibus Imp. offerend. l. ult. C. qui bonis cedere possunt.*

11. Non denique jus quæsitum tollit Princeps, beneficia atque privilegia concedendo. Nam etsi olim vetitum fuerit privilegia privatis hominibus irrogari, ac justum fuerit creditum, leges non ad singulares personas, sed ad omnes subiectos pertinere, ut dictum sit. *de legibus num. 5.*; posterioribus tamen temporibus id mutatum fuisse in aperto est, *J. sed & quod 6. Inst. de jure natur. gent. Et civis l. 1. J. ult. ff. b. r. l. privilegia quedam 196. ff. de reg. jur. l. quod vero contra 14. ff. de legibus.* Neque tamen ideo, ut dixi, jus quæsitum tollitur per Principem, beneficia ac jura singularia personarum vel rei seu causæ contemplatione concedentem. Quod ut inotescat magis, considerandum puro, præter ea, quæ proprie Principum beneficia dicuntur, & nulli rocent, triplicem esse speciem privilegiorum, quibus hæc alicuius videri posset itesse. Sunt enim, quibus Princeps summum tantum seu fisci jus remittit, si-bique nocet, dum a tributis, vestigalibus, aliisque similibus publicis oneribus ac functionibus immunitatem certis indulget personis, certisve hominum universitatibus; aut penarum multarumque compendia fisco censura remittit; aut privatis permittit agrorum desertorum, alluvionum, fundorumque diu inundatorum, & ita fisco quæsitorum inclusionem munitionemque ac exaccationem; & quæ hujus generis dantur alia non pauca. Sunt & alia, quibus ex peculiari favore certis tantum conceditur personis per monopolij modum exercere hanc aut illam artificij, opificij, aut mercaturæ speciem, quam ipsi vel industria peculiari excogitarunt, vel adinventam anteq. auxerunt plenius ac excoluerunt, vel summa suo atque periculo utilem effecerunt ac fructuosam; quo reducenda Societati Indiæ tum orientalis tum occidentalis indulta negotiandi per istas regiones potestas, tum seclusionem aliorum, qui societatum illarum participes non sunt; quæque in dies rerum novarum inventoribus, typographis sumtuosa volumina edituris, aliisque id genus pluribus concedi moris est. Sunt denique talia, quibus jus tertio vel ex lege vel ex beneficio quæsitus tollitur directo. Primum speciem quod attingit, cum suo tantum juri tunc Princeps renunciet, frustra læsionem tertii in ea quæsiveris. Secundam quod spectat, etsi plerisque aliis extra personas aut societas privilegio donatas lucrandi spes citius ex certo opificio aut mercatura modo sic præclusa sit; non tamen ideo jus quæsitus dici potest isdem ademptum; sed potius aliis sine lucrandi spes, quam multorum sæpe annorum industria, ac patrimonij vel periculo vel dispendio quæsiverant, censeri debet privilegio firmata: ut ita ex æquitate naturali ac juris regulis intacta penes eos maneat spes lucri, qui primo subierunt damni metum; utque honores & præmia ferant, qui (ut dici solet) versiculos fecerunt, atque non aliis, sed sibi aspera ferant, sibi mella nidorque parent. Tertiæ vero privilegiorum speciei inclusionem cum jure tertio quæsiti ademptionem, apponitur quidem, sed tamen & verum est, non esse hæc cuiquam in alterius injuriam concedenda a Principe, nisi id audent vel publica necessitas, vel ingens utilitas; adeoque non nisi talibus vocatis circumstantiis ac requisitis, quibus & Principem ex plenitudine potestatis jus tertio quæsitus adimere posse, ar-petitus est traditum arg. *l. 2. J. merito 10. ff. ne*

*quid in loco publ. vel itm. fiat, Beneficium alteri in alio casus injuriam tribuere, meritis nostris non est, irquiunt Imperatores in l. nec avus 4. C. de emancip. liberor. Hugo Grotius manduci. ad jurispr. d. Holland. lib. 1. cap. 2. num. 21. 22. Responsa Juris. Holland. part. 1. consil. 205. Urde & ad obtinenda privilegia talia, quibus jus alteri quæsitus adimendum foret, necesse est, ut ea impetrare volens libello supplicis nominatum jus tertio quæsitus exponat: jura quæque ac privilegia anteriora, ex quibus videri posset, aliis jam ante jus quæsitus esse, ibidem enarret; ut ita Princeps (qui probabiliter quidem acire præsumitur jura universalia, sed non peculiariora quæque statuta, locum singularium ac collegiorum consuetudines, aut privilegia privatis data) plenissime ex narratis instructus, sine obreptione ex certa scientia privilegium decernat, auditis etiam ipsis illis, quorum jura privilegio tollenda vel minuenda sciant. Menochius *de arbitrar. judic. lib. 2. casu 201. num. 136. 137. 138. & seqq.* Jacob. Corren. *observ. 27. num. 147. et seqq. ad num. 153.* Responsa Juris. Holl. part. 1. consil. 205.*

12. Dividuntur privilegia, quod alia personarum sint, alia rei seu causæ. Personalia dicuntur, quæ personæ concessa, cum ea extinguuntur, nec ad hæredes transeunt. Realia, seu causæ, quæ rei coherent, & ad hæredes, alioque successores transmittuntur, *l. privilegia 197. ff. de reg. jur. l. atatem 3. J. 1. l. forma 4. J. quæquam 3. ff. de censibus, l. immunitates 4. ff. de jura immunit. l. exceptiones 7. pr. & J. 1. ff. de excepti.* Personalia autem sunt non ea tantum, quæ uni certæ personæ data, sed & quæ toti certarum personarum generi generali lege concessa. Sic quondam pupillis pro administratione tutelæ, uxori pro recuperatione dotis privilegium inter tutorum, ac maritorum creditores tributum, ipsis solis, non item hæredibus, aliisque successoribus prælationem præbeant, *l. dahimusque 19. J. 1. ff. de reb. auctior. jud. possidend. l. unic. C. de privilegio dotis, J. fuerat 29. Inst. de action. l. ex pluribus 42. ff. de admin. et peric. tutor.* Maritis quæque solis de dote conventis, ut & ceteris, quibus beneficium competentis a lege datum, id ipsum prodest; nequaquam hæredibus, *l. maritum in id. 12. et ll. seqq. ff. soluto matrimen. l. et si fidejussor. 24. J. 1. et ll. seqq. ff. de re judicata, l. exceptiones 7. pr. ff. de exception. præc. et præj.* Quædammodum ex adverso etiam causæ privilegia non rei seu causæ tantum singulari, sed & generaliter indulta fuisse, in propatulo est: nam & actioni judicatis, contra condemnatos intentandæ, privilegium dilationis mensium quatuor est additum, non ipsis tantum condemnatis, sed & hæredibus, ac aliis in locum eorum succedentibus profuturum, *l. tempus 29. de re judicata, & actioni funerariæ coherent privilegium, religiois favore, non funeranti tantum, sed & hæredi ejus agenti utile est, ut dicitur ibi. de religiosis.*

13. Quæcunque autem privilegia sunt personalia, illa, uti ad hæredes non transeunt, ita nec cessione juris aut actionis in aliam possunt personam transferri, cum ea ratione personam egredierentur contra concedentis intentionem, *d. l. ex pluribus 42. ff. de admin. et peric. tut.* Tiracellus *de retract. convent. J. 1. glor. 6. num. 12.* Contra, si quæ rei seu causæ vel actioni coherent, ea cessione transi-

re nihil impedit: ubi enim genus actionis locum facit beneficio, ibi, ad quemcumque persecutio ejus devenit, non deficit auxilii ratio, *l. in omnibus 68. ff. de regul. juris, d. l. tempus 29. ff. de re judicata*. Et quamvis forsitan extra privilegiorum materiam non universaliter verum sit, illud omne, quod ad hæredes transire potest, etiam posse cessione transferri; tamen, cum rei seu causæ privilegia dicantur ex eo, quod rei seu causæ ipsi adsint & insint, æquum est, ut, quemadmodum ipsa causa seu actio recte cedat, ita & inherens ei privilegium cedendo censeatur translatum. Vide Tiraquelum de retractu gentilit. §. 26. gloriæ. 3. num. 29. Ant. Matthæum de aucton. l. 2. cap. 6. n. 31. 32.

14. Quod si de indulto privilegio non satis constet, an personæ tantum, an magis causæ concessum sit: illud ex onerosa vel gratuita concessione dijudicari oportere censent Andr. Gayl. lib. 2. observ. 2. num. 13: & seqq. Ant. Matthæus de aucton. libr. 2. cap. 7. num. 50. sic ut gratis data putent in dubio personalibus, ex contractu oneroso impetrata realibus, annumeranda esse: eo quod quisque sibi & hæredibus suis contraxisse præsumitur, *lib. si pactum 9. ff. de probation. Sed cum contractus & onerosa causa impedire non debeat restrictionem ejus, quod odiosum est, maxime, si per modum privilegii indultum sit; ac gratiam ipsam gratuitamque concessionem non raro præcedant benemerita, benevolentiam Principis non minus provocantia, quam ex contractu numeratum pretium; ideo inspicendum magis arbitror, utrum id privilegio comprehensum sit, quod favorabile est, & publicam utilitatem ac jus tertii non lædit; an contra odiosum, in præjudicium republicæ aut juris tertio quæsitum datum. Illo quidem casu, quia beneficia, quæ a Principum indulgentia proficiuntur, quam plenissime interpretari debemus, rei potius, quam personæ ea tributa esse, præsumendum erit, arg. *lib. beneficium 3. ff. b. t. Hoc vero in casu rectius personalia in ambiguo censenda forent, cum odiosa non videantur benigniore juvenanda interpretatione, arg. *lib. cum quidam 19. ff. de liberis & posthumis, lib. 2. §. merito 10. & §. si quis a Principe 16. ff. de quid in loco publ. Loesius ad Pand. b. t. n. 18. Parens p. mem. Paulus Voet de statutis section. 2. cap. 3. num. 7. Ut tamen haud sit eundem inficias, quin ex variis personarum rerumque circumstantiis aliis, de eo, an personæ, an rei concessum videatur privilegium, quandoque statuendum sit, uti id pluribus tractat Menochius de præsumpt. lib. 3. præf. 103.***

15. Ceterum, ut in jure Romano privilegia commemorantur, non tantum certis data personis, vel certo personarum generi, veluti pupillis, sed & talia, quæ certis hominum universitatibus, puta civibus aut incolis vici, oppidi, regionis, provincie concessa sunt; *l. 1. §. ult. ff. ad municipal. l. non tantum 17. §. 1. & seqq. ff. de excusat. tutor. l. forma 4. §. quamquam 3. ff. de cenibus*; ita quoque nunc id plures apud gentes, præcipue vero penes Hollandos, frequens esse ignorare nequit, nisi qui nostra in republica plane hospes est. Constat utique, plurima diversis temporibus ac seculis per Hollandiæ Comites civitatibus plerisque, quin & toti Provincie, privilegia fuisse tributa, vel ob fi-

dem egregie præstitam, vel ob rem bello strenue navatam, vel ob subsidia Comitibus petentibus liberaliter extra ordinem soluta, vel ob subministratam fisco nummorum penuria laboranti pecuniam, velut juris singularis pretium; usque adeo, ut non contemnendam istorum privilegiorum a Comitibus datorum partem recte dixeris esse jura civitatis cujusque municipalia, ac politica de civium regimine leges, variis per varios voluminibus congestas. Hugo Grotius *manduiff. ad jurisprud. Holland. lib. 1. cap. 2. n. 20. 21. & seqq.* Merula *praxi civili lib. 1. tit. 4. cap. 3. Responsa Jurisc. Holland. part. 2. consil. 10. versu, ten vryden.*

16. Interpretationem privilegiorum quod attinet; si quidem de ipso verborum sensu hæsitatio sit, ea fere, quæ de legum interpretatione *sir. 3. dicta*, huc quoque trahenda sunt. Neque etiam absurdum fuerit, ubi prævio libello supplicis privilegia impetrata sunt, ex ipsius libelli verbis ac mente explanationem privilegii indulti derivare, sensumque eruere; Jacobus Coren *observ. 27. part. num. 112. Surdus decr. 291. num. 15.* Quod si de eo quæstio sit, an strictam, an vero latam privilegia recipiant interpretationem, non sine distinctione id definiri potest. Etenim cum privilegia sint jura singularia certæ personæ, vel rei, vel etiam universitati hominum contemplatione concessa, strictam eatenus admittant interpretationem necesse est, ut non extendantur ultra personas aut causas, quibus indulta sunt; etiamsi in aliis personis causisve eadem aut similis majorve ratio inveniretur. Quamvis enim in re communi omnibus subjectis scripto, vigeat axioma: Eandem admitti debere juris dispositionem in casibus lege non expressis, in quibus eadem aut similis ratio militat, atque ita ad similia procedendum esse, *lib. 12. 13. ff. de legibus*; non tamen in privilegiis id probatum est; quippe quæ in exemplum trahi, aut ad consequentias produci, prorsus inhibuit, *§. red & quod 6. Insti. de jure nat. gent. & civ. l. 1. §. ult. ff. b. t. l. quod vero 14. ff. de legibus*. Nisi ex circumstantiis evidenter colligi possit, concedentis hanc fuisse intentionem, ut & ad personas non speciatim enarratas privilegii vires extenderentur. Qua ratione, cum pupillis pro administratione tutelæ privilegium in bonis tutorum edicto prætoris datum esset, ad exemplum vero pupillorum furiosis quoque, & prodigis, aliisque corporis aut animi vitio suo genere præditis, darentur curatores; etiam hos omnes privilegium in bonis curatoris habere obtinuit, etsi in edicto nulla eorum mentio esset, *lib. & mulieri 15. §. 1. ff. de curat. furios. & aliis extra min. dandis l. dabimusque 19. §. 1. & l. seqq. ff. de rebus auctorit. jud. possidendis*. Et cum mulieribus pro dote recuperanda privilegium prælationis datum esset, illud ad sponsas quoque, & puellas annu duodecim minores in domum mariti ductas, ac nuptiarum loco habitas, interpretatione prudentum productum legimus; eo quod rei publicæ interesset, has quoque solidum consequi, ut nubere possent, *l. quantum 17. §. 1. l. 18. ff. de rebus auctor. jud. possid. l. si sponsa 74. ff. de jure dotium*. Deficientibus autem hujusmodi circumstantiis, firmum manet, jura singularia non egredi personas privilegio comprehensas. Unde si quis pro se & heredibus sue

(In singulari) privilegium meruerit, in dubio primus tantum habet, ac non hæredes. hæres eo gavivus est, arg. *l. antiquitatis 14. C. de usufructu & habit.* Tiraquellus de retractu. conveni. §. 1. glori. 6. num. 18. Similique modo quæ ob opificii, artificii, negotiationis, aut studiorum exercitium privilegia concessa sunt, non recte iis quoque vindicaveris, qui nomine tantum tenus collegiis jure singulari honoratis adscripti sunt, arg. *l. si duas 6. §. & utique 4. ff. de excusar. tutor. Joh. Pappon. lib. 7. tit. 7. arres.* 15. Andr. Gayl. lib. 2. observ. 118. num. 8. 9. 10. & seqq.

17. Plane, quantum ad ipsas personas aut causas, quas privilegio comprehensas esse in aperto est, inspicendum videtur, an privilegio indulto contineantur ea, quæ jure communi repugnant aut utilitati publica, vel jus tertio quasitum (positis terminis habilibus) adimunt; an ex adverso nullius, aut solius concedentis jura diminuant. Si enim juri publico, vel alteri quasito quid detrahi appareat, strictissimam merito interpretationem adhibueris, ut quam minimum juri communi derogetur, juriisque tertio quasitis decedat: nam cum ipsæ leges posteriores, universo populo latæ, sic in dubio explicandæ sint, ut quam parvis jura vetus subvertant, multo magis id in privilegiis contra communem juris universalis rationem inductis servandum erit, arg. *d. l. quod vero 14. de legibus*; maxime cum & manifestum sit, odiosa esse, quæ contra publicam utilitatem & jura publica, singulorum quoque jus asserentia atque firmantia, constituta inveniuntur; & ideo vel eo quoque nomine per interpretationem oportere restringi, arg. *lib. cum quidam 19. ff. de liberis & posthumis*, Didac. Covarruvias 1. resolutionum cap. 17. num. 13. in fine, Andr. Tiraquellus de retractu in præf. numer. 62. 63. Grotius de jure belli ac pac. lib. 2. cap. 16. numer. 12. Zoesius ad Pand. b. t. num. 23. Ut enim verum sit, ipsa quoque jura singularia contra tenorem juris communis propter aliquam utilitatem auctoritate legislatoris constituta esse, quatenus ille non nisi iusta ratione motus præsumitur jus alteri publico jure competens voluisse minuire, *l. jus singulare 16. ff. de legibus*; tamen cum in dubio privati cujusque commodum publica utilitati cedere & postponi fas sit; adhuc manebit illud, privilegia certis tantum personis aut causis primario faventia, jurius communibus in ambiguo minimum debere præjudicium inferre. Atque hinc est, quod & ipsa Principum beneficia, quæ tempore concessionis nullius tertii involvebant detrimentum, in dubio vires perdituræ sunt, quoties ob circumstantias supervenientes incipiunt tertio damno, atque ita iniqua esse, *l. ex factis 43. ff. de vulg. & pupil. substit.*

18. Interim non adeo in arcum coangustanda per interpretationem privilegia, ut nullarum essent virium, ac nihil operarentur ultra jus commune, *l. 1. §. ult. ff. ad municipalem*, aut absurdum continerent ineptumque sensum, Grotius de jure belli ac pacis, d. lib. 2. cap. 26. num. 12. aut denique per posterius privilegium tolleretur prius; cum potius in dubio ita posterius indultum accipiendum sit, ut prioris additamentum ac augmentum magis, quam adnotationem comprehendere intelligatur, *l. 2. C. de præpositis agentum in rebus.*

19. Quod si ex adverso nullius, aut solius concedentis jurius per privilegia quid detrahatur; beneficia talia a mera Principum benigne interpretacione proficiencia quam plenissimam recipere interpretationem, dicitur *l. beneficium 3. ff. b. t. l. si quando 2. C. de bonis vacant.* Grotius de jure belli ac pac. lib. 3. cap. 21. num. 14. & seqq. & libr. 2. cap. 16. num. 12. Zoesius ad Pand. b. t. num. 22. Quod & multo magis tunc admittendum, cum non ex simplici Principis beneplacito, sed ob benemeritum hujusmodi beneficia indulta constat, vel etiam per quandam contractus nominati vel innominati speciem; eo quod omnis remuneratio etiam in negotiis, quæ alioquin stricti juris sunt, pleniore atque benigniore interpretatione videtur adjuvanda, Tiraquellus ad *l. si unquam 8. C. de revoc. donat. verbo, donatione largitus num. 48. & 85.* Covarruvias 1. variar. resolut. cap. 13. in fine. Responsa Jurisc. Holl. part. 4. vol. 2. consil. 240. num. 11. & seqq. & part. 4. consil. 64. & part. 5. consil. 2. pag. 9. & 11. DD. ad d. l. 3. ff. b. t.

20. Extinguuntur privilegia variis modis; personalia namque personarum, cui data; realia interitu rei, cui concessa, *l. in omnibus 69. l. privilegia 195. ff. de regul. juris.* Quod si civitati, collegio, corpori, castro privilegium indultum sit; & hæc hostili violentia, aut prædonum incursum æquata solo, subversa, aut dissoluta fuerint; non ideo ipsum privilegium periisse credendum est: sed potius redintegrato hominum collegio, instaurata de novo, civitate vel castro, idem jus singulare superesse censi debet, quod ante fuit; cum periaquam foret, jam satis casu fortuito sine sua culpa afflictis, & bellica pressis calamitate aliam afflictionem addi, arg. *l. adeo sacra 75. ff. de contrab. emptione l. cum loca 36. ff. de religiois. & sum. fun.* Aliter quam statuendum esset, si propter delictum, civitas aratrum passa aut castrum destructum, aut hominum universitas dissociata sit: tunc enim redintegratio, quæ forte per conniventiam tolerata fuit, non faciet reviviscere privilegia semel jure extincta, sed nova concessione opus foret; cum absurdum nihil sit, quam beneficia, legitimo premita modo, sine nova voluntate Principis, a cujus solius indulgentia proficiuntur, pristino restitui vigori, Andr. Gayl. libr. 2. observ. 61. num. 1. 2. 3. & seqq. Zoesius ad Pand. b. t. n. 27. 28.

21. An & concedentis revocatione privilegia pereant, non expeditum satis. Distinctionem ab Andr. Gayl. libr. 2. observ. 60. num. ult., & Merula in præf. lib. 1. tit. 4. cap. 3. num. 33. adhibitam video, utrum subito, an non subito, privilegium concessum sit, ut illo quidem casu revocationem sæpe Principi permissam putent; hoc non item. Sed cum non magis suis sint fraudandi commodis subiecti, quam exteri, ac Princeps non minus illis, quam hisce, fidem ex jure gentium servare obstrictus sit, nulla sufficiens distinctio talis ratio apparet, sive de privilegiis ex mero Principis beneplacito indultis questio sit, sive de illis, quæ ex præcedente quodam contractu aut causa descendunt. Rectius sentiunt, qui revocationis facultatem Principi tribuunt in iis privilegiis, quæ ex mera ejus liberalitate non præcedente vel subsequente conventionione & obligatione proflexerunt, quæque ipse in-

definite sine ulla temporis adiectione concessit, aut (quod non infrequens) circa quæ tempore concessionis sibi potestatem revocandi, mutandi, diminuendive nominatim reservavit; eo quod hac non alio, quam precarii jure videri possunt haberi atque possideri ab illis, quibus acquisita sunt; nec ullam dici potest injuriam inferre, qui precario concessa repetit, aut juri sibi reservato utitur, etiamsi nulla peculiaris subesset revocandi causa, Besoldus *delibatis jur. ad Pand. lib. 1. num. 13.* Hugo Grotius *manuduct. ad Jurispr. Holl. libr. 1. cap. 2. num. 24.* Matth. de aulthion. *lib. 2. cap. 7. num. 51.* Ut tamen hic prudenter sit Principis in id incumbere, ne nimis facili & temeraria revocatione adimendo vesperi, quam mane dederat gratiam, sibi contrahat vacillationis & inconstantia dictorum factorumque pudenda infamiam; unde nec in dubio illum admisisse aut adimere voluisse præsumendum est, juxta Menochium *lib. 6. præsum. 40.* Si vero mediante contractu, interveniente causa onerosa, ob aliquod factum impletum vel implendum, aut dationem præsentem vel futuram privilegia concessa constet, vel ob benemerita talia & operas navatas, quæ sæpe tanti valent, quanti pecunia, arg. §. 2. *inst. de societat.* ne ex plenitudine quidem potestatis ac majestatis eorum revocandorum, mutandorum, aut imminuendorum potestatem sibi Princeps jure arrogaverit; nisi justæ legitimæ & satis graves de novo emergant retractandi causæ insequentibus excutientur, Besoldus *in delibatis juris ad Pandect. lib. 1. num. 13.* Zoesius *ad Pand. b. t. num. 30.* Idemque ferendum de iis iudiciis, quæ, cum vel ex conventionione, vel ob benemerita leviora, vel ex mera benevolentia Principum indulta essent, jurejurando tanquam leges fundamentales a successore suscepti imperii tempore fuerunt firmata, dum se ad omnium privilegiorum observationem solemniter obstringit: quod ut alibi fieri solitum, ita quondam durante Comitum regimine in hisce regionibus usitatum fuit, dum non ante in Comitibus verba jurabat populus, seu repræsentantes populum Ordines, quam si prius Ipse jurasset in verba populi, & ita ad privilegiorum conservationem ac tuitionem sese devinxisset, Besoldus *d. lib. 1. num. 13.* Hugo Grotius *d. lib. 1. cap. 2. num. 22.* & seqq. consult. JConsult. Holland. *part. 5. consil. 2. pag. 18. 19. 20.* Unde & solemnibus Philippi Burgundi Hollandiæ Comitibus processit promissio, de non concedendis mandatis ullis aut rescriptis, in præjudicium privilegiorum, quæ urbibus aut civibus Hollandicis tributa erant, tendentibus. 11. Junii 1452. *vol. 2. placitorum pag. 658.* Quod & repetitum privilegium Mariæ Burgundicæ 14. Martii 1476. *d. vol. 2. pag. 658.* & seqq. Ex quamvis Hispaniæ Reges, tanquam Belgii Principes, multis censerint obviam eundem esse corruptelis in administranda iustitia tum civili, tum præcipue criminali frequentatis, ea tamen, quæ privilegii jure civitatibus aliisque invenirentur indulta, licet ipsam redolentia majestatis jus ac potestatem, intacta relinquere nominatim sanxerunt. *Ordonnantie op. de criminele justitie van Kon. Philips 5. Julii 1570. art. 15. 20. 79.* & alibi, *vol. 2. placitorum pag. 1007.* Si tamen privilegia vel ad certum annorum numerum, vel in perpetuum sic impetrata sint, ut obreptum concedenti manifesto constet, suppressa veritate, vel men-

dacio suggesto; non dubium, quin impetrationis effectum quantocius per Principem privari possint mendaces tales precatores, per ea, quæ superius de laborantibus vitiis rescriptis tradidi. Quemadmodum & justa ademptionis causa erit, si artifices, opifices, aliove similes concessio sibi privilegio contra Principis concedentis intentionem in aliorum subjectorum fraudem abuti, probatum sit; ut unanimitibus suffragiis judicium tradidit Jacobus Coren *observat. 27. num. 157. usque ad finem.* Zoesius *ad Pand. b. t. num. 29.* ut &, si obtentu privilegii sibi ipsis jus dicant, factis magis ac violentiis & armis de privilegio contententes, quam iudicis competentis cognitione & auxilio implorato, *Placitum Car. 5. 1. Aprilis 1521. vol. 2. placitorum, pag. 2058.* quæ verissima, si tota illa artificum societas sic privilegio abusa sit: etenim si cum universitati indultum esset, per membra quædam ejus singularia, sine ipsius universitatis assensu, sub violento privilegii peccatum fuerit, & publice privativè nocitum; iniquum fuerit, ex paucorum forte facto insontes quoque ceteros atque ipsam universitatem quassito jure fraudari; cum ibi utique poenam esse conveniat, ubi noxa est, & peccata suos debeant tenere auctores, ac unusquisque ex suo admissio forti subjiaciendus sit, non alieni criminis successor constituendus; denique nec ulterius progredi metum oporteat, quam reperitur delictum, *l. tuncimus 22. C. de panis, l. crimen 26. ff. de panis, arg. cap. si diligenti 12. in fine extra, de foro competente.* Andr. Gail. *lib. 2. observ. 60. num. 14.*

22. Renunciatio insuper privilegium extinguere manifestum est, cum quisque juri ac favori pro se introducto recte renunciaret, *l. per. C. de pactis*, sive ea expresse fiat, sive rebus ipsis & factis renunciandi voluntas evidenter declaretur; dum actus geritur privilegio, in non faciendo consistenti, in universum & directo contrarius, arg. *l. semper 5. §. ult. ff. de jure immunit. junct. l. Severus 9. §. 1. ff. de decurion.* veluti si corpori alicui seu collegio immunitatem præbenti allectus, sponte se alteri patitur adscribi ordini tali, quo ipso jure destitit collegii prioris membris annumerari, & muneribus incipit reddi obnoxius, *d. ff. & l. 1. 2. C. de his, qui sponte mun. pub. subv. Hieron. Schurphus cons. 1. consil. 14. num. 2. Gail. lib. 2. observ. 60. num. 10.* si modo effectum actus sortitus sit, non si tantum tentatus. Præses Everhardus *consil. 21. paulo post medium.* Menochius *lib. 6. præsum. 41. num. 12.* Ut tamen ea, quæ ex rebus & factis colligitur, strictissimam admittat interpretationem; cum enim juris sui renunciatio donationis speciem in se involvat, ac nemo in dubio præsumatur donare velle, aut suum jactare; consequens est, ut in casu singulari sponte faciens id, quod vi privilegii declinare poterat, atque adeo unum actum celebrans, a privilegio deviantem quidem, sed ei non directo & in universum contrarium, in casibus tamen aliis postmodum emersuris suo non sit privilegio destituendus. Quid enim, si a vectigalibus aliisque impositionibus immunitatem adeptus, aut a muneribus personalibus vacationem, tributa semel sponte solvat, munusve subeat? durum sane fuerit, hanc inde præsumtionem concipi, quod immunitatis & excusationis beneficium sibi in perpetuum voluerit ademptum.

Voluntaria sane tunc munera privilegii nihil derogare, rescriptum est, *l. voluntaria 12. C. de excusat. tutor.* nec privilegium competens amitti, si quis muneri publici vacationem habens, honorem aliquem sponte susceperit, & jus publicum gloriisper laxaverit, patriæ suæ utilitatibus vel gloriæ propriæ ad tempus serviturus, *leg. qui publici 2. Cod. de his, qui sponte publica munera subeunt.* Menochius *lib. 6. præsum. 41. num. 1. & seqq. Andr. Gayl. libr. 2. observat. 60. numer. 10. 11. 12.*

23. Quod si non singularibus personis, sed toti alicui hominum universitati privilegium datum sit, nec singulorum renunciationibus quicquam juris ipsi decedet universitati, nec singulorum factis privilegio contrariis illud subvertetur; cum nemo juri alieno renunciare possit; jus autem alienum sit ratione singulorum, quod toti universitati quasitum est, arg. *l. sicut 7. §. si quis 1. ff. quod cuiusque universit. nomine;* atque insuper iniquum sit, actus singulorum, ac forte paucorum, nocere universis ejusdem collegii, civitatis, aut alterius societatis membris, arg. *cap. si diligenti 12. in fine extra, de foro competens. Andr. Gayl. lib. 2. obs. 60. num. 13. 14. Menochius d. libr. 6. præsum. 41. num. 5. Præses Everhardus consil. 21. prope finem.* Ne dicam, infrequens non esse, ut privilegio, quod universitati datum est, ne sic quidem membra ejus renunciare valeant, ut sibi ipsis sibi que solis utendi beneficii potestatem adimerent. Qua ratione, licet ex juris Romani principiis liberum cuique fuerit renunciare fori præscriptioni, quapropter militis cingulum, vel dignitatis aut sacerdotii prærogativam manitus erat, *l. pen. Cod. de pactis;* rescriptis tamen Pontificum contra decretum fuit, ne quisquam clericorum pacto id agat, ut secularia subeat judicia; ratione addita, quod non esset personale hoc beneficium, sed potius toti collegio ecclesiastico publice indultum, cui privatorum pactis non erat derogandum, *d. c. diligenti 12. in fine extra, de foro competens.* & generaliter, quoties privilegia addictam habent clausulam irritantem & annullantem (ut loquuntur) omnes actus in contrarium gestos, nec renunciatione, nec facto contrario illa perire, vulgo a DD. traditum reperio, Andr. Gayl. *d. libr. 2. observat. 60. num. 12.* Hieron. Schurpf. *cent. 1. consil. 14. num. 3. Menochius libr. 6. præsum. 41. num. 10.*

24. De præscriptione dubium, an & per eam privilegia pereant. Quod si in faciendo & actus aliquis exercitio constant, ac toto illo tempore, quo præscriptionem impleri, leges aut mores gentis cuiusque definiverunt, oblata non fuerit eorum exercendorum occasio; non est, quod præscriptio privilegiato opponatur. Ut enim agere non valenti ea non currit, ita nec illis, qui, si maxime voluissent, utenti privilegii objectis habilibus destituti fuerant, nec culpa ullius argui poterant aut negligentia; quæ tamen præcipua præscriptionum admittendarum ratio est, arg. *l. & Athicini 35. ff. de servit. præd. rust.* Et ut iniquum visum fuit, itineris ad sepulchrum præscriptionem fieri ob usum ejus diutius intermissum, dum nullus forte illuc inferendus ultimus clauderebatur diem, *lego iter 4. ff. quemadmodum servit. amitt.* ita absurdum quoque fuerit, jurisdictionis aut meri imperii (quod nunc privilegium annumeratur) iuribus quemquam privati, quod forte

Voet ad Pandect. Tom. I.

toto sæculi aut amplioris temporis intervallo nulli deprehensi fuerint supplicio aut corporis cruciati plectendi. Idemque de similibus iudicium esto, Dion. Gothofred. *in not. ad d. l. 4. Andr. Gayl. libr. 2. observat. 60. num. 2. 3. Carpovius definit. forens. part. 2. constit. 3. defin. 23. Ant. Faber Cod. l. 7. tit. 13. def. 10.* Plane si, cum exercendi privilegii non deesset occasio, ex eo tempore, privilegiatus toto spatio, præscriptioni legibus aut moribus definitio, non fuerit eo usus, non dubitandum, quin illud quoque præscriptione peritum sit. Atque ita nundinarum majorum jure a Principe impetrato, non utendo decennii tempore, eum, qui meruit, amittere, Modestinus docet, *l. 1. ff. de nundinis.* Menochius *lib. 6. præsum. 41. num. 16. Andr. Gayl. d. libr. 2. observat. 60. num. 1. 2. Carpovius d. defin. 23. Hieron. Schrup. part. 1. consil. 14. num. 1. 2.* Quod si in quadam monopolii specie consistant privilegia, veluti, ut soli privilegio donati hoc aut illud artificii genus exercent, ut tantum intra urbes munitas & non ruri liceat cerevisiam coquere, navium fabricam exercere, &c. uti quondam Hollandiæ civitatibus hæc a Carolo V. inveniantur indulta *11. octob. 1531. vol. 1. placitorum pag. 1268. & 18. Januarii 1559. vol. 2. pag. 2060.* etiam in hisce præscriptio non reprobanda; saltem, ut, quotquot ruri tempore ad præscriptionem necessario officia exercuerint, non intercedentibus neque impedienda struentibus civitatibus, hoc jure singulari munitis, in posterum cogi nequeant iudiciorum auctoritate ad officii illius intermissionem: salvo tamen manente civitatibus suo privilegio, & impediendi jure quantum ad omnes alios, qui vel de novo instituere ruri vellent artificiorum exercitia, vel cum jam exercerent, necdum statuto ad præscriptionem tempore continuarent; vigente hic vulgato axioma: Tantum præscriptum & usurpatum esse, quantum possumus, & non plus, arg. *l. 1. §. si quis hoc 4. & §. 6. ff. de iun. abusuque privas. l. qui fundum 7. §. 1. ff. pro emisso, l. quod meo 18. §. ult. ff. de acquir. vel admitt. posses. l. rerum mixtura 30. §. ult. ff. de usurp. & jus. Consult. Jctor. Holland. p. 3. vol. 1. consil. 186. Ant. Matthæus de auction. lib. 2. cap. 7. num. 84. 85.*

25. Non tamen morte Principis, qui privilegium concessit, illud extinguatur, sive reale fuerit, sive personale, sive absolute datum, sive ita, ut ad libitum concedentis foret revocabile. Quamvis enim hoc ad libitum concedentis revocabile in universum a Principis voluntate dependeat, ac vulgo obtineat, quæ ab alicujus voluntate libera nunquam perirent, morte ejus evanescere, cum ultra vitæ finem voluntas humana se non extendat, *l. locatio 4. ff. locati,* & gratiosa concessio ad beneplacitum dantis indulta, morte ejus dicatur expirare, quasi cessante tunc beneplacito, *cap. si gratiose 5. de rescriptis in 7.* considerandum tamen, Principem, quæ talem, nunquam civiliter deficere, nunquam mori, sed in successoribus superesse. Unde quemadmodum morte naturali ejus, qui principatum gerit, aut aliud officium, non extinguuntur ea, quæ Principi, quæ tali, vel ali, ut dignitate gerenti, relicta sunt, (licet alias ejus sint natura, ut morte extinguantur) sed ad successores in officio transmittuntur, quasi non tam personæ, quam principatus & dignitati data,

lege quod Principi 56. ff. de legatis 2. l. annua 20. §. 1. ff. de annuis legatis; ita & ex rationis similitudine fas est, rebus humanis exempto Principe, qui ut majestate præditus, & qua Princeps beneficia ad beneplacitum revocanda largitus fuerat, ea ipso jure non interire; ut tamen ad exemplum ejus, qui sic privilegia concesserat, successor imperii quovis tempore eorum revocandorum sit habiturus potestatem. Nec alio sensu, quæ in *d. l. 4. ff. locati*, & in *d. cap. si gratior*, occurrunt, accipienda putem, quam quod successor, ubi libuerit, arbitrium sit hoc modo concessa quantocius revocandi, perinde ac si morte concedentis fuissent precepta. Suadetque quam maxime hanc interpretationem conjunctio *precarii* cum locatione in *d. lib. 4. cum aliunde constet*, precarii concessionem morte quidem accipientis ipso jure finiri, non vero concedentis interitu; sed magis ad heredem jus, qui concessit, transire; aut quod quis a Titio precario rogavit, id eum quoque videri precario habere a Titii hærede, *leg. quantum est 8. §. quod a Titio 1. leg. precario 12. §. 1. ff. de precario Andr. Gayl. lib. 2. observ. 60. num. 15. 16.*

26. Ceterum ubi quis privilegio munitus (sive privatus, sive collegium, municipium, aut civitas) in ejusdem turbatur aut impeditur exercitio; non est quod factorum violentia, aut armis de jure suo contendat, etiam si civitas a civitate privilegii violationem patiatur; maxime si non in ipsius civitatis privilegiata territorio, sed alibi privilegio impedimenta fiant. Sed nec consultum hisce regionibus fuerit, talionis jure aut repressaliis, ut loquuntur, remedium querere, ne majoris inde tumultus, & initiorum belli civilis nascatur occasio, arg. *leg. non est singulis 176. ff. de Regul. jur. placitum Caroli V., prima Aprilis 1521. vol. 2. placitor. pag. 2056.* Quin potius jure experiendum apud judicem læsis lædentibusque competentem, juris sui tuendi gratia, idque vel remediis possessorii; vel, si decreto civitatis unius alterius privilegia infrastructa videantur, appellatione ad superius tribunal interposita. Quamvis enim politicum magis sit, quam juridicum, decreta condere statuta municipalia; unde hujusmodi negotiorum disceptatio videri posset tribunalium excedere potestatem; juridicum tamen magis, quam politicum merito dixeris esse disputationem, cum de eo, an tali decreto vel lege municipali, vel etiam facto, tollatur jus alteri ex privilegio quasitum, controversia est. Consul. *IXtorum Holland. part. 3. vol. 1. consil. 186. & part. 4. consil. 145. 146. quæ repetita part. 5. consil. 217. quod & plus semel, mea memoria, pro hujus nostræ Universitatis iuribus, ac privilegiorum tuitione non sine felici eventu factum, impetratis a Curia suprema mandatis, conservandæ possessionis causa paratis, adversus eos, qui nostra tentassent turbare.*

TITULUS IV. PARS II

De Statutis.

SUMMARIA.

1. Qua methodo de statutis tractatur, ac quid hic statutorum veniat appellatione.
2. Dividuntur statuta impersonalia, realia, & mixta; quid sint personalia, eorumque exempla.

3. Quid realia, & exempla eorum.
4. Quid mixta.
5. Summo jure nec personalia, nec realia, nec mixta operantur extra territorium statuentis, & quot modis quis subjectus esse possit.
6. Docetur id in specie de realibus.
7. Et plenius de personalibus.
8. Refelluntur argumenta dissenientium.
9. Potest tamen magistratus domicili secundum suas leges infernum habere actum, a suo civis alibi in lege istius loci valde gestum; & vice versa, etiam prohibere sub pana, ne hoc aut illud per civem suum extra territorium fiat.
10. Probatum mixta quoque statuta summo jure ultra territorium non operari.
11. Docetur, assertionem de statutis territorium non egredientibus non subverti ex eo, quod mobilia ubicunque ita deponentur ad iustitiam secundum leges domicili defuncti.
12. Consultum est, singularum locorum magistratus aliquid de suo summo jure quandoque remittere, & alterius magistratus statuta ac decreta committere observare: & hoc ita fieri in realibus statutis circa mobilia, non itam circa immobilia.
13. Idemque multis populis placuisse circa statuta mixta, ut actus valeant, si modo adhibita sint solemnita loci, in quo gestus est.
14. Nisi quis dolo malo alio se contulerit, ut actum minore expeditur solemnitate; vel lex municipalis expresse infernos deceret actus peregrina solemnitate gestos.
15. Quid juris, si quis extra domicili aut rerum sitarum locum alibi actum gesserit, neglectis solemnibus loci in quo actus geritur, & adhibitis iis, quæ lex domicili, vel rei sita requirit?
16. De statutis personalibus non ita per generales regulas definitur potest, quo usque alter alterius statuta ac decreta ex comitate servet.
17. Proponuntur exempla, in quibus vicina gentes mutua comitate, & ex conventionione de summo suo jure remittunt, & vicini populi statuta ac decreta probant.
18. Per pacta recedi non potest a statutis, ut publicum aut publicam bonestatem concernentibus, nec a statutis prohibitoriis; a ceteris potest.
19. Etiam pacta tacita & præsumta hic admissa sunt, ac præsumendum, unumquemque contrahentem voluisse se accommodare statutis sui domicili, ac eorum præscriptum probasse etiam quantum ad res immobiles alibi sitas.
20. Tacita tamen talis pactio non habet locum, cujus statutum domicili prohibitorium est, nec civibus permittit in contrarium pacisci.
21. Uti nec, si nihil omnino gestum, actum aut contractum sit; adeoque nec in eo, qui moritur intestatus.
22. Alia de statutis ubi tractanda sint.

Quod olim de Gallis Julius Caesar libr. 1. de bello Gallico in pr. eos nempe lingua, institutis, legibus diversos esse, id etiam de Belgio universo, & si linguam excipias, de federato verissimum. Unde cum non raro intricatissima ac prope inexplicabiles surgant de statutorum, legumque, ac consuetudinum tum provincialium, tum mu-

nicipalium auctoritate ac viribus controversas, quo usque namque potestatem exerant, ubi diversa ac saepe contraria diversis in regionibus de re eadem placuisse constat: opera pretium me facturum credidi, si ex ipsis juris ac rationis naturalis principis hujus materia tractationem compendiosam paulo altius repeterem; quod tribus præcipue me aboluturum spero; traditurus primo, quid ex summo jure obtinere debeat, quoties quisque populus sua jura mordicus, quo usque potest extendere, & tueri, aliena vero suis ex finibus arcere intendit. Dein quid ex comitate gens genti circa statutorum decretorumque extensionem ultra territorium statuentis liberaliter & officiose indulgeat, permittat, patiat, ultro citroque; nullo alioquin ad id jure obstricta; & quomodo, ut pares utrinque servarentur comitatus fines, variis id inter cognatas ac confines gentes passionibus publicis fuerint in nonnullis definitum stabilitumque. Tum denique, qua usque a legum municipalium ac provincialium dispositione quisque sive civis, sive exterius, per conventiones expressas recedere possit, aut per passionibus tacitas, ex præsumptionibus deducendas, recessisse censatur. Illud in antecessum semel monuisse suffecerit, in hisce circa statutorum varietatem disceptationibus, non inferiorem tantum magistratum, sed & supremorum Principum ac populorum majestate prædiorum jura, sive expressa voluntate sancita, sive moribus attentum ac consuetudine inducta, veluti Germanorum, Anglorum, Gallorum, Hollandorum, Ultrajectinorum, aliorumque similium, venire statutorum appellatione; atque adeo leges omnes gentium omnium, solo Romano civili, canonicoque jure excepto: quin & sententias ac decreta judicum & magistratum circa singulares personas; dum prodigi, infames, declarantur, veniam ætatis impetrant &c.

2. Nobilissima statutorum divisio est, qua alia personalia sunt, alia realia, alia mixta; circa quarum specierum descriptiones ac determinationes quantopere discrepent interpretes, non fusi enarrabo; suffecerit observasse, frequentiore præcipuorum juris statutorum peritorum consensum circa personalia, & realia huc fere redire, si pauca exempla excipias, de quibus variatum est, quod personalia sint, quibus principaliter de universali personarum statu, qualitate, humilitate, vel inhabilitate disponitur, sive nulla prorsus fiat rerum mentio, sive de rebus etiam sermo sit; si modo principalis intentio statuentis non sit de re aliquid, sed de persona disponere. Veluti quibus determinatur, an quis pro cive, an peregrino habendus sit; pro nobili, an ignobili, an infamis, an integre opinionis, vel famæ restitutus; an ejus ætatis ac conditionis, ut testari de bonis possit, nec ne; an mulier, an minor, sine viri tutorisve consensu ad contrahendum admittendi sint, an non. Nec minus huc reduxeris, declarationem prodigi, concessionem veniæ ætatis, interdictionem advocacionis, fori, negotiationis, artis; aut ex adverso ad hæc exercenda admissionem, quoties peculiaris admissio est necessaria, veluti ad exercendam artem tabellionis seu notarii, aut similem: & in genere, quoties persona qualitas additur aut detrahatur, ex qua vel habilis vel inhabilis videbitur ad actus varios expediendos.

3. Realia ex adverso, qua rem principaliter efficiunt, & circa rem aliquid disponunt, sive personarum mentio facta sit, sive non; si modo primaria statuentis mens sit, non de personis, sed de rebus disponere. Quo pertinent jura successionum ab intestato; quonam ordine ad bona quæque ab intestato quisque in capita, vel stirpes, vel lineas, vel jure primogenituræ admittendus sit; qua ratione legitimi, aut illegitimi, agnati, cognati vocentur; quæque his sunt similia plura. Nec perperam ad hanc statutorum classem retuleris donationum prohibitionem aut licentiam inter conjuges, *novella decis. Ultrajecti. anni 1659. art. 1.* communionis bonorum inter eosdem ex nuptiis introducendæ determinationem, *l. hac edita 6. C. de secundis nuptiis*, dispositionem testamentariam alibi vetitam, sola vigente successione ab intestato, permissam alibi. De quibus Argentæus *ad consuetud. Britann. art. 218. gloss. 6. nu. 5. & seqq.* Burgundus *ad consuetud. Flandria tractat. 1.* David Mazius *ad Jus Lubecens. in prælimin. quest. 4. nu. 16.* Rodenburch *de jure, quod oritur ex statutis diversitate, tit. 1. cap. 2.* Paulus Voet *de statutis sect. 4. cap. 2. nu. 1. 2. 3. 4. & cap. 3. per tot.*

4. Mixta denique non absurde dixeris ea, quæ neque de personis, neque de rebus principaliter disponunt, sed actuum a personis circa res gerendorum, sive judicialium sive extrajudicialium formam, modum, ordinem, solemnia definiunt. Quo sensu mixta statuta accepit p. mem. Parens Paulus Voet *de statutis d. sect. 4. cap. 2. num. 4. in med.* Neque eo sensu trimembrem concipere statutorum divisionem displicuit Hugonio Grotio, ex ipsis juris naturalis principis jura educere ac illustrare plerumque satagenti, dum in consilio, quod reperitur inter consult. *librorum Holland. part. 3. vol. 2. consil. 341. reversa 241. nu. 1. 2. 3. 4. 5.* ex Baklo observandum ait, omnem legem imponi vel personæ, vel rebus, vel actui; personæ, dum aliquin habilis fit inhabilis, aut vice versa; rebus, dum directe lex effectum suum in rem imprimat. Tertium genus legum esse, quod actui formam dat, in eoque respiciendum actus ipsius gesti locum. Vinnius quoque *lib. 2. select. quest. cap. 19.* statuta talia medio quasi loco habuit, non realia proprie, nec personalia.

5. Vix & efficaciam statutorum quod attinet, ex summo jure & ratione naturali, regulam admittamus necesse est, quam Paulus Ictus tradit in *l. ult. ff. de jurisd. puta extra territorium jus dicenti impune non pareri, ac pari in parem nullum competere imperium, seu cogendi potestatem, l. nam magistratus h. ff. de recept. qui arbit. receper. l. ille a quo 15. §. temporarium h. ff. ad SCm. Trebell.* cui consequens est, neque realia, neque personalia, neque mixta, operari per se quicquam posse ultra statuentis territorium, aut ullos effectus alibi, invitis locorum illorum legislatoribus, sortiri. Cum enim non plus virum habere statuta possint, quam a legislatore statuente acceperunt, & ipsius legislatoris potestas terminis sui territorii coarctata sit, ipsorum quoque statutorum vim omnem territorio statuentis conclusam ac circumscriptam esse, sponte patescit: modo illud meminimus, aliquem vel subiectum dici ratione bonorum, dum bona quædam in illo habet territorio sita, licet alibi domicilium fixerit; vel

ratione personarum, dum vel eo in loco domicilium fovet, licet alibi maxima patrimonii portio sita esse deprehendatur; vel ad tempus tantum illic subsistere aut transire peregrinantis instar constituit, unde talem non male subditum temporarium quidam dixerunt. Responsa Jstor. Holl. part. 2. consil. 1. versu, *nochtans desen*.

6. De realibus quidem cum plerorumque consensu sit, id pluribus docere supervacuum fuerit. Testes sunt Ant. Matthæus de criminib. lib. 43. tit. 20. cap. 4. nu. 17. Rodenburch de jure conjugum d. tract. preliminar. de statut. divers. tit. 1. cap. 3. in pr. Argentæus ad consuet. Britann. art. 213. gloss. 6. num. 9. 10. Abr. a Wesel ad novell. constit. Ultraj. art. 10. num. 138.

7. De personalibus statutis plurimum opinio fert, ea territorium statuentis egredi posse, sic ut in loco domicilii qualitate ac habilitate quadam præditus, aut privatus, per statutum personale ubique locorum pro tali habendus sit; adeoque, quoties de personarum jure ac habilitate queritur ad actus civiles, in universum ejus determinandi potestatem esse penes solum domicilii judicem; qui sic de persona sibi subiecta ex jure domicilii statuere possit, ut, quod edixerit, judicaverit, ordinaverit de personarum jure, ubicunque obtineat, quocunque sese persona contulerit; sive statuta personalia concepta sint in certum genus hominum, sive in singularem quandam personam. Hinc minorem aut majorem ex lege domicilii, ubique terrarum pro tali habendum, etiam in locis illis, ubi provectior ætas, aut anni pauciores ad majorem ætatem sunt requisiti. Hinc infamatum, prodigum declaratum, nobilitatum, legitimatum a Magistratu domicilii, talem ubique censendum esse, nec ulla mutatione loci aut illam, quam habet, exuere, aut aliam induere posse qualitatem. Argentæus ad consuet. Britann. art. 213. gloss. 6. n. 4. 12. 13. Hugo Grotius inter consil. Jstorum Holland. part. 3. vol. 2. consil. 341. rever. 241. nu. 2. 3. Jacobus Marchisellus Sylva question. quest. 45. nu. 2. 3. Christianus vol. 2. decis. 3. num. 3. Et seqq. Christian. Rodenburch de jure conjugum in tract. preliminar. de statut. divers. tit. 1. cap. 3. num. 4. Et tit. 2. cap. 1. Abraham a Wesel ad novell. constit. Ultraj. art. 13. num. 23. Et seqq. Nulla tamen ratione sufficiente cum hæc nitantur, nec a legibus Romanis huic sententia patrocinium accedere possit; verius est, personalia non magis, quam realia territorium statuentis posse excedere sive directo, sive per consequentiam. Quidquid enim pro eo, quod realia ultra territorium non operentur, adduci potest, personalibus eodem jure applicueris. Certe ut realia, sic & personalia, a potestate statuentis vires accipere, potestatem vero statuentis esse territorio limitatam, nemo cum ratione ibit inficis; tum ob d. l. ult. ff. de jurisdictione. tum quia omnis magistratus extra fines potestatis attributæ privata persona est, ac finitæ potestatis finita est jurisdictio. Imo, ut ipse magistratus, extra suum existens territorium, exitus est qualitate ac potestate sibi data, sic ut saltem exercere nequeat, dum alibi est, actus jurisdictionis a lege vel Principe concessa, idque vel ipso jure Romano; quamvis tunc magistratus omnes uni subessent supremo legislatori, l. præter 3. ff. de offic.

magistrat. l. ult. ff. de offic. præf. ubi. l. 2. l. observare 4. §. ult. ff. de offic. procons. Et legati; ita nec ratio ulla est, cur magis qualitas & habilitas privato per statutum data vel denegata, vires extenderet per ea loca, in quibus diversum quid aut contrarium circa personarum qualitatem lege cautum est. Quod si hæc cuiquam minus videantur sufficere, is velint mihi rationem modumve expediat, per quem legislator personam, domicilii intuitu sibi suppositam, habilem inhabilemve ad actus gerendos declarans, alterius loci legislatorem potestate parem cogeret, ut is alienis decretis statutisve pareret, aut rata irritave haberet, quæ juxta domicilii talia esse jussit in persona domicilium illic fovente; maxime, si fateatur (ut fateri necesse est) pari in parem nullam competere cogendi potestatem. Exponat, obsecro, prodigo declarato, vel infamia notato, vel legitimato, vel in ipso pubertatis tempore habiti ad testamentum condendum declarato per magistratum Hollandum, ac Ultrajectum se conferente vel immobilia possidente; exponat, inquam, qua juris via magistratus Ultrajectinus adstringi posset, ut istum ratione bonorum, in Ultrajectino solo sitorum, pro tali agnosceret; ideoque contractus prodigi Hollandici haberet irritos; dignitates Hollando infamato denegaret; successionem in bona Trajectina ad spuriarum Hollandum legitimatum pertinentia, tamquam in legitima nati patrimonium, pateretur proximis deferri; testamentum masculi, ante annum ætatis octavum & decimum conditum, haberet ratum esse. Sane, quantopere magistratus cujusque loci contemnere, negligere, spernere suo jure possit magistratus alteri territorio præpositi statuta vel decreta, abunde docent inter plures confines gentes receptæ literæ (quas appellant requisitoriales), quibus velut beneficium petitur, & pari data occasione velut beneficium offertur, sententia a rogante lata executioni dari in bona sita in territorio rogati; quales rogationes etiam non ubique admitti, denegata alieni iudicati executione, nos suo exemplo docent abunde Gerli; quos ideo injustitiam arguere nemo merito sustinuerit, sed potius eos in territorium suum sibi competens isthac ratione exercere dicendum. Et ut de infamato addam, quis, quæso, ignarus est, vel ipsam infamiam & relegationem subinde inferri per sententiam in una regione ob tale factum, per quod quis alteri regioni aut Principi (per fas an nefas haud inquiri) prodesset studuit; sic ut non infamia, sed honore magis dignus videri posset, præmiisque magis, quam læsæ existimationis poenam mereri. Et ut injustum judicari debet, magistratum unius loci per suam relegationem velle præscribere alterius loci magistratui, quos ille in civitatem suam cives cooptet, ut ait Matthæus de criminib. lib. 43. tit. 20. cap. 3. num. 6.; ita pari laborat injustitia, per suam sententiam alteri dictare velle alterius loci magistratui, quos ille velut honestos in sua civitate consideraturus sit. Neque minus in legitimato utilitatis fiscalis ratio obstat: cum enim legitimati legitimantis fisco quibusdam in locis quandam pendere soleant pecunie quantitatem, velut in pensionem juris illius, quod fiscus ratione successionis habuerat in illegitimi bona (uti in Hollandia instructie voor de Heeren van de Rekening van de Domeynen van Holland 27.

Mariti 1593. art. 97. vol. 3. plac. pag. 73a) quæ, quæso, iustitiæ ratio aut regula dictabit, unius legislatoris facta, non sine præmio, vel pretii quadam in fiscum illatione interposito, damnum sentire loci alterius Principem aut fiscum ejus, dum a legitimari, & ita ubique pro legitimo (ut volunt) habiti accessione, quantum ad bona in suo territorio, excluderetur in totum, illis præcipue in locis, quibus vel universis est denegata testandi licentia, vel spuriis saltem juxta quorundam opinionem ademptum censetur testamenti condendi jus. Atque ita de personalibus statutis censuerunt Andr. Gayl. lib. 2. observ. 124. num. 6. 9. 10. 11. Hugo Grotius consult. Holl. part. 3. vol. 2. consil. 185. num. 10. 11. Barry de successionib. lib. 1. tit. 1. num. 46. post. med. Peronius iis. Cod. de testamentis, num. 24. in med. & quotquot in universum censuerunt, nulla statuta cujusque conditionis egredi posse territorium statuentis. Quos vide apud Peckium de testam. conjug. lib. 4. cap. 28. n. 6. 7.

8. Neque hic ullum adversæ sententiæ auctoribus patrociniū accedere potest e jure Romano; quod nempe infamem ex judicis sententia ubique infamia comitetur, arg. l. ex ea causa 9. ff. de postuland. quod tutoria qualitas imposita tutori a prætore, vel præside, se extendat ad administrationem bonorum ubique sitorum, l. propter legem 21. §. licet 2. ff. de excusat. tut. & quæ hujus generis plura eo in jure occurrunt. Neque enim mirum, hæc ita in Romanis subinde magistratibus obtinuisse, cum hi omnes supremi non fuerint, sed uni communi Principi subiecti, qui, ut toti præerat imperio, omnibusque junctum provinciis, sic ut proconsules præsidesset in sua provincia summum tantum haberent imperium post Principem, l. & ideo 8. ff. de offic. procons. & legati, l. Præsidis; ita quoque hanc singulis legem dicere poterat, quæ alter alterius decreta servaret, tutoris Romæ per prætorem dari potestatem præses circa bona provincialia agnoscere; decretum Romæ interpositum de re pupillari in provincia sita, admitteret; sententias alibi latas daret executioni, l. a D. Fio. 15. §. sententiam 1. ff. de re judicat., l. magis puto 5. §. illud quæri potest 12. ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cur. sum, l. argentiarius 45. §. 1. ff. de judiciis, arg. l. properandum 13. §. sin autem 3. C. de judiciis. Quæ proinde ad nostros mores haud recte transtuleris, ubi plures regiones legibus, institutisque inter se diversæ, nulli communi subsunt capiti, aut supremo imperanti, a quo, quod uni placuit ditionis magistratui, alter jubetur ac cogeretur sequi ratumque facere. Præterquam quod extra talem supremi Principis jussionem Romana leges, æquitatem naturalem secuta, dispositionem d. l. ult. ff. de jurisdictione in loci cujusque magistratibus religiosa servarunt, ut patet l. ex causa 9. ff. de postuland. l. relegatorum 7. §. interdicere 10. ff. de interdici. & relegat. l. jurisperitos 30. §. 1. ff. de excus. tut. l. ius dandi 3. l. 24. l. pupillo 27. ff. de tut. & curat. dat. ab his, l. cum unus 12. §. 1. i. ff. de reb. auctior. jud. possid. Sed nec, semota legum auctoritate, rationiis justis suffulta est de statutorum personalium extra territorium statuentis extensione opinio: audio quidem, ipsam rei naturam, ac necessitatem locuisse, ut, cum de statu ac conditione hominum

quæritur, uni sollemnmodo judici, & quidem domicilii, universum in illa jus sit attributum: sed quæ illa fuerit rei natura, quæ necessitas satis argens, necdum licuit animadvertere. Urgent tamen: inquirunt, ab uno certoque loco statum hominis legem accipere necesse esset; quod absurdum foret, ut in quos loca quis iter faciens aut navigans delatus fuerit, totidem vicibus ille statum mutaret aut conditionem; ut uno eodemque tempore hic sui juris, illic alieni futurus sit; ut uxor simul in potestate viri & extra eandem sit; alio loco quis habebatur prodigus, alio frugi; ac præterea, quod persona certo loco non affigeretur, cum res soli loco fixa, citra incommodum ejusdem legibus subjaceant, summa providentia constitutum est, ut a loco domicilii statum ac conditionem induat; illis legislatoribus pro soli sui genio optime omnium commercium habentibus, quæ judicii maturitate polleant subsidii, ut possint constituere, qui eorum de quando ad sua suenda negotia indigeant auctoritate, ita ex Argentæo ad consuetud. Britann. art. 218. gloss. 6. num. 12. Christ. Rodenburch de jure conjugum tract. preliminar. de statut. divers. tit. 1. cap. 3. num. 4. Sed minus feliciter, cum gratis assumatur, nunquam ratione satis firma probandum necesse esse, ut ab uno certoque loco status hominis legem accipiat. Quin potius, ut variis ex causis quis potest subiectus esse, vel ratione domicilii, licet bona nulla illic habeat, vel ratione rerum, licet illic, ubi res sita, larem non fixerit fortunarum suarum, ut ante dictum; ita nec absurdum fuerit, neque injustum, personam eandem pro vario rerum situ, ad disponendum de illis rebus habilem aut inhabilem esse, secundum qualitem, quam loci cujusque lex personæ propter res ibidem sitas subiecta, imposuerit aut denegaverit: neque iniquum fuerit, personam ratione domicilii non subiectam, bonorum tamen contemplatione sequi territorii ac magistratus alterius jurisdictionem. Quæ ratione etiam Romanis placuit, tutorem quidem principalem personæ dari, non rei vel causa; si tamen dispersa per varias provincias essent pupilli bona, quibus administrandis tutor, in loco domicilii constitutus haud sufficeret, singularem provinciarum intuitu ab earum præsidibus dari tutores pupillo propter bona in cujusque provincia sita, & ad pupillum, alibi jure domicilii commorantem, spectantia. Molestum quidem esse non disfiguret, aliquem uno in loco fore habilem, in altero inhabilem ad contrahendum, alienandum, testandum &c. quarundam rerum intuitu quem esse sui juris, aliarum ratione alibi jacentium pro eo, qui alienæ est potestatis, haberi. Commodissimum fore libens concedo, si non tam vazio jure regetur, ac variare personæ conditio. Denique sæpe omnium optime de qualitate, habilitate, ingenii judicii maturitate, hominis ad sua gubernanda, alienanda &c. judicare posse magistratus domicilii, non eo inficias: dummodo tamen meminerimus, etiam fieri posse, ut quis natus ac educatus in locis, ubi ob tardius emergentia vigoris animi & habilitatis vestigia dum 25 ætatis anno impleto major quisque habeatur, aliorum migret, vix dum impleto viginti annorum spatium, ad loca illa, ubi ob ingeniorum maturitatem celeriore annus vicesimus minoræntiam finem facit, & vice versa: quibus tamen casibus cura

ex novi domicilii lege habilem inhabilemve fieri recentem advenam a sententia adversa patronis traditum inveniam; (Rodenburah *d. tract. preliminarium de status. divers. tit. 3. part. altera cap. 1. num. 5. 6.*) edoceri velim, quo jure ex habilitate vel inhabilitate ejus judicare feliciter possit novi, quam prioris domicilii magistratus, quippe novum civem primo adventum sui momento ignotum prorsus, habilem inhabilemve salutans vi sua legis, quem alio censuerant jure domicilii pristini magistratus, pro ingenii tarditate, qua suo in solo natos credebant laborare: dum interim czlo mutato non protinus etiam animum mutari vulgo notum est. Sed quicquid ejus rei fuerit (ut a diverticulo in viam) si largiamur maxime superius memorata; tamen neque commoda hæc tanta sunt, neque opposita his difficultates ac molestia tam graves, ut inde videri posset invito judici alterius territorii imponenda necessitas approbandi ac collaudandi judicium judicis domicilii de incolæ sui habilitate interpositum, idque ratione dispositionis de bonis extra locum domicilii constitutis; dum perpetuo manet defectus remedium, quibus magistratus domicilii iudices locorum, in quibus res sit, pari imperio ac potestate pradios obligarent ex necessitate ac constringerent ratas habere aut infirmare dispositiones, de rebus secundum legem domicilii, sed non juxta legem vigentem in loco rei sit, factas. Neque cuiquam invidendum, aut vitio vertendum, quod legum suarum potestatem extendat quo usque potest: potest vero iudex loci rei sit, quantum ad bona in sua sito territorio dum omnem impedit in talibus rebus executionem actuum non ex lege illic vigente gestorum. Ut proinde, si cui hoc perquam durum videatur, cogitet, longe durius & absurdius esse, pari per parem leges figi, ac legislatorem in suo territorio alienis alterius magistratus locique legibus adstringi; cogitet, jus sepe durum quidem, sed tamen ideo non protinus iniquum esse, arg. *l. propensius 12. §. ipse l. ff. qui et a quibus manumissi l. ita vulneratus 51. §. animatio 2. ff. ad leg. Aquil.* Sed & amplius, difficultates superius adductas minus sufficientes esse ad probandum id, quod demonstrandum fuerat; patescet plenus, si easdem in realibus quoque statutis occurrere notaverimus. Si enim molestum dicas, in uno loco habilem ad testandum, in alio inhabilem esse, in uno sui juris, in altero juri alieno subiectum, &c. æque incommodum fuerit, de bonis aliis dominum testari posse, de aliis illic sitis, ubi testamentaria dispositio lege improbatæ est, non posse; conjugem conjugis de bonis in Hollandia sitis gratificari posse, de Fræctinis aliisque prohiberi; denique pro vario rerum situ variare adeo unius intestato morientis successionem; dum alibi in capita, in stirpes alibi, alibi aequaliter & promiscue bona omnia dividuntur; alibi paterna paternis, materna maternis cedunt; alibi remotiores jure representationis admittuntur; alibi coarctato cancellis angustioribus isto jure, exclusi manent. Et tamen his omnibus nequaquam moveri quisquam potuit, ut realia statuta ob id extra territorium extendenda esse vel per somnium ei in mentem veniret, quamvis uniforme succedendi jus commodissimum fore, & litium multarum ansam præcissimum, omnes norint, & ea de causa tanto labore in id au-

teriori seculo, licet frustra, insudarint Hollandæ Ordines, ut suæ saltem provincie partibus omnibus parem præscriberent successioni intestatæ rationem. Ut ergo propter hæc difficultates consuerunt, tot diversas debere concipi hereditates, quot locis diverso jure utentibus dispersæ erant res defuncti; ita pari, imo majori jure, concipiemus, tot esse personas separatas, quot sunt res diversis in locis sitæ, in quibus alio alioque jure ac potestate pradios est rerum dominus: nam si plures hereditates concipias, plures personas ut simul concipias, necesse est; cum unius personæ naturaliter una tantum hereditas, successio in universum jus esse queat. Atque hinc esse arbitrator, quod Ultrajectina Provincia Ordines, habilitatem testandi restringentes nova decisione ad annum decimum octavum in masculis, & sextum decimum in feminis, nec invenientes viam, quæ suum jus novum ad civium Ultrajectinorum immobilia in Hollandia sita cum effectu producerent, pronunciaverint, illud statutum, licet de habilitate personæ disponens, effectum tantum realis statuti sortiri, & ita reale esse. *Novell. decis. Ultraject. anni 1659. art. 16.* quicquid in contrarium sed frustra argutari libuerit Abrahamo a Wesel in *comment. ad d. art. 16. num. 18. 19.* cui plenissimo responso ita satisfactum a parente p. mem. ut perpetuum fuerit deinceps silentium, *tract. de mobilibus & immobilibus cap. 13. num. 4. 5.*

9. Quæ tamen de statutis territorium statuentis non egredientibus, nec ad bona alibi sita se extendentibus hæcenus dicta sunt, non impediunt, quominus qualitas subdito imposita a statuto domicilii eundem comitetur ubique locorum peregrinantem aut transeuntem, idque quantum ad bona in loco domicilii, non alibi sita. Quæ ratione Hollandus in Hollandia declaratus prodigus si Ultrajecti aut in Frisia contraxerit (ubi summo jure eum pro prodigo non habet Ultrajectinus Friscusve Magistratus, ex ante dictis) deinde reversus in Hollandiam ad locum domicilii, conveniri ibidem efficaciter non poterit ex contractu alibi celebrato; in quantum Magistratus Hollandus suum de prodigo decretum tueri potest in bonis sub sua jurisdictione sitis. Similique modo si filiusfamilias Hollandus in Frisia testetur, (quæ potestas filiofamilias in Frisia denegata est) testamentum ejus ratum habebit Magistratus Hollandus circa bona in Hollandia sita, cum hæcenus possit habilitatem tueri, quam lege suis tribuerat subiectis perinde ac si in casu priore prodigus, in casu posteriore filiusfamilias non peregre, sed in domicilii loco contraxisset, aut fuisset testatus. Uti hæc latius *tit. qui testam. fac. poss. & tit. de curat. furior.* tradenda erunt. Quin imo, nec illud ex supra dictis impeditum videtur, quod domicilii iudex legem possit condere, qua suo per domicilium subiecto vetat quid facere circa res immobiles in alieno sitas territorio, vel etiam in alieno territorio quasdam exercere actus, pena in secus facientem constituta; in quantum in eum reversum ponam comminatam executioni dare potest, vel etiam absentia durante, in bona illa, quæ in loco domicilii ad eum pertinentia reperta fuerint, & ita judici domicilii subiecta; si ponam pecuniariam sanctam ponas. Unde non dubium, quin iustitiæ ac rationis, fulcra innitantur statuta, quibus

prohibentur sub poenae comminatione clives extra domicilii locum se mutuo in jus vocare; prope confinia cauponas frequentare; molestias uti; & alia agere his similia, dum forte alibi villiore potulenta parantur pretio, aut frumenta conteruntur, minore tributo publico imposito, atque ita fraudantur per consequentiam domicilii vectigalia, *l. non solum 2. l. mercatorum 4. C. de commerciis, & mercator. Waarschebovinge aangaande de dwangmoelen in oud en nieuw Beyerland. un. 1657. 29. Octobr. & an. 1661. 19. Maji vol. 2. placitorum Holl. p. 2483. & p. 2654. Peckius de fure strandi cap. 8. & de testam. conjug. lib. 4. cap. 23. n. 8. in med. Menochius de praesumptionibus lib. 2. praesum. 2. n. 5. Nicol. Everhardus consil. 45. num. 4. 5. Rodenburch de fure conjugum tractat. preliminar. de statut. divers. tit. 1. cap. 5. num. 2. Paulus Voet de statutis 1681. 4. cap. 2. num. 10. & 1681. 8. cap. 2. num. 6. 7. 9. atque ex hoc fundamento multoties invenimus apud nos vetitum, ne quis provinciarum foederatarum incola ex nostris, aut aliorum Principum Rerumve publicarum portibus in Indiam orientalem vel occidentalem navigare sustineat sub aliorum Principum auctoritate atque auspiciis, vel in alterius, quam societatis Indicae utriusque utilitatem, poenis gravioribus in contravenientes sancitis, *Placitum Ordin. General. 9. Septemb. 1606. & 8. Decemb. 1616. & 14. Decemb. 1617. vol. 1. placitor. pag. 547. & seqq. Offroy van de West. Indische Compagnie 3. Junii 1621. art. 1. placitum 9. Junii 1621. & 10. Junii 1622. & 26. Novembr. 1622. d. vol. 1. placitor. pag. 568. 577. 579. & seqq.**

10. Dicta huc usque ac explicata de statutis realibus ac personalibus in mixtis quoque circa actuum gerendorum solemnia quid disponentibus locum habent; atque adeo, si jus summum magistratum cuiusque regionis investigemus, obstrictus nemo erit, ut quantum ad bona, in suo sita territorio, ratas habeat dispositiones aliis in locis celebratas, solemnitatibus adhibitis ex lege loci, in quo negotium gestum est, neglectis illis, quas rei sitae statuta postulabant. Dicant ita argumentationes eadem, quae de personalibus statutis paulo ante adductae. Quibus accedit ab absurditate desumpta ratio; si consideres, ad submovendam omnem falsitatis tum occasionem, tum suspicionem in Frisia septem testium praesentiam in testamentis desideratam esse, in Hollandia binos sufficere tabellioni junctos. Frisonem, obsecro, aut Hollandum in Frisia de bonis Frisicis testamentum, concipe, tabellione Frisco ibidem probato cum testibus duobus fide dignissimis adhibito, non sane dubitabitur, quin haec de rebus Frisicis in ipsa Frisia declarata voluntas effectum caritura sit; nec fidem habiturus sit iudex Frisicus tribus hisce, licet sibi familiaribus, licet sibi & vulgo notis, tanquam spectatae auctoritatis, prudentiae, probitatis, fideique viris. Quod si ergo, converso casu, Hollandum aut Frisonem de bonis Frisicis in Hollandia coram tabellione duobusque testibus testatum fuisse ponas, atque adeo factum solemnibus locis actus gesti; quae, quorsu, vel iustitiae vel aequitatis ratio dicat, ut trium Hollandorum assertioni stare teneatur ex necessitate iudex Frisicus, & ita ratam de rebus Frisicis habere dispositionem, dum suis civibus, notis familiaribus indubitatae integritatis lau-

de conspicuis, aetui simili superstitibus, pari numero, fidem habere nec vult, nec potest. Quis nondum judicaverit & iniquum (nisi comitatis ratio aliud suadeat, ut post dicitur) malignum de propriis civibus fovere iudicium; de aliis nec actu locorum nec genio longe diversis, nec candore probatis, bene credere, plenam his fidem adhibere, quia sic voluit, sic iudicavit iudex loci, in quo voluntatem supremam testator dictavit. Denique si magistratus quisque jure possit in universum testamentarias prohibere dispositiones de rebus in suo territorio sitis; quis non longe magis ei permissum arbitrabitur, talem legem condere, qua non aliam vult ratam esse voluntatem supremam de rebus in suo territorio existentibus, quam quae ejusdem loci solemnibus invenitur firmata, juxta vulgarissimum illud: Non debere ei, cui quod plus est, licet, non licere quod minus est, *l. non debet 21. ff. de regulari juris*. Nec desunt pro hac opinione, sic rationibus suffulta, auctoritates virorum praestantium, qui, licet non iisdem omnes ratiociniis usi, concludendum tamen censuerunt, summo jure aetum minoribus solemnibus ex praescripto loci, in quo gestus est, non operari circa bona in tali sita territorio, in quo plenior leges solemnitatem requirunt, & hoc a loci cuiusque magistratu sic posse constitui. Ita plures relati apud Ferdin. Vasquium *quart. lib. 4. cap. 3. num. 18. ac praeter eos Tulderus in Codicem tit. de testamentis num. 5. Rodenburch de fure conjugum tract. preliminar. de statut. divers. tit. 2. cap. 3. num. 1. in med. Burgundus ad consuetud. Flandria tract. 6. num. 2. Christinaus ad leg. Moehliens. tit. 17. art. 1. num. 10. & ad rubricam d. tit. num. 10. Fachinaus lib. 5. controuv. cap. 90. & 91. Paulus Voet de natura mobil. & immobilium cap. 12. Nec quicquam facit in contrarium, quod absurdum fuerit, unum idemque testamentum diverso solemnitarum jure instruendum esse, aut plura per unum esse condenda testamenta. Nam, quamvis id molestius fore testantibus nemo iturus sit invidias; absurditatem tamen aut injustitiam in illo juris rigore non deprehendo, non magis, quam est in eo, quod pro multiplicatis regionibus, in quibus immobilia bona morientis intestati sita sunt, multiplicatae censi debeant hereditates ex situs legibus singula certo certius regenda. Testamentorum sane & hereditatum numerum pari procedere passu, justum satis, cum per testamenta de hereditatibus dispositio fiat.*

11. Atque ita evidenter existimo in omnibus statutis, realibus, personalibus, mixtis, aut quacunque alia, sive denominatione, sive divisione, concipiendis, verissimam esse regulam, perdere omnino officium suum statuta extra territorium stantentis; neque iudicem alterius regionis, quantum ad res in suo territorio sitas, ex necessitate quadam juris obstrictum esse, ut sequatur probeve leges non suas. In eo tamen forte scrupulus haerit, si scilicet haec ita sint, qui ergo fiat, quod vulgo reperitur traditum, in successionebus, testandi facultate, contrahibus, aliisque, mobilia ubicunque sita regi debere domicilii jure, non vero legibus loci illius, in quo naturaliter sunt constituta; videri enim hac saltem ratione jurisdictionem iudicis domicilii non raro ultra stantentis fines operari in res dispersas

per varia aliorum magistratum, etiam remotissimis ad orientem occidentumque Solem regionibus imperitiantum territoria. Sed considerandum quadam fictione juris, seu malis, presumptione, hanc de mobilibus determinationem conceptam niti: cum enim certo stabilique hanc situ careant, nec certo sint alligata loco, sed ad arbitrium domini undequaque in domicili locum revocari facile ac reduci possint, & maximum domino plerumque commodum adferre soleant, cum ei sunt presentia; visum fuit, hanc inde conjecturam surgere, quod dominus velle censetur, ut illic omnia sua sint mobilia, aut saltem esse intelligantur, ubi fortunarum suarum larem summamque constituit, id est, in loco domicili. Proinde si quid domicili iudex constituerit, id ad mobilia ubicunque sita non alia pertinebit ratione, quam quia illa in ipso domicili loco esse concipiuntur. Gilkenius, Chassanaus, Peckius, Peregrinus, Giurba, alique allegati apud parent. p. mem. Paulum Voet de statutis reff. 4. cap. 2. num. 8. Rodenburch de jure conjugum tract. preliminar. de statut. diversit. tit. 1. cap. 2. circa fin. Mavrus ad Jus Lubec. quest. preliminar. 5. num. 28. 24. Tyracquellus de jure primogenit. qu. 48. Responsa Jctor. Holl. part. 3. vol. 2. consil. 158. num. 16. & seqq. Si tamen has juris fictiones quis a ratione naturali, in hisce solum consideranda, alienas putet, quippe desiderantes unum communem legislatorem, lege sua fictiones tales introductentem ac stabilientem, non equidem repugnaverim, atque adeo tunc hoc ipsum comitati, quam gens genti præstat, magis, quam rigori juris, & summæ potestati, quam quisque magistratus in mobilia suo in territorio constituta habet, adscribendum putem. Præsertim cum considero, subinde per magistratus loci, in quo mobilia vere existunt, de illis ea constitui sancirique, quæ domicili iudici displicere possent. Quid enim si domicili iudex frumenta importari jubeat, penuria frugum vexata regione; incola, spe lucris majoris frumenta sua, in alia regione horreis recondita, inferre desideret, regioni vero isti imperans omnem veterit frugum exportationem, jure suo in sui territorii frumentis usus? Quis hic, obsecro, negare sustineat, mobilia regi lege loci, in quo vere sunt, non in quo ob domicilium domini esse finguntur. Adde Consult. Jctor. Holl. part. 2. consil. 1. vers. nec obstat secundum. Nec minus id in rerum publicationibus ex delicto apparet, in quantum fisco loci, in quo reus condemnatus est, non sumpsit cessura bona omnia mobilia ubicunque sita, sed ea sola, quæ in loco condemnantis inveniuntur; nisi aliud ex comitate alicubi servetur, ut pluribus dicemus tit. de bonis damnatorum. Nec dicam variare de rebus quibusdam locorum plurimorum statuta, utrum mobilibus illæ, an immobilibus accensenda sint; nec novum esse, ut quæ una in regione mobilia habentur, immobilium catalogo alibi adscripta inveniuntur; annui, verbi gratia, redditus a Provincia debiti, in Hollandia mobiles, immobiles Trajecti; arbores grandiores solo hærentes passim immobiles, mobiles tamen in Flandria habitæ, uti hæc pluribus tit. de rer. divers. Quo posito, necesse fuerit, ut, quæ in domicili loco mobilia habentur, mobilia vero illic ubi sunt, regantur lege loci, in quo vere sunt, magistratus lege loci, in quo vere

ne ex comitate quidem permissuro ut quæ mobilia domicili domini sequerentur jura.

12. Ceterum ut minus feliciter privatus quisque in societate civili vitam transacturus est, si mutua officia dare aliis, ac vicissim in suum commodum ab aliis recipere respuat; licet nulli injuriam inferre dici possit, si duro vivendi genere sibi placens, & aliorum spernens delicias, relinquat aliis, quæ ipsorum sunt, sibi quæ sua servet, omni repudiato commercii officioque liberalis usu: ita quoque nisi magistratus diversarum regionum, nec sibi mutuo nec tertio superiori simul parentes, subinde nonnulli de suo remittant rigore juris superioris exposito, & mutua comitate alter alterius jussa benigne probet, rata habeat, promoveatque, duriorum reddet plurimisque molestiis & difficultatibus implicitam subjectorum suorum conditionem, & ut bene gesta, decreta, sancita aliorum quisque conturbabit, subvertet, infirmabit; ita sua vicissim ab aliis turbare, infringi, rescindi patietur, talionis, & summi juris ratione. Quamvis ergo a statutis suis realibus, sensu ante dato, magistratum cujusque loci circa mobilia ne latum quidem unguem ex comitate recedere, sed suo mordicus inhaerere juri, experientia testetur, atque inde mobilia non alia quam loci situs lege regi, tralatitium sit. Vide Mævium ad Jus Lubecens. quest. preliminar. 6. n. 10. & seqq. Ibi DD. mobilia tamen ratione in dispositionibus testamentariis, dum quaeritur, an illa in universum permittenda sint nec ne, uti & ab intestato successione, donationibus inter conjuges vetitis permissivæ, & aliis similibus, de juris rigore communi quasi gentium omnium consensu laxatum est; sic ut ex comitate profecta regula praxi universali invaluerit, mobilia in dubio regi lege loci, in quo eorum dominus domicilium fovet, ubicunque illa vere exstiterint. Uti suis ista locis plenius confirmanda erunt, tit. de donat. inter vir. & uxor. tit. de successione ab intestato lib. 38. alibique.

13. Neque minus de statutis mixtis, actus cujusque solemnities respicientibus, percubuit, insuper habitis de summo cujusque jure ac potestate ratiociniis, ad validitatem actus cujusque sufficere adhibitionem solemnitatum, quas lex loci, in quo actus geritur, præscripserit observandas; sic ut quod ita gestum fuerit, sese porrigat ad bona mobilia & mobilia ubicunque sita aliis in territoriis, quorum leges longe alium, longeque pleniorum requirunt solemnium interventum; quod ita placuisse videtur, tum, ne in infinitum prope multiplicarentur & testamenta & contractus, pro numero regionum, diverso jure circa solemnities utentium; atque ita summis implicarentur molestiis, ambagibus, ac difficultatibus, quotquot actum, res plures pluribus in locis sitas concernentem, expedire vellent: tum etiam, ne plurima bona fide gesta nimis facile ac prope sine culpa gerentis conturbarentur, arg. 1. Barbarus 3. ff. de offic. prætoris. Tum quia ne ipsis quidem juris in praxi versatissimis, multoque minus aliis simplicitate desidiosa laborantibus, ac juris scientiam haud professis, satis compertum est, ac vix per industriam exquisitissimam esse potest, quæ in unoquoque loco requisita sint actuum solemnities, quid in dies in hac vel illa regione novis legibus circa solemnities observantiam mutetur: ut proinde

qua ratio de militari testamento obtinuit, Quiritium jure, milites nempe solemnibus paganorum non fuisse adstringendos, dum in castris & expeditione occupati erant, quia & juris imperiti erant, & periculosius consulere in castris non poterant, etiam nunc audeat, illum, qui actum gerit, ad alterius loci, quam in quo gerit, solemnia non esse obligandam; quia & probabiliter aliorum locorum solemnia ignorare potest, & in loco, in quo actum gerit, periculosius morum alienae regionis non satis consulere; dum ita fere comparatum est, ut pragmatici, quibus auditoribus contractus celebrantur, aut conduntur testamenta, versati quidem plerumque satis sint in jure patrio, non item locorum omnium & universi Orbis jure; atque insuper non raro moris ad inquisitionem anxiam adhibendam impatiens est quod geritur negotium. Quamvis ergo in Frisia septem testes in testamento requiri constat, alibi fere tabellionis testamque duorum praesentia ac fides sufficiat, aut saltem in universum longe minor solemnitas desideretur; tamen aequitate rei motus Frisia senatus ratam habuit de bonis Frisicis dispositionem, Sylva ducis coram parrocho duobusque testibus declaratam, juxta Sylva ducensis regionis usum. Sander decr. Frisic. lib. 4. tit. 1. defin. 14. & ita in praxi haec Belgis, Germanis, Hispanis, Gallis, aliisque placuisse, auctores cujusque gentis testantur. Inter Belgas praeter Sandium Peckius de testamentis conjugum lib. 4. cap. 23. in fine. Zoesius ad Pand. tit. qui testam. fac. poss. num. 49. & seqq. Vinnius solut. question. lib. 2. cap. 19. Christinus ad leg. Mechliniens. tit. 17. art. 1. numer. 10. & vol. 2. decr. 3. num. 7. Rdelaant. Curia Ultrajecti. decr. 126. Consult. Juriscons. Holl. part. 2. con. 1. 163. & 189. & part. 3. vol. 2. consil. 15. num. 4. & consil. 153. nu. 1. Rodenburch de jure conjug. tract. preliminar. de statut. divers. tit. 2. cap. 3. num. 1. & d. tit. 2. parte altera cap. 3. n. 1. Ant. Matthaeus de audition. lib. 1. cap. 21. num. 37. & lib. 2. cap. 4. num. 34. Paulus Voet de statutis sect. 9. cap. 2. num. 2. & 3. & 9. D. Joh. a Someren de jure novorcarum cap. 7. num. 1. Abr. a Wesel ad novell. consil. Ultrajecti. art. 1. nu. 12. 13. Jacobus Coren observ. 23. num. 18. 19. 20. Gereformeerde landrecht van Nymegen tit. 22. art. 3. 4. Inter Germanos Andr. Gayl. lib. 2. observat. 123. Mynsingerus cent. 4. obs. 8a. num. 3. & cent. 5. observ. 20. nu. 4. & seqq. Mavrus ad jus Lubecens. part. 2. tit. 1. art. 16. & de arreptis cap. 20. num. 5. Carpzovius pract. crimin. part. 2. quest. 54. nu. 51. Inter Hispanos Ferdinand. Vasquez Question. lib. 4. cap. 3. nu. 17. 18. 19. Menochius lib. 2. praesumpt. 2. numer. 7. Inter Gallos Mainardus lib. 5. decr. 92. Guido Pap. decr. 262. Choppinus de moribus Parisiens. lib. 2. tit. 4. nu. 2. Barry de ructionib. lib. 1. tit. 1. num. 45.

14. Atque haec ita obtinent, nisi appareret, aliquem, ut evitaret molestiores, ac forte sumtuosiores sui domicilii solemnitates, sine ulla necessitate, in fraudem statuti alio profectum esse actus expediendi gratia, ac mox reversum; tunc enim vix est, ut ad bona in loco domicilii sita sese extenderet actus aut testamenti validitas; cum indignus videretur ullo beneficio & comitate, qui domicilii jura consulto ac fraudulenter sprevit, circumvenit, elusit.

Vari. ad Pandect. Tom. I.

Quo reducendos existimem eos, qui, cum in domicilii loco obtinerent graviora chartae sigillatae onera fisco pendenda, ut jura sigilli fraudarent, alio tendunt, ubi ignotum illud tributis genus, & actu perfesto, ad domicilii locum revertuntur. Ant. Thesaurus quest. for. lib. 2. cap. 8. num. 14. Mavrus ad jus Lubecens. quest. preliminar. 6. nu. 6. 7. & part. 2. tit. 1. art. 10. num. 11. Paulus Voet de statutis sect. 9. cap. 2. num. 4. & num. 9. except. 3. Post Mascard. & Aretin. & alios ibidem citatos. Aut nisi nominationis statutum vetet, alio modo extra territorium, aliisque solemnitatibus, actum geri. Vide Menochium lib. 2. praesumpt. 3. n. 6.

15. Posito vero hoc generali circa solemnium adhibitionem jure, excutiendum superest, quid statutum sit, si quis in loco aliquo actum gerens, neglectis loci istius solemnibus, adhibuerit ea, quae vel domicilii locum vel rei sitae statuta requirunt, sive diversa illa sint, sive pauciora? Mynsingerus quidem, & Michael Grassus actus ita gestos nullius fore momenti pronunciant, sive actum gerens extra domicilii locum servaverit solemnia domicilii, sive ea, quae requirebantur in loco rei immobilis sitae. Mynsingerus centur. 5. observ. 20. n. ult. Grassus recept. sent. lib. 1. §. testamentum qu. 54. n. 24. in fine, sed sine justa ratione. Cum enim ante dictum sit, aliquem & ratione domicilii, & ratione bonorum immobilium, subditum esse magistratibus locorum, in quibus vel domicilium fixit, vel bona immobilia possidet; ac quisque magistratus secundum jus sumum (de quo superius disputatum, quodque hic usum invenit) sui statuti vires non male tuetur, quo usque potest; iniquus sane esset in sibi subiectum ratione domicilii aut bonorum, si non respectu bonorum, in suo territorio jacentium, ratam haberet ultimam voluntatem aut contractum ejus, a quo sua statuta solemnium intuitu servata videt; maxime, cum hac ratione defendens sui statuti potestatem non conturbet aut subvertat alibi benegesta, atque adeo nequaquam alterius territorii magistratibus ullam videri possit injuriam facere. Ultrajectinum concipiamus, & Trajecti ubi domicilium fovet, & in Hollandia res immobiles possidentem, cum in Frisia decumberet, illic condidisse testamentum coram tabellione ac duobus testibus subscribentibus, atque adeo illis adhibitis requisitis, quibus Hollandici Trajectinae soli leges contentae sunt. Ex aequo utique & bono sustinuerint Hollandi talem dispositionem circa immobilia Hollandica, & Ultrajectini circa immobilia Trajecti sita, quin & circa mobilia sita ubicunque, tanquam juris fictione in loco domicilii existentia: cum in dispositione de his rebus facta, sua quisque solemnia inveniat ex legum suarum praescripto adhibita: eo fere modo, quo quondam praetor saepe testamenta, summo jure civili infirma, sustinebat ob id, quod in illis edicto suo in junctas solemnitates videret observatas, §. non tamen 6. Instit. quib. mod. testam. infirm. l. postumus 12. l. filio 17. ff. de injur. rupt. irrit. fact. testam. Rodenburch de jure conjug. tract. preliminar. de statut. divers. tit. 2. cap. 3. nu. 2. & cap. 4. num. 5. Parens p. mem. Paulus Voet de statutis sect. 9. cap. 9. nu. 2. in fine, cumque justum sit, ut indignus habeatur statuti beneficio, qui illud non servavit, sed contra illud fecit, arg. l. ult. §. sine

sem, statuti domicilii conformem, circa delationem successionis intestata; cum & eorum noverimus deferri ab intestato hereditates, qui per atatem, animive vitium nullam possunt facere voluntatis manifestationem: cujus tamen contrarium semper in contrahentibus reperiri, res ipsa loquitur; in quantum nemo tacite creditur pactus esse, aut ex tacito pacto obligatur, nisi qui ejus conditionis est, ut expressam, quoque potuisset conventionem inire. Uti id ex pactorum tacitorum exemplis, in tit. de pactis recensendis, manifestum est. Nec eet, quod regeratur, quasi contractus esse tacitas conventiones ex aliquo orientes facto vel gestione; ex quibus & furiosos & alios similes, expresse contrahere non valentes, sine curatoris aut tutoris consensu obligari constat, l. furiosus 46. ff. de oblig. & act. Etenim praesumpta magis, quam tacita in quasi contractibus conventio est, ut alibi latius dicitur; atque insuper inter pacta tacita, & quasi contractus illos, ex quibus furiosi similesque sine curatore obligari possunt, illud interest, quod pacta tacita factum requirunt illius, qui inde obligatur, aut obligationem sibi quazitam remittit, sic ut facto suo consensum declaret. At in quasi contractibus intervenit factum aut gestio ejus, qui tali facto non tam ipse obligari vult, quam potius alium sibi obligatum reddere primario intendit, aut intendisse fingitur, gerendo negotia, indebitum solvendo. Unde & ex uno quasi contractu, ubi obligatio nascitur ex facto proprio ejus, qui obligandus erat, puta, ex additione hereditatis, obligatio non nascitur ex solo impuberis, furiosi, aut prodigi facto, sed tutoris aut curatoris auctoritate opus est, §. 1. Instit. de auctor. tut. l. si infanti 18. pr. & §. seqq. C. de jure deliberandi. Quae omnia a me adducta ad id proficiunt, ut evincatur, ubi nullum factum est, ibi nec tacitam actionem esse, & ex rationis similitudine nec tacitum testamentum: cum aequae in testamentis ac conventionibus necessaria sit voluntatis declaratio, vel verbis literisve significanda, vel rebus ipsis & factis. Quo utroque deficiente consensu interponendi modo, consequens est, ut inepte vel pactio tacita quazratur, vel concipiatur tacitum testamentum.

22. Ceterum de statutorum interpretatione, eorundem condendorum potestate, abrogatione, & aliis, quae his sunt affinia, plura hoc loco congerere supersedeo; cum pleraque ex iis, quae supra de legibus, earumque interpretatione tractavi, sint satis evidenter: & quid in singularibus de statutorum varietate ac potestate controversiis obtinere debeat juxta principia generalia, hic a me pro virili adstructa, suis tractare decreverim locis propriis, & genuina materiae cujusque sede.

TITULUS V.

De Statu Hominum.

SUMMARIA.

1. *Hominem vel masculi, vel femina, & aliquando deterior, aliquando melior horum, quam illarum conditio.*
2. *Sunt & vel cives, vel peregrini, qui & jure Romano, & hodiernis moribus varie inter se differant.*

3. *Hominem vel liberi, vel servi sunt, de quibus plura remissive; & quousque servitus nostris moribus in usu sit: quid item nunc sint homines proprii.*

4. *Hominem liberi apud Romanos erant vel senatorii, vel equestris, vel plebeii Ordinis. Alii optimates, alii populares. Hodie alii nobiles, alii ignobiles; quod ex patris, non matris conditione aestimandum regulariter. Nova nobilitatis peregrina hominibus non competunt privilegia nobilitium.*

5. *Sunt denique vel jam nati, vel adhuc in utero; & quando hi pro jam natis habeantur, quando non.*

1. **S**Tatus, seu conditio personarum varius est. Atque inde varia hominum divisiones. Nam; ut sileam, alios esse imperantes, alios parentes; alios aetate majores, minores alios, quae suis locis usum invenient; notabilis quantum ad varios in jure effectus distinctio est in masculos & feminas, hermaphrodito ei sexui annumerando, qui in eo praevallet, l. quatuor 10. ff. b. t. l. repudiandorum 15. ff. de testibus, l. sed est questum 6. §. ult. ff. de liberis & posthumis. Quamvis enim plerumque, & in longe maximis juris nostri partibus eodem utantur jure masculi & feminae, sic ut de maribus disposita, & in sexum concepta masculinum, ad feminas quoque producenda sint, si non aliud inveniatur lege dispositum, l. 1. l. pronuntiatio 195. ff. de verbor. signif. l. aut praetor 3. pr. & §. 1. ff. de negot. gestis, l. quod & lex 3. §. hac verba 1. ff. de homine libero exhib. l. si quis ita 16. in pr. ff. de testam. tutela, l. patroni 52. l. quisquis mihi 116. l. Servius ait 122. ff. de verb. signif.; in nonnullis tamen melior, pejorque feminarum, quam virorum reperitur conditio, l. in multis 9. ff. b. t. Melior quidem, in quantum Vellejani Senatusconsulti gaudent beneficio; in plurimis impune juris laborant ignorantia; & mitius subinde ex delicto coercentur, quam viri. Deterior vero, dum nec magistratus esse possunt, nec publicis aliis & civilibus fungi muneribus, l. femina 2. ff. de regul. juris; etsi non desint, quae jure remotae, re ipsa tamen publica quoque tractare amant, filiorum maritorumque potestate abutentes. *Viderint* (inquit Seneca de consol. ad Helviam cap. 14.) *illa matres, quae potentiam liberorum mulierum impotentia exercent; quae, quia feminis honores non licet gerere, per illos ambitiosa sunt: quae eloquentiam commodando aliis, fatigant.* Ad hac juxta gentium variarum mores in successione non modo feudali, sed & allodialium, viris postposita: uti suis hac aliaque plura locis plenius.

2. Divisi & olim in cives & peregrinos, multisque supra peregrinos excelebant modis civitatis Romanae jure gaudentes: quas inter cives atque peregrinos ex veteri instituto differentias prolixè recenset Brissonius *antiquit. libr. 1. cap. 13.* Unde & legibus variis a populo Romano communicatas legitimis gentibus aliis, velut insignie beneficium, has ipsas civitatis suae prerogativas; quas leges apud Romanos collectas vide *antiquit. lib. 8. part. 2. cap. 2.* Et quamvis Augustus (Suetonio teste in vita ejus cap. 40.) *magni exilientis, sincerum, atque ab e-*

non collatione peregrini ac servilis sanguinis incorruptum servare populum, civitatem Romanam parcissime dederit, Tiberio pro cliente Graco potius rescriptis, non aliter se daturum, quam si praesens sibi persuasisset, quam justas petendi causas haberet; & Livio pro quodam tribunario Gallo roganti civitatem negaverit; tamen successu temporis ex Antonini Imperatoris constitutione omnes, qui in orbe Romano erant ingenui, cives Romani effecti sunt, l. in orbe 17. ff. b. t. Quam constitutionem licet Antonino Caracalla velut auctori tribuendam putet Cl. Rykius in notis ad Tacitum pag. 334. Et seqq. & ancipitis plane disquisitionis in universum videatur, quis hic Antoninus fuerit, dum Imperatores varii verum Antonini nomen habuerunt; alii illud auge, ac Caesaris & Flavii assumserunt uti ex historia augustae scriptoribus aliisque constat, ac plene docet Ravardus lib. 3. varior. cap. 10. Magis tamen est, ut adscribamus Antonino Pio, vel Marco Antonino philosopho: quippe quo imperante conditum quoque fuit Senatusconsultum Apronianum, ab Aproniano tunc consule (ut ex fastis patet) denominatum, quo cautum, ut omnes civitates in orbe Romano fideicommissa capere possent, & ipsi quoque municipes; sic ut actiones quoque ex Trebelliano in municipes transirent, l. omnibus 26. ff. ad Senatusconsult. Trebell. l. cum senatus 20. ff. de reb. dub. Ulpianus in fragmentis tit. qui hered. institut. possunt 22. §. 5. quod fieri non potuisset, nisi simul cives fuissent effecti. Nec multum ab hisce Romanorum institutis abluere per Hollandiam, & plures alias provincias, ac regiones, antiquis temporibus in peregrinos praedicia, quibus erant a civibus distincti: cum nec testes olim fuerint idonei contra cives, nec potuerint honore fungi, & levius vindicata fuerint illatae ipsis iniuriae, ac denique fiscus iis succederet. Sed ex quo mercaturae occasione plurimi in hasce regiones coeperunt peregrini confluere, par quoque in plerisque capit esse peregrinorum ac civium conditio, exceptis per urbes & municipia magistratus honoribus, quos solis civitatis cuiusque civibus deferri, peregrinis exclusis, passim municipales leges cavent: nec difficile peregrino est vel prece vel pretio modico, in publicum illato, concessionem iurum civitatis ab urbis cuiusque magistratu nancisci. Hugo Grotius *Manuduct. ad Jurisprud. Holl. lib. 1. cap. 13. per tot.*

3. Quamvis autem omnes homines natura liberi situdero, & conditionem servitutis edisse, Julius Caesar lib. 3. *fera in med. vers. itaque quum de bello Gallico testetur, & experientia dicet; jure tamen gentium inducta fuit inter liberos & servos distinctio; prout vel alieno dominio contra naturam subiecti fuerint; vel salvam sibi reservaverint facultatem faciendi quod libet, nisi si quid vi aut jure impediatur, l. libertas 4. ff. b. t. vi enim illicita non minui libertatem, qualis est prae donum similitumque violenta detentio, patet ex l. qui a latronibus 13. ff. qui testam. fac. poss. l. hostes 24. ff. de captiv. & postlimin.* non magis quam juris dispositione; quippe quae vetans, ne, verbi gratia, prodigi sua dissipent, minores immobilia sine decreto alienent, filii testamenta condant, nullis horum videri potest libertatem sustulisse, sed tantum restringere licentiam nimiam ipsis pariter, & reipublicae,

damnosam. Ceterum quo modo servi ratione officiorum & ministeriorum distincti fuerint, alii ordinarii, alii vicarii & mediastini appellati, Ravardus docet 5. variorum cap. 20. Amplius qua ratione servi facti fuerint, quo modo pro nullis jure civili habiti (licet non ita in iis, quae juris naturalis essent) ac tota ipsorum vita, libertas, & omnia olim ex domini pependissent arbitrio ac voluntate; qui deinceps mitigata paulatim fuerit illa potestas dominica, & intra modicam castigationis cancellos coarctata; qui insuper omnia suis acquisiverint dominis, nihil sibi: quales fuerint adscriptitii, prae donorum nempe magis, quam personarum servi, simul tamen cum prae donis, cui adscripti, in dominio dominorum fundi constituti, sine fundo nec alienandi nec legandi quibus dein modis ex conditione servili ad libertatem perducti, libertini facti fuerint, ac ingenuis nativis distincti, & quae hujus generis plura sunt, petenda si cui libet, latius ex interpretibus ad tit. instit. de jure personarum, & tit. de his, qui sui vel alien. juris, consulto praetermitto; cum minorem hac apud nos usum inveniant, inter Christianos fere abolita in universam servitute; usque adeo, ut, si servus regionum nostrarum, ac plurimum gentium aliarum fines intraverit, etiam invito domino possit confestim ad libertatem proclamare, ut multis a Groenevegio id firmatum DD. auctoritatibus ad tit. Instit. de his, qui sui vel alien. juris, & Parentop. mem. Paulo Voet ad §. 5. Instit. de jure personarum. 4. nec cuiquam mortalium nunc liceat sese vendicare, aut alia ratione servitutis jure semet alteri addicere. Bugnon de leg. abrogat. lib. 1. cap. 5. Vid. Imp. Leonis constit. 59. Si tamen Christiani cum barbaris bello commisi fuerint, ut ipsis capti barbarorum servituti addicuntur, ita talionis jure captos a se barbaros eodem servitutis jure pressos tenent; sic ut aliquando ab Ordinibus Foederatis Belgii cautum inveniamus, in talibus etiam vigere debere latas de servis leges civiles; addita tantum exhortatione, ne domini eos durius habeant, ne diebus dominicis, aliisque temporibus ad publica pietatis exercitia destinatis, eos labore gravent *Institu. Hie van de Staten Generaal, voor de geconquesteerde plaatsen in Brazil, 23. Augusti 1636. art. 85. 86. vol. 2. placitorum pag. 1261.* Quid, quod & multis in locis, ac ipsis vicinis Geltae Zutphanizque partibus, ubi sublaturum est servitutis jus, inveniuntur etiamnum homines proprii, aut ab iis haud longe diversi, adscriptitiis Romanorum in plerisque similes, nec omni carentes macula servitutis; quippe quibus defunctis pro usu regionis cuiusque vario succedit dominus in quandam mobiliam partem, imponit certis temporibus operas manu aut jumentis praestandas, multas illiciti conjugii ab illis exigit, quoties cum non ejusdem conditionis hominibus matrimonium inierint, pecuniam in redemptionem juris primi concubitus accipit, in alios alienas, judiciis possessoris ac petitoris petit, nec invitatus pati tenetur, praedia per tales possessa alienari, dividi, oppignorari, multisque modis aliis ex hoc jure sibi competente gravis hisce videri potest, ac quodam premere servitutis jugo. Atque hi non uno veniunt nomine, antiquitus dicti, Germanis *leibeigene*, nostratibus, *laten*, *lassan*, *beurmoedige*, *schetbare*, *besborige mannen*, *Wastinische luyden*. De quibus ac

Etque similibus ex nostrarum vicinarumque regionum antiquo & obscuro usu petitis, huc spectantibus plura vide sis apud Fredericum a Sande de feudis *Gultria tract. preliminar. cap. num. 28. Et seqq. ad finem. Et cap. 2. in pr. Lambert. Goris adversar. tract. 3. part. 1. cap. 13. num. 4. Et seqq. ad fin. Ant. Matthæum paramia 2. num. 43. Et seqq. Simon a Leeuwen cons. sor. part. 2. libr. 1. cap. 2. num. 2. 3. 4. 5. 6. Mizvium ad jus lubo-censo libr. 1. tit. 3. art. 3. Burgundum ad consuetud. Flandria tract. 15. Struvium ad Pand. b. 1. num. 23. 24. Justum Meyerum collegio Argentorat. b. 1. num. 17. 18. 19. Parent. p. mem. Paulum Voet ad princip. Instit. de iure person. num. 8. Et ad §. 5. d. tit. num. 4. Placitum Ordinum Zelandiæ 15. Novemb. 1678. vol. 3. placit. pag. 536.*

4. Porro nec liberi homines ejusdem omnes fuerunt conditionis ac dignitatis, dum alii senatorio Ordini fuerunt adscripti, alii equestri, pars longe maxima plebejæ Ordinem constituebant. Alii insuper optimates dicebantur, populares alii. De quibus omnibus prolixè Carolus Sigonius de antiquo jure civ. Romanor. lib. 2. cap. 1. 2. 3. 4. 5. 6. Rosinus antiq. Roman. lib. 1. cap. 15. 17. 18. ibique Demsterus in notis. Quibus proxime accedit ea, quæ apud nos, & passim obtinet, hominum in nobiles, & ignobiles seu plebejos distinctio; de quorum Nobilium origine, juriis, ac differentiis qui plura novissè cupit, videat Hugonem Grotium *Manuduct. ad Jurisprud. Holl. lib. 1. cap. 14. Simon van Leeuwen censura forens. part. 1. lib. 1. cap. 2. num. 7. 8. 9. 10. 11. Clariss. D. Ant. Matthæum Collegam honorandum tractatu luculento, de nobilitate, Andr. Tyraquellum de nobilitate. Hæc enim aliaque similia prolixius excutere, licet sua non careat utilitate; a nostro tamen instituto alienum est. Illud expeditum, quoties de nobilitatis aut civitatis jure questio est, non tam maternæ, quam paternæ stirpis conditionem spectandam esse, ut liberi nobilibus vel plebejis, civibus aut peregrinis accensendi sint, h. 1. §. 2. pr. ff. ad municipalem l. cum legitima 19. ff. b. t. nisi privilegio munita inveniat origo maternæ, ut vel civitatis, vel nobilitatis jura per eam propagentur, d. l. 1. §. ult. post pr. ff. ad municipalem, Paulus Voet de statutis sect. 5. Et ad princip. Instit. de ingenuis num. 5. Zoësius ad Pand. tit. de his, qui sui vel alien. jur. sum num. ult. observandum tamen privilegiis, quæ nobilibus inveniuntur concessa in dubio illos gavisuros, qui veteri nobilitate conspicui sunt, aut nova quidem, sed ab eo data, qui & privilegium indulsit; nequaquam illos, qui nobilitatis novæ peregrina titulis splendent; ne alioquin privilegia extendantur ultra mentem concedentium, arbitrio Principis extranei etiam ad eos quos indignos judicaret privilegit auctor, vide Paulum Voet de statutis sect. 4. cap. 5. numer. 16. Ant. Matthæum paramia 5. num. 11. in mod. quod & nominatim distant edicta Philippi II. & Alberti, ac Isabellæ, ibidem allegata; uti & novissime placitum Ordinum Hollandiæ anno 1666. vol. 3. pag. 604. 609. quo cautum, jura venationis, nobilibus per Hollandiam competentia, talibus tamen non censi indulta.*

5. Ad hæc inter homines jam natos, & nascituros, seu in utero etiamnum constitutæ leges distin-

guunt. In utero constitutæ quod attinet, licet propriè necdum hominis appellatione vendi possint ob incertum nativitatis, sed magis tales velut spem animantis lex regia consideraverit, l. negat. 2. ff. de mortuis inferendo; ficiōne tamen juris pro jam natis habentur, quoties de ipsorum commodum agitur, l. qui in utero est 7. Et l. qui in utero sunt 26. ff. b. t. Qua ratione post conceptionem superveniens parentibus calamitas nocere non solet ei, qui in ventre est: sive enim prægnans mater in servilem deducatur statum, vel ultimo damnetur supplicio aut deportetur, partus liber erit & ingenuus, pr. Instit. de ingen., l. Imperator 18. ff. b. t. sive ab hostibus capta ibidem pariat, partus postcliminii jure gaudebit; cum alioquin ad eos, qui penes hostes & concepti & nati sunt, jus postcliminii se non extendat, parentibus apud hostes extinctis, l. qui in utero sunt 26. ff. b. t. junct. l. 1. C. de postlimin. & licet concepti natiq̃ue ex patre, qui Senatu motus est, senatorum filiis haud accensendi sint; concepti tamen antequam pater ordine moveretur, licet post demum nati, quasi senatoris filii eadem ratione intelliguntur, l. emancipatum 7. §. 1. ff. de Senatoribus. Hæreditates quoque legitimæ ut jam natis deferri solent, ita & nascituris in utero constitutis, d. l. qui in utero sunt 26. ff. b. t. quibus & donec nati fuerint portiones reservantur, l. antiqui 3. Et l. 4. ff. si pars hered. petatur. Quod si non ipsorum in utero existentium, sed tertii tantum vertatur commodum, cessat illa juris ficiō, qua pro jam natis haberentur, nec aliis prosunt, nisi natis, d. l. qui in utero est 7. ff. b. t. quod dicimus 251. ff. de verb. signif. Hinc, qua ipsi necdum natis prodesse nequeunt, etiam ex tempore nativitatis suspensa manent; qua de causa nec posthumum præteriti a patre, dum sunt in utero testamentum rumpunt, sed demum agnatione sua, testamento manente rato, si abortus fiat, aut monstrum prodeatur, l. uxoris 2. l. 3. C. de posthumis hered. instit. nec ipsis ad spem successionis vocatis una cum aliis collatio per reliquos facienda, nisi postquam fuerint editi; cum nec ante reipsa hæredes sint, lege ultim. ff. de collation. junct. lege posthumo 1. Cod. eod. Plane, si vel læsionem evitare nequeat, vel commodum sentire is, qui in utero est, nisi & tertio pro tempore prosit, patiuntur leges, tertium quoque usque ad editionem partus reddi commodorum participem. Cum ergo partus salvus esse nequeat, dum mater prægnans supplicio afficitur; ac summopere periclitetur, si vel quæstionibus illa subiciatur; & poenam & tormenta differri obtinuit donec pepererit, quæ nocens est aut accusata, l. prægnantis 3. ff. de poenis, l. Imperator 18. ff. b. t. Paulus præcept. sent. lib. 1. tit. 12. §. 5. Cumque nutriri fœtus nequeat, nisi matre nutrita; consequens fuit, ipsi uterum gestanti alimenta, conditioni congrua, præstanda esse ex hæreditate, in cujus possessionem illa ventris nomine missa fuerit, licet aliunde habeat, unde sustentare se possit; cum ista præstari videantur ei, qui in ventre est, lib. 1. §. mulier. autem 19. lib. curator 5. ff. de ventre in posses. mitt.

TITULUS VI.

De his, qui sui vel alieni juris sunt.

SUMMARI A.

1. *Homines vel sui, vel alieni juris sunt.*
2. *Quid sit patria potestas? eam furiosus quoque ac prodigus posse competere.*
3. *Qui olim, qui postea, qui moribus (hodiernis sine effectus patria potestatis. Nepotem hodie non esse in potestate avi paterni.*
4. *Parvis modis constituitur potestas hac, præcipue iustis nuptiis, si modo tempore legitimo liberi nati sint; quodnam sit illud tempus legitimum, sum jure Romano, tum hodierno.*
5. *Natus mense quinto vel sexto a nuptiis contrahitis legitimus non est, si maritus ante nuptias cum uxore non consueverit.*
6. *In dubio præsumendum est, filium non ex alio, sed marito conceptum esse.*
7. *Si mulier proficiatur, se ex alio quam marito suo gravidam esse, nec partui, nec sibi nocet, si alia probatio desit.*
8. *Si mulier probeatur adultera, tamen partus in dubio magis ex marito, quam adultero conceptus videri debet.*
9. *Si mulier mox a morte mariti prioris ad alias nuptias transierit, & partum edat, qui naturaliter poterat vel ex primo, vel ex secundo marito conceptus esse, præsumendum est, eum ex marito secundo esse genitum.*
10. *Natus ex sponsa imprægnata, nuptiis non sacris, an legitimus?*
11. *An legitimus sit, qui post solemne divortium conceptus, & editus est ex conjugibus, privata auctoritate ac patientia conjugum reintegrantibus?*
12. *Quibus modis probetur, aliquem esse filium aut esse legitimum remissive.*
13. *An monstra liberorum numero censeantur?*

1. **E**st & alia personarum divisio, qua alii sui juris sunt, dum nec patriæ, nec dominicæ subsunt potestati, & patres familias appellantur, sive puberes sint, sive impuberes; cum & impubes in tutelâ constitutus sui juris sit, pr. Instit. de tutelâ. Etsi me non lateat, alio alioque sensu & patriæ familias denominationem apud probatos scriptores reperiri. Vide Ravardum l. 4. variorum c. 12. in mss. Alii alieni juris, qui dominicæ, vel patriæ potestati subsunt. De dominicâ potestate satis pro instituti ratione tit. præced. actum.

2. Patria potestas est jus, quod cives Romani masculi, non femina, habebant in suos liberos ex iustis nuptiis, legitimatione, vel adoptione quasi-tum, sive ingenui essent, sive libertini, l. libertos 8. C. de patriæ potestate. sive scient, prolem sibi natam esse, sive non, l. uxorem 29. ff. de manumiss. testamento. Etiam furore vel amentia, aliore animi vitio laborantes re ipsa non potuissent hanc potestatem exercere; sive ante furorem sive in ipso furore ex uxore sana, vel simili amentie specie verata, liberi proponantur concepti, l. pater furiosus 8. ff. b. t. l. qui furere 20. ff. de statu homin. Li-

cet enim in illis, in quibus patriæ potestatis effectus factus aliquo, vel consensu declarandus est, factum parentis furiosi non expectetur; & ideo liberi hereditatem adire, & nuptias contrahere possint, non interposito per talem jura, l. cum heres 52. in pr. ff. de acquir. vel omitt. hered. l. si nepos 9. ff. de ritu nupt. l. si furiosus 25. C. de nupt. pr. Instit. de nuptiis; non tamen ideo minus commoda ex tali liberorum facto, parenti de jure tributa, ipsi quoque furioso salva erunt, quasi consensisset, veluti emolumenta hereditatis, & jura patriæ potestatis in nepotes, ex tali matrimonio filii quassitos, ne alias furoris infortunio calamitosis alia addatur in ademptione juris consistens afflictio, l. furiosus 63. ff. de acquir. vel omitt. hered. arg. d. l. si furiosus 25. in fin. C. de nuptiis. Idemque in prodigo juris in plerisque est: tantum enim abest, ut prodigalitate patriæ patriæ solveretur potestas, ut magis ipsi tributa inveniantur emancipationis facultas, quam tamen furioso non competere certum est, l. penult. §. potuit 2. in fine ff. de curat. furios. & aliis extra rin. dand.

5. Cum vero potestas hac quandam quasi proprietatis speciem patri avoque paterni in liberos tribuerit, l. 2. §. 2. ff. de interditiis sive extraord. act. sic ut & vindictio liberorum ex jure Quiritium, & interdictum de liberis exhibendis, & actio furti, & utilis de servo corrupto, & legis Aquiliæ, similesque inde competere, d. l. 2. §. 2. ff. de interditiis sive extraord. act. tot. tit. ff. de liberis exhibendis. §. 9. Instit. de oblig. qua ex delicto, l. sed & si 5. in fine, l. qua actione 7. in pr. & §. si quis in colluctatione 4. ff. ad leg. Aquil. l. 1. §. 2. de rei vindic. non mirum fuit, quod & olim ejusdem potestatis jure pater filiumfamilias noxæ dare potuerit ex ejus delicto noxali conventus judicio, §. ult. Instit. de noxal. action. ac in eum habuerit jus vitæ necisque, l. ult. C. de patriæ potest. l. in suis 2. in fine ff. de liber. & posthum. l. divus 5. ff. de leg. Pomp. de parricid. Adde Ravardum ad leg. 12. tabul. cap. 3. quamvis vendere non potuerit, atque ita libertatem eripere, aut abdicare, nisi liberos sanguinolentos, argere egestate & necessitate famis; sic ut plus incolumitati libertatis, quam vitæ liberorum olim a Romanis prospectum fuerit, d. l. ult. C. de patriæ potest. l. abdicatio 6. C. eod. tit. l. 1. 2. C. de patrib. qui filios distraxer. Jure tamen posteriori non ita in immensum extensa fuit auctoritas paternæ, ac ne in corrigendis quidem liberorum erratis animadversio privata quæcunque permissa patri; sed vel damni poena multare potuit, ob ingratitudinem alimenta denegans, ab hereditate secludens l. si quis a 5. §. idem judex 11. ff. de agnosc. & alend. liber. nov. 115. cap. 5. vel poena sensus, vel modicam coercere castigationem; ut, quos ad vitæ decora non provocabant domesticæ laudis exempla, saltem correctionis medicæ medicina impelleret: nam ut Seneca lib. 1. de ira cap. 5. castigatio, qua sincera est, & cum ratione, non nocet, sed modestus species nocendi. Quod si atrocitas facti domesticæ emendationis jus excederet, liberos enormium delictorum reos placuit judicio tradi notioni, l. un. in fin. C. de emendat. propinquor. Quæ tamen hæcenus nec ad singulare jus patriæ potestatis reducenda sunt, nec solius pa-

tris propria; cum & mater similia facere patris-
sum sit naturali ratione, & in emancipatos hæc
quoque jura exerceri possint. Quæ vero illa sint,
quæ patri soli in liberos suos non emancipatos, ju-
ra competunt, partim in acquirendo, partim in ad-
ministrando, partim in substituendo, tutores dandi,
ratione voti aut nuptiarum consentiendi, vel dissi-
dendi potestate, aliisque pluribus consistentia, suis
locis singula tradenda venient. Si quis interim col-
lecta & juncta desideret, videat DD. ad tit. Cod.
de patria potestate & princip. ac tot. tit. Instit. de
patr. potest. dummodo cogitet, gentium plerarumque
moribus (Frisiis exceptis, quos in plerisque hic ju-
ri Romano adherere testatur Sande lib. 2. tit. 7.
defini. 2. & 3.) magna ex parte sublato esse ipsos
illos, qui recentiori jure Romano supererant, patrias
potestatis effectus; aut si non sublato, cum matre
communicatos, etenim nec vendere filium potest in
casu necessitatis, nec peculii adventitium usufructum
apud nos acquirit; nec pupillarem facit substitutionem
ad eos effectus, quos illa jure Romano solebat sortiri:
nec ultra, quam & mater substituendi jure gaudet;
nuptiarum quoque intuitu, ut patris consensus requiritur,
sic eo deficiente, matrem consentire usque ad eandem
ætatem necesse est; ut hæc tit. de peculio, de
vulgari & pupill. substitut. de nuptiis, alibique latus
tradam. Vide Gudelinum de jure noviss. lib. 1. cap.
13. vers. quid moribus, seu numer. 14. Groenewegen
de legib. abrog. ad §. 2. Instit. de patria potest. Paulum
Voet ad princ. Inst. eod. tit. n. 5. Bugnon de leg.
abrog. lib. 1. cap. 7. Lambert. Goris adversar. tract.
4. §. 6. Et quamvis Romanis legibus placuerit, ex
filio in potestate retento nepotes in avi esse pote-
state, sic ut eo vivente patris intermediæ potestas
vix esset conspicua, §. ult. Instit. de patria potest.
l. patri 20. & 21. ff. ad leg. Jul. de adult. l. si ne-
potem 3. ff. de ritu nup. §. illud. 11. Instit. de ad-
dopt. §. admonendi 7. & §. illud autem 9. Inst.
quib. mod. j. patr. pot. solv. patrio tamen jure ne-
potes in solius patris, non avi potestate esse, ac ne
mortuo quidem patre nexibus illibatos fore, verius
est: cum enim per nuptias ipse filius nunc a patria
liberatus sit potestate, ut dixi tit. seq. ac nepotem
ex filio emancipato natum, patrem, non avum sequi
leges dicunt, d. §. 9. inf. Instit. quib. mod. j. p.
por. solv. ur. omnem certe nepotem non aliter, quam
ex filio emancipato conceptum natumque, atque adeo
soli patris potestati subiectum, considerare ne-
cesse est; etiamsi ante nuptias natus, per nuptias
legitimus esset; cum utique non nisi in legitimis,
aut adoptatos patriæ potestas possit competere, non
in naturales tantum. Gudelinus de jur. noviss. lib.
1. cap. 13. in fin. Groenewegen ad §. ult. Instit.
de patr. potestas. Ant. Matthæus disput. de nupt. &
tutelis, in auctario de divortii legum & usus n. 17.
unde & patri solius aut matris, non avi avique
assensum in nuptiis desiderari, notatum tit. de ri-
tu nupt.

4. Constituitur hæc potestas tribus potissimum
modis, puta, nuptiis, legitimatione, & adoptione, ju-
diciis quoque sententiis, dum emancipati ob ingrati-
tudinem in patriam revocantur potestatem, l. unio.
C. de ingrat. liberis, aut per errorem declarantur a
judice filiifamilias cum vel emancipati, vel ne filii
quidem essent; re scilicet judicata habita pro veri-

tate, arg. l. ingenuum 25. ff. de statu homin. junct.
l. si cum pater 2. C. si advers. rem judic. plenissi-
ma denique restitutione per Principem facta, si pa-
tris aut filiifamilias deportatione potestas patria e-
vanuisset, §. 1. Instit. quib. mod. j. patr. pot. solv.
Nuptiis tamen non aliter, quam si legitimo tempo-
re filius natus fuerit; quod est ab initio mensis se-
ptimi ad initium mensis undecimi; sic ut a nuptiis
contractis mense septimo aut posteriore editus pro
legitimo habendus sit; cum & mensis septimi in-
itio perfectum nasci partum ex Hippocratis auctori-
tate receptum sit, l. septimo 12. ff. de statu homin.
l. intestato 3. §. ult. ff. de suis & legit. hered. &
rursus octavo, nono, vel decimo usque ad undecimi
mensis initium natus, a dissoluto per obitum mari-
ti, aut divortium matrimonio, vel ab absentia viri,
tempore computando, l. Galus 29. in pr. ff. de li-
beris & posthumis, l. intestato 3. §. penult. ff. de
suis & legit. hered. l. ult. C. de posthum. hered. In-
stit. l. ult. ff. de fideicommissar. libertas. novell. 39.
cap. 2. post decimum elapsam ab absentia vel nup-
tiarum dissolutione mensem nati, ut legitimis an-
numerandi non sunt, ita nec potestati subiecti cen-
seri possunt, d. l. intestato 3. §. pen. ff. de suis &
legit. hered. novell. 39. cap. 2. multoque minus, si
cum Ulpiano concipiarius, abfuisse maritum per de-
cennium, ac reversum invenisse anniculum in domo
sua, l. filium 6. ff. b. r. Plane cum inter ipsos me-
dicos non satis de extremo seu longissimo gestandi
uteri tempore conveniat, Aulus Gellius Noct. Attic.
lib. 3. cap. 16. Paulus Zacchias quest. Medico le-
gal. lib. 1. tit. 2. Carolus Hannibal Fabrotius, de
tempore partus humani. Atque ut terrore aliisque su-
bitaneis animi motibus mulieres non raro maturius
enixas fuisse in aperto est; ita quoque ex adverso
luctu domestico, infirmitate valetudinis, defectu vi-
rium naturali, alimenti penuria, aliisque similibus,
parturiendi tempus retardari posse non sit impro-
babile; non absurdum fuerit, arbitrio judicis hic a-
liquid permitti, ut, perpensis probe circumstantiis,
& ipsa mulieris vita antea, moribusque fama pu-
blica integris aut suspectis, adhibitis etiam in con-
siliū artis medicæ peritis a Juris Romani definitio-
ne decem mensibus circumscripta nonnihil recedat;
maxime cum de solitis casibus ac frequentioribus le-
ges soleant non ad ea, quæ difficulter & perraro e-
veniunt, aptari, l. jura 3. et. ll. seq. ff. de legibus,
ut proinde nec in raro contingentibus adeo exacte
servanda sit legum definitio, arg. l. si major 12. C.
de legit. heredibus. Qua ratione, suadente ita pudici-
tiae fama ac presumptione, in Frisia duodecimo
mense natus sententia curiæ legitimus & defuncto
mariti hæres declaratus est. Sande dec. Frisic. lib.
4. tit. 8. def. 10. Adde Paulum Zacchiam quest.
Medico legal. lib. 1. tit. 2. quest. 6. Mynsingerum
ant. 6. obror. 40. Menochium lib. 2. de arbitrar.
judic. casu 89. n. 33. & seqq. Ritthershusium ad
novel. part. 4. cap. 13. Carranza de partu natur. &
legit. cap. 13. 14. 15. Carpovium definit. forensis
par. 4. constit. 27. def. 13. 14. 15. Gudelinum d.
jure noviss. lib. 1. cap. 12. vers. ac deconviri seu
n. 6.

5. Quod si sexto, vel quinto, aut citeriore a nup-
tis contractis, mense partus edatur, cum vitæ esse
nequeat ex judicio medicorum aut perfectus, non

est quod de jure patris in talem inquiramus. Si tamen perfectum ac plenissime formatum edi contigerit, non est cogendus maritus talem agnoscere, aut alere ut suum, quoties præmatura ac festinata ante nuptias veneris usum negaverit, jurejurando, si exigatur, interposito arg. d. l. 12. de statu homin. Paulus Zacchias quest. Medico-legal. tom. 3. decis. 45. Carranza de partu natur. & legit. cap. 7. 8. 9. Plane, si quis ante nuptias in furtivo cum puella complexus ruens, eam deinceps matrimonii vinculo legitime sibi sociaverit, nec anticipata gaudia ipse diffiteatur; non dubium, quin vel contestim a nuptiis contractis, aut ipso nuptiarum die editus (quamvis tum demum concipiendus) legitimis liberis adscribendus sit, subsequente connubii tædere omnem conceptionis maculam tollente, arg. princ. Inst. de ingenuis l. 1. & servorum 5. §. 2. ff. de statu hom. cum & ante nati ea ratione niant legitimi, §. ult. Inst. de nuptiis. Simon van Leeuwen censur. for. part. 1. lib. 1. cap. 3. num. 15. etiamsi post contractas nuptias nullus intercesserit concubitus, & in illis versemur locis quibus ad introducendos alios nuptiarum effectus præter sacerdotalem benedictionem ingressus in thorum conjugalem desideratur.

6. De cetero pro eo, qui legitimo tempore ex uxore est editus, præsumptio militat, legitimum illum esse, sic ut & filium leges definiant, qui ex viro & uxore ejus nascitur, l. filium 6. ff. b. t. l. si viciniis 9. C. de nuptiis, & patrem, quem nuptiæ demonstrant, l. quia semper 5. ff. de in jus voc. & ad id, ut quis se legitimum probet filium, sufficiat demonstrare, se ex matrimonio legitime celebrato natum esse: usque adeo, ut in dubio præsumatur & habilis generandi, & rei veneris exercitium inter conjuges cohabitantes, nec ferendus sit, qui cum uxore quotidie moratus, filium ex ea natum agnoscere noluert quasi non suum; nisi constet, maritum aliquandiu cum uxore non concubuisse, infirmitate interveniente, vel impotentia generandi, quo posito probatoque, qui in domo natus est, licet vicinis scientibus pro filio mariti ratione manifesta haud foret habendus, d. l. filium 6. ff. b. t. Hugo Grotius manu duct. ad Jurisprud. Holl. lib. 1. cap. 12. num. 3. Christinus ad leg. Mechliniens. tit. 18. art. 4. n. 1. Andr. Gayl. lib. 2. obs. 97. num. 16. Menochius de arbitrar. judic. lib. 2. casu 89. num. 19. & 53. ac seqq. Jacob Coren consil. 12. num. 11. & seqq. Abr. a Wesel. ad novell. constit. Ultrap. art. 14. num. 55.

7. Quid ergo, si mulier partum edat eo tempore, quo potuit ex marito suo prægnans esse, octavo forte, vel nono a nuptiis contractis mense, maritum vero patrem neget, vel ante partum, vel in ipsis parturiendi difficultatibus atque discrinine, ac ex alio se concepisse fateatur; erit ne proles legitima & mariti? Certe, si alia non adsit probatio fœtus ex alio, quam marito suscepti præter ipsam illam mulieris confessionem, verius est, nec sibi nocituram tali professione utut jurata mulierem, ut adulterii vel stupri rea perageretur, aut pelleretur repudio; nec partui, quo minus ille & legitimus haberetur, & a marito etiam invito, sine legitimis probationibus filium abnegante, agnoscendus, alendus, & hereditate suo tempore beandus foret. Præterquam enim, quod natus in domo mariti præsumendus est ex eo & uxore ejus conceptus esse, sic ut, cum ma-

ter naturaliter certa sit, pater ex præsumptione censetur, quem nuptiæ demonstrant, nisi contrarium evidenter constiterit, d. l. filium 6. ff. b. t. l. quia semper 5. ff. de in jus voc. insuper hujusmodi professionem propriæ turpitudinis sic sponte emissam vel ab insania quadam & læsa imaginatione, vel a concepto in maritum odio ac ira, quæ & ipsa brevis furor est, procedere merito conjeceris: assertionibus autem de partu, a matre propter repudiationem aliamve causam, sed veritatis locum fore, Scævola auctor est, l. Imperatores 29. §. 1. ff. de probat. arg. l. divorcium 3. ff. de divortis, l. quicquid 48. ff. de reg. juris. Et ita maxime non apparente, leges tamen in dubio pro falsis habent, ac velut ab iis, qui non sanæ sunt mentis, profecta, quæcumque malignum parentum circa liberos judicium continent; donec assertorum veritas fuerit aliunde probata, l. non est 4. ff. de inoff. pr. Inst. eod. tit. nov. 115. cap. 3. non enim nudis asseverationibus, & ementita professione, licet uterque conjugum consentiret, veritati & liberis præjudicium sit, arg. l. non nudis 14. C. de probat. l. nec omnia 15. l. parentes 22. C. de liber. causa; Jacob. Coren consil. 12. Mascardus de probation. conclus. 739. Boerius dec. 299. Christinus ad Leg. Mechliniens. tit. 18. art. 4. n. 2. & seqq. Costalius ad l. 16. ff. b. t. Andr. Gayl. lib. 2. observ. 97. num. 8. D. Ant. Matthæus de probat. cap. 1. num. 50. & seqq.

8. Quod si non sola sit matris professio, secundum jam dicta, sed insuper eam adulterii convictam ponamus; nec sic quidem adulterinum præsumamus partum; sed magis in dubio genitum a marito, quoties ille, durante eo tempore, quo partus concipi potuit, uxori cohabitaverit, nulla impotentia manifesta præpeditus, sive proles mariti, sive adulteri vultum credatur referre. Neque enim crimen adulterii, quod mulieri obijcitur, infanti præjudicat; cum possit & illa adultera esse, & natus maritum mulieris habuisse patrem, l. milor 11. §. quæ propter 9. ff. ad leg. Jul. de adulter. Quod enim, si Juliam imitata adultera, non nisi plena nave vectorem admiserit; ut ea ratione filios ederet maritum ore vultuque representantes. Hocque facit, quod ubi & ex licito & ex turpi actu initium rei derivari potuit, in dubio pro actu licito & honestate præsumendum sit. Menochius lib. 2. de arbitrar. jud. casu 89. n. 20. & seqq. Andr. Gayl. libr. 2. obs. 97. n. 7.

9. Illud sua non caret difficultate, si mulier, anno luctus neglecto, brevi post conjugis obitum ad alia vota transiens, eo tempore enixa sit, quo & ex primo defuncto, & ex secundo marito concepisse potuisset, mense puta nono a morte viri, septimo vero a nuptiis contractis computando. Sunt enim quibus placuit, talem habendum esse utriusque mariti filium, ex utriusque alendum patrimonio, & ad hereditatem utriusque admittendum. Sunt & qui arbitrio proles tribuunt electionem, utrum defuncti, an superstitis haberi cupiat. Sed cum impossibilitatem prior involvat opinio, & ridiculum sit, atque naturæ repugnans, ut quis hunc, vel illum suo arbitratu haberet genitorem; aliis contra visum fuit partum talem neutrius mariti liberis ob incertitudinem accensendum esse, ac ab utriusque hereditate depellendum, arg. l. si fuerit 10. ff. de reb. dub. l. si quis ita 3. §. si duobus 7. ff. de adim. vel transi-

filium quoque, quem prius emancipaverat, vel alteri dederat in adoptionem, ipse rursus adoptare non sit prohibitus, *l. si pater. 41. l. qui liberatus 12. ff. b. t. l. Papinianus 8. §. si quis impubes 15. ff. de inst. testam.* aliter, quam in adoptivo receptum fuit, quem, si semel emancipando, vel alteri in adoptionem dando pater adoptivus de sua dimisisset potest, rursus adoptare non poterat, *l. adoptare 37. §. 1. ff. b. t.*

2. Hanc DD. dividerunt in plenam & minus plenam; plenam appellantes, qua patris potestati adoptantis adoptatus subditur: minus plenam, qua vel sola libertas adoptato tribuitur, veluti in servo per dominum adoptato; vel solum ius filii citra patris potestatis vinculum; dum filiusfamilias ab extraneo adoptatur, vel ex Principis rescripto mulier in liberorum amissionum solatium adoptat. *§. 2. 10. & ult. Inst. b. t.*

3. Sed convenientior legibus est ea, qua in adrogationem & adoptionem in specie distinguitur. Adrogatio est, qua paterfamilias pubes aut impubes expresse consensiens rescripto Principis in filium assumitur, *§. 1. Instit. b. t. l. in adoptionibus 5. l. nonnunquam 82. l. & si pubes 33. ff. b. t.* aut etiam in nepotem, *l. si adrogator 22. §. ult. ff. b. t.* cuius morem veterem, & nominis etymologiam habet Aulus Gellius *noct. Attic. lib. 5. cap. 19.* Ulpianus in *fragment. tit. de adoption. 8.* Gajus *l. 2. ff. b. t.* qui eam a rogatione fuisse dictam, & comitiis curiatis fieri solitam auctore populo; nec in impuberibus, sed solis vesticipibus (qui scilicet prætexta posita assumserant) habuisse locum, sed Imperatoris Antonini constitutione ad impuberes fuisse productam, tradunt *d. locis.* Adde Rævardum *lib. 5. variar. cap. 12.* dummodo adrogandi impuberes septennio majores essent, ut consensum, qui ante ætatem illam nullus creditur, interponere valerent, arg. *l. in adoptionibus 5. ff. b. t. junct. l. in sponsalibus 14. ff. de sponsalib.* atque insuper tutorum omnium, quotquot fuerint, intervenire auctoritas, *l. ult. C. de auctor. præstanda,* uti in minorum adrogatione curatorum consensum interponi, necesse fuit, *l. quod, n. 8. ff. b. t. l. ult. in fin. C. de auctor. præstanda.* Atque insuper pater adrogator caveret personæ publicæ, se bona impuberis restitutum illis, quibus deberetur, si adrogatio facta non fuisset, *§. 3. Inst. b. t. l. his verbis 19. ff. b. t.* qua tamen cautione omitta, utilis nihilominus in adrogationem actio supererat, *d. l. 19. §. 1. ff. b. t.* Quin &, ne lubrico ætatis circumscriberentur adrogatione damnosa impuberes, non modo plenior fuit adhibenda causæ cognitio, inquisitione facta, an causa adrogandi iusta satis & honesta esset, expediretque pupillo, *§. 3. Inst. b. t.* sed & ab eodem Antonino Pio, qui impuberum adrogationes primus induxerat, constitutum, ut emancipato intra pubertatem sine iusta causa, vel exheredato, imò generaliter adrogato impuberi, in quem non cadebat iusta causa exheredationis, aut emancipationis, pars quarta bonorum patris adrogatoris, quanti illa fuerint mortis tempore, relinqueretur, præter bona ipsius impuberis, adrogatori adrogationis iure quasita, *de §. 3. l. ult. ff. si quid in fraudem patroni; l. Papinianus 8. §. si quis impubes 15. ff. de inoff. testam.* Cuius etiam quartæ petitionem ad hæredes transmitt-

bat, facienda probabiliter exactione per conditionem ex lege; cum lex nova huius quartæ, tanquam æris alieni, persecutionem dederit, nec tamen certum expresserit actionis nomen, *l. si adrogator 22. ff. b. t. d. l. 8. §. 15. ff. de inoff. test. junct. l. unic. ff. de condit. ex lege.*

4. Quartam illam non esse legitimam partem portionis ab intestato debitz, ut veteres plerique voluerunt, & novissime censuerunt Vinnius ad *§. 3. Inst. b. t. num. 3.* Hubertus *comment. ad Inst. b. t. n. 6. in med.* sed magis omnium bonorum quartam, non inde tantum colligi potest, quod, ubicunque ejus mentio injicitur, simpliciter appelletur *quarta bonorum*, ac lege nuspam distinguente, nec nostrum sit distinguere: sed & ex eo manifestum est, quod, nisi ita statuamus, non tantum inutilis sit futura D. Pii constitutio (quippe in omnem eventum id tantum tribuens impuberibus adrogatis, quod & iis & aliis quibuscumque cujusvis ætatis adrogatis etiam ante D. Pii tempora erat debitum, quarta nempe legitima) sed & ipsis damnosa pupillis adrogatis; dum constat, puberes adrogatos, & non in legitima (qua tenerentur contenti esse) institutos; sed sine iusta causa exheredatos, querelam potuisse movere, & ita toto subverso adrogatoris testamento, ex jure, quod sub D. Pio receptum erat, sibi totam adrogatoris vindicare hæreditatem; quæ tamen querela impuberibus denegata, jussique quarta contenti esse, *d. l. 8. §. 15. ff. de inoff. testam.* Nisi ergo id incommodum pensatum dicatur commodo licet totius hæreditatis, & ita pupilli viderentur in eo melioris conditionis redditi, qui per constitutionem D. Pii quantum ad querelam deteriore, quam puberes, fuerant loco habiti, nullum omnino deprehendi posset principale beneficium. Neque id novum, ut ob peculiarem conditionem ejus, qui adoptabatur, major tribueretur portio, & quarta bonorum omnium: nam & ita uni ex tribus moribus seu filiis masculis ejusdem patris per alium adoptato olim jure singulari ex Senatusconsulto Sabiniano relinquenda fuit omnium bonorum quarta, uti patet ex *l. pen. §. qua autem 3. C. de adoption. §. sed ea omnia 14. Inst. de hereditat. qua ab intest. rejecta frigida Rævardi conjectura, & temeraria lectionis mutatione, quæ constans est in *d. l. pen. §. 3. C. b. t. d. §. 14. Inst. de hereditat. qua ab intest. & l. ult. in fin. C. de decurionibus.* Cujacius ad *d. l. ult. C. de decurionibus.* Dion Gothofredus ad *d. l. pen. §. 3. C. de adoption.* Vinnius ad *d. §. 14. n. 4.* Nec ratione caret, ut diversæ sententiæ opinantur auctores, quod magis adrogatis impuberibus, quam legitime natis deberetur omnium bonorum quarta. Et enim cum parris erga naturales & legitimos simul, naturali ex vinculo sanguinis, affectio quoque maxima præsumeretur, & inde votum ejus, ut hos haberet sibi hæredes, tanquam quibus ratio naturalis, quasi lex quædam tacita, parentum hæreditatem addiceret, & velut ad debitum vocaret successionem, *l. cum ratio 7. in princ. ff. de bonis damnat.* non ita leges hise putarunt prospiciendum esse, multum tribuentes & fidentes amoris & affectui paterno, progeniei suæ impuberi abunde prospecturæ. Ad ex adverso, in impuberem adrogatum nullam cadere adrogatoris ex naturali sanguinis nexu affectionem, palam est: & quia ex sola civili ra-*

tione, & adoptionis vinculo natus amor imminui facilius poterat ac refrigerare; nec impubes per ætatem vel obsequio prudenti, vel benemeritis sibi parare vel conservare poterat successionis plenioris sperem; atque inde expectandum erat, fore, ut quantum posset minimam portionem adrogato impuberi daret adrogator; jure optimo per Antoninum (qui & primitus induxit, impuberes adrogari posse, ut ex Ulpiani fragmentis *tit. de adopt. §. 5.* supra observatum est) impuberibus hsc prospectum fuit, ne sola legitima accepta dimitti possent, sed plenior, quam naturales, ex necessitate perciperent portionem; quæ & ideo non ex *judicio patris*, sed ex *principali providentia* ad eos dicitur pervenire, *l. si adrogator 22. §. 1. in fine ff. b. t.* Nec est, quod quis usque adeo absurdum arbitretur, meliorem ea ratione esse posse adscitiorum, quam naturalium liberorum conditionem, si simul existant. Nam, cum difficulter indulgere soleat Princeps adrogandi licentiam, liberis ex justo matrimonio progenitis superstitibus, ne horum sperem, quam obsequio sibi paraverant, diminuat, nisi gravissima urgente causa, *l. nec ei 17. §. præterea 3. ff. b. t.* iniquum non fuit, ut qua ratione Princeps induceretur ad permittendam adrogationem, ex eadem etiam aliquanto melioris conditionis esset adrogatus, quam naturalis: maxime si consideres, parenti, liberos habenti, per leges licere extraneo bene forsan merito relinquere dextrantem, jure novo bessem aut semissem totius hæreditatis, sola legitima liberis assignata.

5. Adoptio in specie est, qua filiusfamilias non contradicens, adeoque etiam infans, Imperio magistratus adoptatur, *§. 3. Inst. b. t. l. 5. & passim ff. b. t.* per eamque olim patris naturalis, potestati subductus in adoptantis familiam transibat ac potestatem. Sed jure novo non aliter, quam si ab aliquo ascendentium adoptatus fuerit, concurrente tunc in unum & naturali & civili adoptionis jure: cum alioquin jura patris naturalis, divino nexu copulata, per ludibrium & fictionem non viderentur evertenda: ut tamen ab extraneo adoptatus adoptivo patri intestato morienti succedat una cum liberis legitime natis, *§. 2. Inst. b. t. l. pen. §. 1. vers. sed si quidem C. b. t.* Fuit & adoptio quandoque testamento facta; Augustum enim a Julio Cæsare testamento adoptatum fuisse, testis est Suetonius in *Julio Cæsare cap. 83.* Sed minus propriam eam fuisse, vel inde manifestum est, quod patriam potestatem tribuere numquam potuerit, effectum demum habitura mortuo adoptante.

6. In utraque, tam adrogatione quam adoptione, requisitum fuit, ut adoptans plena pubertate, id est decem & octo annis, antecederet adoptatum: nec in universum esset ad generandum inhabilis, adoptione scilicet naturam imitante, *§. 4. & 9. Inst. b. t.* insuper sexagenario major esset, ac liberis careret aliis legitimo matrimonio progenitis; nisi aliud suaderent graves causæ, *l. si pater ff. 15. §. 9. l. nec ei 17. §. præterea 3. ff. b. t.* Communes etiam utriusque effectus sunt, quod dignitas adoptione augeri possit, plebejo forte per senatorem adoptato; ac numquam minui adoptato, nempe per plebejum senatore; & aucta duret, donec adoptio dissoluta fuerit, *l. in omni 13. t. per adoptionem 35. ff. b.*

7. Utraque præterea agnationis quidem jura conferantur, quæ consanguinitas dicitur in *l. si is 4. ff. b. t.* non tamen jura sanguinis aut cognationis naturalis, *l. qui in 23. ff. b. t.*

7. Sed de hoc patris potestatis introducendæ modo plus satis: cum neque nostris, neque gentium aliarum plerarumque moribus adoptio amplius inveniat frequentata; nec, si de facto interveniret, adoptivi hodie liberorum, sed magis alumnorum censerentur loco, etiamsi nominatim sic adoptati conciperentur, ut liberorum gauderent jure. Unde nec patri adoptivo ab intestato succedunt, nec liberorum veniunt appellatione: sive in privilegiis, sive in legibus municipalibus, sive in ultimis voluntatibus inveniat liberorum injecta mentio: maxime, cum nec Romani voluerint, eos liberorum appellatione comprehendendi, si de excusatione a tutela, aliisque muneribus publicis ob numerum liberorum, aut existentia conditionis *si sine liberis*, aut evitandis orbitatis poenis, questio esset, *pr. Inst. de excus. tutor. l. fideicommissum 76. ff. de condit. & demonstr. l. si ita 51. §. 5. ff. de legatis 2.* Tacitus *annal. lib. 15. cap. 19.* Gudelius *de jure noviss. lib. 1. c. 13. num. 15.* & seqq. Christinus *vol. 4. decis. 185. num. 4. 5.* Anton. Matthæus *paravia 1. num. 14.* Hugo Grotius *manud. lib. 1. cap. 6. num. 8.* Imbertus *enchirid. verb. filii adoptivi.* Petr. Gregor. Tholosan. *synt. jur. civ. lib. 10. cap. 6. num. 30.* Groenev. *tit. Inst. de adoption. Paulus Voet ad §. ult. Instit. de adoption. num. 3.* excepta forte Frisia, religiosissima illa Romani juris custode, in qua eam, utpote non abrogatam, etiamnum vigere, & jus succedendi ab intestato tribuere, exemplo hujus sæculi recente docet Huberus *ad Inst. b. t. num. ult.* nisi quis in facti specie illic proposita successionem adoptivo, non qua tali, sed qua fratris filio, & ita proximo agnato, delatam putat. Argumentum certe pro eo quod adoptio illic etiamnum obtineat, quia scilicet statutis Friscis non est abolita, debilius esse, a Gudelino evincitur. Cum ea ratione non modo adoptionem in locis plerisque aliis obtinere, defendi posset (quorum in statutis ut altum est de adoptione silentium, ita nullum de ejus abrogatione vestigium occurrit) sed & servitutum, manumissionum, & plurium actuum aliorum jura firmari; dum ea non inveniuntur expressa sanctione statutumque sublata. Quod, quantopere usui recepto moribusque gentium refragetur, in aperto est, vide Gudelium *d. lib. 1. cap. 15. num. 15. 16. 17.*

8. Per Gerutianiam adoptionis loco unionem prolium invaluisse constat; qua, consentientibus tutoribus & iis, quorum interest, auctore magistratu, pro regionis cujusque recepta consuetudine, diversorum matrimoniorum liberi æqualiter succedunt, ac si uno eodemque omnes essent matrimonio prognati. Rickius *de unionis prolium, Gail. lib. 2. observ. 125.* Justus Mayerus *colleg. Argentoratensi ad tit. de adoption. n. 67. & seqq.* Besoldus *de libat. juris ad Pandect. lib. 1. quest. 34.* Struvius *ad Pandect. b. t. num. 66.* eamque, licet penes nos minus frequentatam, non tamen in universum ignotam, aut vetitam esse, testis est D. Someren *de jure novæcar. sect. 3. cap. 1. n. 2.*

9. Dissolvitur patria potestas morte naturali patris

aut filit, ut & maxima, vel media capitis diminutione, pr. & §. 1. 3. *Inst. quib. mod. jus patr. potest. solvit.* non tamen relegatione, §. 2. *Instit. eod. tit. l. relegati 4. ff. de interd. & relegatis*; cum consequens est, ut nec nostrates banniti vulgo dicti, perdant patriam potestatem, aut ei subducantur, quippe quibus non tam deportationis, quam potius relegationis Romanæ effectus videntur applicandi cessante penes nos deportationis more jureque. Taldenus *tit. Cod. de bonis proscriptor.* Carpovius *pract. criminali part. 3. quast. 130. n. 13. 14. 52. 53.* Schneidevvinus *ad §. cum autem 1. Inst. quib. mod. jus patr. pot. solvit. num. 11. & seqq.* Rodenburch *de jure conjug. tit. 3. cap. 1. n. 16. in med.* Groenevvegen *ad tit. ff. de interd. & relegatis*, ut tamen Bannitos Imperii velint per Germaniam deportatis equiparandos. Gail. *lib. 2. de pace publica cap. 12. n. 1. & seqq.* Schneidevvinus *de loco*; quemadmodum & in Gallia tales deportatis comparatos esse, ait Rodenburch *de loco*. Neque id a nostris, ex contumacia bannitis cum publicatione bonorum, & ultimi supplicii comminatione, quos *Woerschallingen* appellamus, alienum puto, per ea, quæ habet Groenevvegen *ad l. 17. ff. de panis.* Ant. Matthæus *de criminibus lib. 43. tit. 20. cap. 3. n. 4. 5.*

10. Tollitur insuper hæc potestas jure quidem institutionum sola patriciatus dignitate, §. 4. *Inst. quib. mod. jus patr. pot. solvit. l. final. C. de consul. & non sparg. ab his per.* sed novissime omni illa, quæ ab oneribus curiæ liberare solet; idque respectu onerum, seu eorum, quæ ob jus potestatis gravia sunt liberis, at non commodorum intuitu: unde non obstante tali nexu dissolutione liberi manent hæredes sui, intacta servant familia jura, natiq; ex his nepotes post avi mortem in patris intermediis sic recidunt potestatem, ac si is non dignitate, sed morte patris sui juris fuisset factus, *novell. 81. cap. 1. 2.* Ceterum moribus hodiernis non sublatus hic modus, sed magis increvit; dum non illi tantum magistratus, qui toti provincie præsent, sed & urbium ac municipiorum prætores, duumviri vel quatuorviri, ac decuriones, censentur patriæ soluti potestate; vel quia auctus hodie decurionum honor; vel quia rarius ante 25. annum, adeoque ante ætatem illam, quæ per se laxat vinculum potestatis, decuriones fiunt. Ant. Matthæus *de auct. lib. 1. cap. 6. n. 10. lib. 2. cap. 5. n. 51. in fine.* Neque sola Episcopalis dignitas, sed & simplex Sacerdotium, dum quis in Ecclesia ministrum electus est, nexibus patriæ potestatis subducit: inconveniens quippe videri posset, eum, cui cura Ecclesiæ totius commissa est, quippe & pater spiritualis est factus, & commissi sibi fidelium gregis pastor, etiamnum paternæ subesse potestati. Et certe, si per nuptias quis sui juris fiat, dum creditus est habilis familiæ, cuius caput fit, regendæ, (ut post dicitur) utique nulla præcesserit in mores inquisitio; quidni longe magis suæ fieret potestatis, qui prævio rigidiore vitæ morumque examine dignus fuit iudicatus, cui provida molitum animarum cura demandaretur. Ne dicam, apud ipsos etiam Gentiles olim, id honori & venerationi Numinis fuisse datum, ut, qui flamines Diales, seu Jovis sacerdotes inaugurabantur, aut capiebantur virgines Vestales, hoc ipso solverentur nexu potestatis paternæ.

Uti præter Plutarchum, Gellium, Vartonem, & alios, testatur Ulpianus *in fragment. tit. qui in potest. mancip. sunt 10. in fine.* Gudelinus *de jure novis. libr. 1. cap. 13. prope fin.* Paulus Voet *ad §. 4. Inst. quib. mod. jus patr. pot. solvit. n. 5.* Adde tamen *tit. de ritu nupt. num. 11.*

11. Emancipatione quoque liberos volentes a parentibus, sponte id agentibus, non invictis, de manu ac potestate dimissos fuisse, constat; tum veteri jure, solemnibus legis adhibitis, de quibus Brissonius *antiquit. lib. 1. cap. 11. Ravardus ad l. 12. tab. cap. 3. in fin.* tum medio per rescriptum Principis ex constitutione Anastasii; cum denique novissimo, ex Justiniani præscripto sola magistratus auctoritate, §. 6. & seqq. *Inst. quib. mod. jus patr. pot. solvit. l. per. & ult. & tot. tit. C. de emancip. liberorum.* Qualis emancipandi modus nec hodie ignotus plane; dum patri licet apud magistratum, mixtum imperium habentem, profiteri se filium præsentem patriæ potestate & vinculis paternis solvere, rogareque judicem, ut is eum sui juris declaret, & hoc ipsum in acta referat, Imbertus *enchiridio Jur. Gallici*, verbis, *Gallorum filii an in patrum sint potestate circa fin.* Hugo Grotius *manuduct. ad Jur. pr. Holl. lib. 1. cap. 6. num. 10.* Desselius in notis ad Zoesium *tit. Inst. quibus mod. patr. potest. solvit. num. 11. circa med.*

12. Verum antacite videri possit facta emancipatio, quasi rebus ipsis & factis declarata emancipandi voluntate si filius, patre consentiente, seorsim a patre habitet, negotietur, sua agat, familiæve instituat, dubitatum est. Ignorante quidem & absente, aut invito patre si id fiat, potestatem patriam non dissolvit, expeditum arbitror. Si quis enim alteri ut patrifamilias mutuum crediderit, non vana simplicitate deceptus, sed quia is publice paterfamilias plerisque videbatur, sic agebat, sic contrahebat, muneribus sicungebatur, exceptione quidem Macedoniani non esse repellendum, Ulpianus tradidit; sed tamen talem nexibus patriæ potestatis emancipatio mansisse supponit, *l. si quis 3. ff. ad Senat. Macedon.* atque hinc, licet, patre filiove relegato, seorsim a patre filium habitare palam sit; quia tamen id non ex consensu profuit, seu sententia & damnationis necessitate, manet nihilominus illibatum patriæ potestatis jus, *l. relegati 4. ff. de interd. & relegat. §. 1. Inst. quib. mod. jus patr. pot. solvit.* Multoque magis, si pater testationem fecerit, se nolle, ut filius seorsim degat, vel ut ea ratione potestas solveretur. Argentæus *ad consuet. Brit. art. 500. gloss. 2.* Sed si hæc, patre sciente ac connivente consentienteque, fiant, dissolutam videri in dubio tali patientia patriam potestatem, verius est, arg. *l. 1. C. de patria potest. novell. Leonis 25. in fine*, et eo respectu arbitror Ulpianum in *l. ait prætor 2. §. 1. ff. quod. cum eo, qui in alien. potest. & l. 1. §. alienatio 4. ff. quando de pecul. act. annalis est*; dum utrobique casum ponit, quo filius vivo patre citra emancipationem desiit in potestate esse: nihil in contrarium faciente rescripto. Impp. in *l. non nudo 3. C. de emancip. liberor.* quo declaratum, non nudo consensu liberos patriæ potestate, sed acta solemniter vel casu liberari. Neque enim hæc exclusæ censi debet voluntas dissolvendi potestatem, factis ipsis declaranda, quippe quæ nuda non

est. Nisi eodem jure quis simul contendat, etiam incisione vel combustione tabularum testamenti consulto facta, testamentum non infirmari, contra notissima juris fundamenta, cum tamen aequè cautum sit, unde voluntate, aut revocatione non solemniter, vel concurrente decennii lapsu, apud acta coramve tribus testibus facta, irritum non constitui supremum elogium, *J. pen. inst. quib. mod. testam. infirm. l. sancimus 27. C. de testam.* Pari modo nec obest, quod in *J. filiusfam. 2. Inst. de oblig. qua ex quasi delicto*, filius seorsim a patre habitans praesupponitur etiamnum patria potestate devinctus, dum quaeritur, an pater ejus actione de peculio obstrictus sit, qualis inepta foret indagatio, si patris in filium jura habitatione separata perirent. Etenim nec illic de patris consensu in istam filii segregationem quicquam apparet; nec ulla in textu circumstantia est, quae de brevi tantum ac temporaria habitatione filii studiorum forte aut mercaturae vel artis addiscendae ergo separata, Justinianum accipi vetet. Quae ratione nostris quoque & aliorum moribus ita demum sejuncta filii a patre habitatione, per annum & diem continuata, potestas dirempta censebitur, si non studiorum causa abesse filium aut peregrinari manifestum sit, *Christinaus vol. 4. dec. 186. num. 11.* Hugo Grotius *manuduct. ad Jurisprud. H. l. lib. 1. cap. 6. num. 11.* Imbertus *enchirid. Jur. Gallici d. verbis, Gallorum filii an in patrum sint potestate*, Perezius *tit. C. ad Senatusconsult. Maced. num. 15. in fin.* Groenewegen *ad l. 3. C. de emancip. liberorum*; Berlichius *part. 2. conclus. practicae. 11. num. 23. & seqq.* Paulus Voet *ad J. ult. Inst. quib. mod. patr. potest. solvitur, num. 3. & 4. Abr. 2. Wesel ad novell. constitt. Ultraject. art. 15. numer. 21.* aliter tamen in Frisia judicatum refert Sande *lib. 2. tit. 7. defin. 6. Adde & tit. de ritu nupt. n. 11.*

15. Ceterum nec furore patris haec potestas tollitur, *l. pater 8. ff. de his, qui sui vel alien. juris. l. qui furere 20. ff. de statu homin. dixi tit. de his qui sui vel alieni juris*, neque simpliciter militia, sive armata, sive togata, dum advocatorum Ordini filius adscribitur; uti abunde peculii castrensis & quasi castrensis ratio demonstrat, Berlichius *dist. par. 2. conclus. 11. num. 53.* Mavivus *ad Jus Lubec. lib. 1. tit. 3. num. 21.* Schneidevvinus *ad J. si iurifamilias 4. Instit. quib. mod. patr. pot. fol. num. 5.* Heringius *de fidejussoribus cap. 7. num. 624.* neque nuptias filii filiaeve *l. 2. J. 1. l. quoniam 29. l. si cum dote 22. J. pen. ff. soluto matrimo. l. 1. J. ult. ff. de liberis exhibend. arg. J. 7. & 9. Instit. quib. mod. patr. potest. solvitur.* Sed in alia omnia iuvent gentium plerumque mores hodierni nuptiarum intuitu. Sive enim mulier viro nubat, ei tantum tutori suo per nuptias incipit subiecta esse, ac patris naturalis potestati subducitur; non satis recte in eandem personam concurrente patria simul & tutoria potestate; sive masculus minorennis, atque ita in sacris paternis constitutus, uxorem ducat, incipit esse paterfamilias, familiae novae caput ac princeps, quem alienae potestati subiectum manere, inconveniens visum fuit, dum uxorem liberosque separatos in suam ipse reciperet potestatem: quamquam hanc rationem Romani juris principis non convenire haud diffiteor. Nec intererit, utrum matrimonio du-

rante cum uxore liberisque patri cohabitaret, ab eoque alatur, nec ne: nisi nominatim separatam habitationem alicubi statuta requirant; ut de Pichonibus testatur Imbertus loco mox allegando: ad stipulantibus hac in parte ipsi quoque Frisiis, licet alioquin religiosissimis plerumque Romani juris custodibus. Et haec quantum ad ea, in quibus gravis est liberis ac onerosa potestas parentum; exemplo dissolutionis illius, quae per dignitatem contingit. Cui consequens est, ut, quibus in locis patri in bonis liberorum adventitiis ususfructus etiamnum quari solet, illic protinus ius illud extinctum parenti pereat. Sande *dec. Frisic. lib. 2. tit. 7. def. 5.* Argentreus *ad consuetud. Britann. art. 499. gloss. 2.* Hugo Grotius *manuduct. lib. 1. c. 6. num. 9.* Lambert. Goris *adversar. tract. 4. J. 8.* Christinaus *vol. 4. dec. 185. num. 7.* Gudelinus *de jure noviss. lib. 1. cap. 13. circa fin.* Groenewegen *ad J. ult. Instit. de patria potestate*, Imbertus *enchirid. juris Gallici, d. verbis, Gallorum filii &c. post med.* Pinellus *ad lib. 1. C. de bonis maternis part. 1. num. 34.* Charondas, *en ses memorables observations*, verbo *enfants in pr. Boerius dec. 197. num. 3. & 5.* Meyerus *colleg. Argentorat. ad Pand. b. tit. num. 1068.* Berlichius *part. 2. conclus. pract. 11. n. 31. & seqq.* Parens p. mem. Paulus Voet *ad J. ult. Inst. quib. mod. patr. potestas solvitur, num. ult. post med.*

14. Quod si directum fuerit matrimonii vinculum eo tempore, quo necdum superstes implevit aetatem, solvendae potestati patris per statuta definitam; plures quidem reviviscere ius patris in talem, praesertim viduum, opinati sunt, quia ea nunquam suae potestatis per nuptias facta, aut ad se suaeque defendenda habilis iudicata fuit, sed tantum personae alteri, quam cui prius subiecta erat, inceptit subesse; quo defensore cum nunc destituta sit, rationi naturali conveniens videbatur, ut in patris, vel qua talis, vel saltem qua tutoris legitimi, potestatem relaberetur, & ejus regeatur auctoritate, quae ejus adhuc aetatis est, ut vel se, vel sua saltem negotia non possit satis apte tueri, arg. *princ. Instit. de curat. pibus, J. pen. Instit. de Astil. tutore*, sic censent Gilkenius, Chassaneus, Ant. Thesaurus, & alii allegati apud Sandium *dec. Frisic. lib. 2. tit. 7. defin. 5. post med. vers. restat ut moneamus*, Berlichius *part. 2. concl. 11. numer. 52.* Verius tamen, ubi statuta nihil in hac parte definiunt, viduum neque in patriam, neque in tutoriam recidere potestatem; cum enim utraque semel legitimo sit extincta modo, patria quidem per nuptias subsecutas, tutoria vero simulque maritalis per mortem mariti; & quod jure finitum est, non nisi certis modis a lege praefinitis posse de novo instaurari, ratio dicet; injustum foret, invitam sine lege in patriam redigi potestatem, in quam nisi nova adoptione nec honeste quidem ac salva apud viros graves extimatione reverti potest, *l. ult. ff. de his, qui sui vel alien. jur. l. qui liberatus 12. ff. de adoption. facit huc arg. l. fructus 8. C. de sentent. passis & restitutis & inter stipulantem 83. J. sacram. 5. vers. nec revocatur ff. de verbor. oblig. injustius, invitam ad id adigi, ut in locum tutoris, cui se sponte ac volens per nuptias submitit, recipiat alium nec pari genio, nec pari potestate & affectione maritali munum, arg. l. qui res 98. J. aream 8. vers. nec*

admissum, ff. de solutionibus, Christinaus ad Leg. Mechliniens. tit. 9. art. 1. num. 10. Boerius dec. 197. num. 4. Mævius ad jus Lubecens. lib. 1. tit. 5. num. 26. Berlichius & Sande dd. locis, Argentæus ad consuet. Britann. art. 410. gloss. 1. num. 5. Brower de iure consubiorum lib. 1. Cap. 16. num. 5. Wesel ad novell. constit. Ultraject. art. 13. num. 19. 20. Paulus Voet d. loco, Tiraquellus de legib. consubial. gloss. 3. ad verba, & n'est plus en pouvoir de son pere; ubi Chassanai argumenta refellit. Confer tamen tit. de ritu nuptiar. num. 17.

15. Quamvis vero neque majorennitas, neque ulla filiorum ætas apud Romanos patriam diremerit potestatem, cum id nuptiam inveniatur traditum, & vel ex dignitatibus, quæ non nisi majorennibus decernenda erant, l. 8. ff. de muner. & honoribus, & tamen filiisfamilias delatæ frequenter, abunde constet; tamen & hic gentium plerarumque consensus in contrarium conspirasse visus est; dum passim ferre, uti majorennitate, atque adeo anno quinto & vicesimo completo tutoria potestas evanescit ipso jure, ita & patria, Imbertus enchirid. Jur. Gallici, d. verbis, Gallorum filii &c. post med. Gudelinus de jure novit. lib. 1. cap. 13. in fine, Christinaus vol. 4. dec. 186. num. 9. Groenewegen ad tit. Instit. quib. mod. potest. solvit. num. 3. 4. nisi quod nonnullis in locis præter ætatem majorem separatæ insuper habitationis concursus desideretur, Berlichius part. 2. conclus. præctica lib. 1. numer. 27. Argentæus ad consuet. Britann. artic. 500. gloss. num. 1. 2. ubi plures similes leges Galliarum municipales.

TITULUS VIII.

De rerum divisione & qualitate.

SUMMARIA.

1. Proponitur summa rerum divisio.
2. Confundi aliquando res publicæ & communes.
3. Quid proprie sint res jure gentium communes, & quotuplices?
4. An in littore edificare liceat, sine impetrata auctoritate publica?
5. Quid sint res sacræ?
6. Non illa convertende in usus profanos, nec alienanda nisi certis in casibus: desinunt tamen sacræ esse, vel lege publica, vel dum per hostes capte sunt.
7. Quid sint res sanctæ; quæ pana violentium legatorum aut muris urbis?
8. Quid res publica, & quid cuique liceat in publicis fluminibus?
9. An in ripa fluminis publici, vel in ipso flumine publico quilibet edificare possit, sic ut edificata edificanti cedant, per distinctionem explicatur, & quid nostris moribus liceat in publicis fluminibus?
10. Quid sint res universitatis?
11. Altera divisio proponitur, quæ res sunt corporales vel incorporales; illa mobiles, immobiles, & sere moventes. Navigia, molendina, an mobilia sint?
12. Aliquando res fungibiles, quæ tales, in jure opponi corporibus.
13. Quandoque mobilia quantum ad effectus juris pro immobilibus haberi; quod fit in servis adscri-

ptiis, fructibus pendentibus, metallis, lapidibus, arboribus, necdum ruti aut casis.

14. Id aliquando etiam fieri per destinationem patrisfamilias, & per specialem legem.
15. An immobilis ceteri debeat pecunia, emptioni prædiorum a domino destinata?
16. An immobile sit pretium, ex rebus immobilibus redactum?
17. Quæ alia in specie sint mobilia, quæ immobilia, remissio.
18. Res incorporales moribus hodiernis vel ad mobilia, vel ad immobilia reduci.
19. Hæreditas nec ad mobilia, nec ad immobilia satis reduci potest; sed singula res hæreditaria consideranda sunt.
20. Serviis prædiales sunt immobiles, personales vero aliquando mobiles, aliquando immobiles.
21. Actiones omnes in personam sunt mobiles, ut & actiones in rem pro re mobili; at actiones in rem pro re immobili immobiles sunt.
22. Reditus annui quorum dies jam cessit, & pensiones rerum locatarum, quarum iidem cessit dies, sunt mobiles, etsi prædia elocata sint, aut jus ipsum reddituum exigendorum immobilibus accenseatur.
23. Jus ipsum exigendi annuos redditus, latius sumpto reddituum vocabulo, immobile est; ut jus pedagii, pontorii, portorii, redditus venationis, salinarum, metallorum, & sinitium, quæ regaliū minorum appellatione veniunt.
24. Reditus stricti & in specie accepti, sunt vel mere personales, vel mere reales, vel mixti.
25. Reditus mere reales immobiles sunt, paucis locis exceptis.
26. Mixti redditus in Hollandia mobiles sunt; alibi frequentius pro immobilibus habentur.
27. Debita usuraria immobilium rerum hypothecis munita, mobilia sunt, etsi in quibusdam immobilium naturam imitentur.
28. Reditus & sortis, quas ex suis cautionibus debet fiscus, respublica, civitates, cives, pagi, collegia alia stabilia, mobilibus potius, quam immobilibus adnumerari debent, refutatis argumentis contrariis.
29. Incorporalia adhuc hodie variis in casibus considerantur ut species a mobilibus & immobilibus distincta.
30. Quid interit inter mobilia & immobilia? & an actiones consentant esse in loco domicilii debitoris, an creditoris?

1. **U**TI personarum, ita & rerum consideranda veniunt divisiones & qualitates, ut inter personas de rebus jus dici commode possit. Justinianus quidem res omnes vel jure gentium communes esse ait, vel publicas, vel universitatis, vel nullius, vel singulorum, pr. & ff. seqq. Inst. b. t. Quo redeunt tandem bimbembes cum suis speciebus subjunctis partitiones; dum vel nullius esse dicuntur, vel alicujus. Res nullius iterum vel humani, vel divini juris. Humani juris & nullius sunt ea, quæ jure gentium dicuntur communia. Divini juris res aut proprie tales dicebantur, puta, sacræ & religiosæ; vel per analogiam quandam, ut sanctæ. Res alicujus vel in publico plurium, vel in privato sin-

gatorum erant dominio. In publicis res publicæ vel universitatis; in privato res singulorum dominorum moderamini ac arbitrio subjectæ.

2. Non hic occupabor disputatione prolixa, an res publicæ distinguenda veniant a rebus jure gentium communibus, an non ipsæ res, jure gentium communes vulgo dictæ, re ipsa sint publicæ; sic ut aliæ concipiantur jure naturali publicæ; aliæ ex adverso publicæ jure civili. Quem in finem ex probatis auctoribus varia erudite congesta vide apud D. Noëd *probabil. lib. 1. c. 7. & 8.* Jurisconsultos etenim nostros, rebus plerumque magis intentos, quam dictis, sæpius res diversis, ac oppositis speciei vulgo applicitis designasse denominationibus, nemo, nisi in jure plane hospes, ignorare potest. Rupti irritique testamenti distinctionem proprie loquendo servatam esse, docet *J. hoc autem 5. Instit. quib. mod. testam. infirm.* sæpius tamen ruptum jurisconsulti appellari, quod vere est irritum, ac vice versa, in eodem *J. 5.* asseritur: Et qui nescit, stuprum proprie in virginem viduamve committi, in nuptam adulterium? Lege tamen Julia promiscue hæc & abusive fuisse usurpata nomina, Papinianus monet *l. inter liberos 6. J. 1. ff. ad leg. Jul. de adult.* Nec minus jus gentium discretum a naturali jure, juris tamen naturalis appellatione venire, constat ex *J. 11. Instit. de rer. divis.* &, ut mittam alia, sub publicis Gajus haud veritus est comprehendere quæque res universitatis, licet proprie a publicis diversas, *l. 1. in fin. pr. ff. b. t. junct. l. eum, qui 16. ff. de verb. signif.* Quid ergo mirum, si & res, quæ Justiniano, quæ Marciano jure gentium communes dictæ in *pr. & J. 1. Instit. b. t. & l. quedam 2. ff. b. t.* quarumque usus jure gentium communis est, *l. littora 3. J. 1. ff. ne quid in loco publ. fiat*, alibi apud Scriptores & jurisconsultos publicorum nomine denotatæ sint; ac publicum fieri dicatur, quod a mari occupatum est, *l. pen. ff. b. t. publicusque jure gentium maris & litorum usus, J. littorum Instit. b. t.*

3. Ne ergo de nominibus supersit disputatio; jure gentium communes cum Justiniano voco res, quæ usu sunt omnium, proprietate nullius, cedunt tamen primo occupanti: nullius enim in potestatem talia redacta sunt, eo quod omnibus visa sufficere, etsi inde quisque occuparet, quantum sibi sufficit: hinc & primo cedunt occupanti, quisquis ille fuerit, eo quod cunctis mortalibus æquale jus in ea ex largitione divina comparatum est. Non tamen ita, ut in universum occupari a privatis possint, sed vel quantum ad aliquam sui partem, vel quantum ad quasdam ex genere species. Posterioris generis sunt feræ, bestię, volucres, pisces, in mari vel littore natæ gemmæ, lapilli, & alia, quæ tanquam occupationis objecta latius tractanda erunt: *ut. de acq. rer. domin.* Prioris vero generis sunt aer, aqua profuens, mare, & per hoc littora maris. Qua ratione quivis in littore marique ædificare potest, sic ut non ædificata tantum, sed & pars ea maris littorisve, quæ ædificando occupata fuit, in privato incipiat esse ædificantis dominio, ac tandiu maneat, donec quod extructum est destructum fuerit; quippe ex quo tempore in pristinam littus conditionem revertitur, dummodo id caveat ædificans, ne vel publico usui noceat, vel constitutis in vicinia privatorum villis & ædificiis aut monu-

mentis, *J. 1. Instit. b. t. l. quedam 2. J. 1. l. nomo 4. l. 5. J. 1. l. 6. in princ. ff. b. t. l. prætor ait 2. J. adversus eum 8. l. littora 3. J. 1. l. 4. ff. ne quid in loco publ. fiat, l. ergo 30. J. ult. ff. de acquir. rer. domin.* Qualis læsio cum a piratis similibusque immineat, arceri tales usumque littorum ipsis impediri, juri naturali conveniens est. Ut enim Præsidi bono congruit, demandatam sibi provinciam conservare quietam pacatamque, purgando eandem malis hominibus, *l. præses 3. l. congruit 13. ff. de offic. præsidis*; ita quoque populi Romani fuit ad littora sua appulsum denegare nocituris & turbaturis accolarum quietem. Nec alio sensu Celsum in *l. littora 3. ff. ne quid in loc. publ. fiat*, scripsisse arbitror, littora, in qua populus Romanus imperium habet populi Romani esse, quam quod in littora illa, quibus æque ac Oceano Romana terminabatur potestas, & a gentium aliarum terris separabatur; hanc jurisdictionis speciem populus exercuerit; sic ut dominium, quod ajunt, superioritatis, non proprietatis, ei Celsus tribuerit; eo modo, quo sibi Antoninus Mundi adrogavit dominium in *l. 9. ff. de lege Rhod. de jactu.*

4. Neque ad id, ut licite quis in mari vel littore ædificaret, necessitatis absolutæ fuit, decretum prætoris aut Principis imperasset; si modo nulli noceretur. Hinc leges simpliciter id licere dicunt, & ædificata continuo ædificantis fieri, addita ratione: quia id, quod nullius est, occupantis fit, *l. ergo 30. J. ult. ff. de acquir. rer. domin. l. littora 3. J. 1. l. 4. ff. ne quid in loco publ. J. 1. Instit. b. t.* adeo ut etiam tuendus dicatur, qui in littore ædificat, vel molem in mare jacit; nec aliter interdicto, ne quid in loco publico fiat, impediendus sit, quam si appareat, eum vel alteri privato, vel publico nocere, *l. 2. J. et tam 2. J. ad ea igitur 5. J. adversus eum 8. l. littora 3. J. 1. l. 4. ff. ne quid in loco publ. fiat*; imo nec novi operis nunciacione ullus prohibendi jus habeat, nisi ad id, uti sibi damni infecti nomine caveatur, *l. 1. J. quod si quis in mare 16. ff. de operis novi nunciat.* Quin tamen prudentiæ fuerit, veniam ædificandi in littore impetrasse, dubium non est: ne forte quis, quasi publico, vel tertio privato præjudicasset, juberetur destruere, vel in opere cæpto pergere vetaretur, quasi cum aliorum detrimento extructurus, *l. quamvis 50. ff. de acquir. rer. domin.* atque adeo verum quidem erit, licite in littore marique eum struere, qui publice, id est, auctoritate publica impetrata, exstruit, juxta *l. fluminum 24. in princ. ff. de damno infecto.* sed tamen nec peccaverit, qui privatim extruxerit; id est, privata auctoritate, *d. l. 24. vers. ad ea*, nec aliud interest inter hæc duo, utrum publice quis, an privatim in littore ædificaverit, quam quod publice opus faciens de operis quidem vitio cavere teneatur iis, quorum interest, de damno infecto; at non de vitio soli, sed magis Princeps, vel in provincia præses adeundus sit, qui publica auctoritate ædificare permisit, ut impediat ædificationem in solo tali, ex cuius vitio, ob opus extruendum, damnum imminet: cum ex adverso is, qui privata ædificat auctoritate in littore, non de operis tantum, sed & de soli vitio teneatur cavere, qui sensus *d. l. 14. ff. de damno infecto.*

5. Inter res nullius sed divini juris, occurrunt

primo loco sacra, quæ rite per Pontificem, vel Principem Deo consecrata sunt, atque ita auctoritate publica ab usu profano ad pium translata, *l. sacra loca* 9. pr. & §. 1. ff. b. t. §. sacra 8. Inst. b. t. l. ult. ff. ut in possess. legat. etc. Sola proinde dedicatione privata sacrum non fit, *d. §. 8. l. in tantum* 6. §. sacra 3. ff. b. t. multoque minus solo voventis voto, *l. si quis* 2. ff. de pollicitat. Talia erant donaria sacra, vestes, vasa, aliaque *l. sancimus* 21. C. de sacrosanct. eccles. adde quoque sacra; quibus tamen dirutis, fundus sacer manet, religionis prærogativa, *d. §. 8. d. l. 6. §. 3. ff. b. t.* licet aliud in littore post casam illic positam iterumque destructam obtineat, deficiente cultus sacri favore, *d. l. in tantum* 6. pr. ff. b. t.

6. Quamvis autem sacra non sint profananda, neque regulariter usibus eximenda piis; utcumque superstitioso destinata divini cultus exercitio; sed magis, errore ac superstitione remota, in alios pariles ficitos Numinis divini cultus convertenda, arg. *l. legatum* 16. ff. de usu & usufr. legat. &, si acquisita uni ecclesiæ bona, superflua appareant, applicanda sint usibus ecclesiæ indigentioris, Consult. Jctorum Holl. part. 4. consil. 366. 367. quibusdam tamen modis sacra esse desinebant apud Romanos; dum vel lege publica id injungebatur, *l. inter stipulam* 83. sacrum 5. vers. nec revocantur ff. de verb. oblig. vel per hostes res tales capiebantur; eo quod inter Gentiles non erat illa sacrorum communio, sed alii alia agnoscebant sacra, cultum alium, alioque Deos tutelares; ut tamen recuperata postliminii jure in pristinum reverterentur consecratorum conditionem, *l. omnia loca* 5. C. de paganis, *l. cum loca* 36. ff. de relig. vel denique iustis ex causis alienabantur, puta, ad redemptionem captivorum, alimoniam pauperum, æs alienum ecclesiæ exsolvendum, aut ut rei, quæ ecclesiæ inutilis est, permutatio fiat cum alia utiliore, *l. sancimus* 21. & auth. præterea C. de sacrosanct. eccles. novell. 7. cap. 2. §. 1. extra quas causas per alienationem in rerum profanarum catalogum res sacras transcribi prohibitum; quo etiam sensu nec æstimationem videbantur recipere, *l. sacra loca* 9. §. ult. ff. b. t. in quantum pretio res omnes æstimandæ sunt, pretium autem esse nequit, ubi venditio interdicta est. Quod enim in *l. banc legem* 22. 23. 24. ff. de contr. emt. dicitur loci sacri venditionem subsistere, si non specialiter locus sacer venierit, sed venditioni majoris partis accesserit; non eo pertinet, ut ex sacro profanus fieret; non magis, quam fundo venditor sepulchrum in eo existens desinit religiosum esse; sed potius, ut eodem jure & qualitate tum sacer, tum religiosus locus fundo vendito accedens, penes emptorem in posterum esset, quo fuerat ante penes venditorem. Ceterum quæ forma, quibus solemnibus, urgente necessitate vel utilitate evidente, res ecclesiasticas nunc alienari moris sit, alibi monendum erit. Quemadmodum & de religiosis dicetur latius *tit. de relig. & sum. funer.*

7. Sanctæ res (non proprie, sed per analogiam, & quodammodo, ut Imperator loquitur, divini juris, ac nullius in bonis habitæ) dicuntur, quæ ab injuriis hominum defensæ ac munitæ sunt, sive a sanctione, sive a sanguinibus nomen adeptæ sint, ut videre est in §. sancta 10. Instit. de rerum divi. l.

sanctum 8. pr. & §. 1. ff. b. t. huc reducuntur legati, de quorum non violando jure, & violentium punitione, sive ipsi, sive comites eorum laici sunt, Pomponius in *l. ult. ff. de legationibus*, & Ulpianus in *lege Julia* 7. ff. ad leg. Jul. de vi publ. & ego superius in *tit. de just. & jure*. Huc & muri portæque pertinent, non urbis tantum Roma, sed & municipiorum, capitali poena in violatores constituta *l. sanctum* 8. §. ult. l. ult. ff. b. t. d. §. sancta 10. Instit. b. t. l. desertorem 3. §. nec non 17. ff. de re militari, quæ an tantum belli, an vero & pacis tempore obtinere debeat; an in militibus solis, an vero in paganis quoque; an tantum in limitaneis, an & aliis in urbibus, & quæ hujus sunt generis alia, discussi latius libello de jure militari cap. 4. num. 29. & seqq. ad num. 38.

8. Publicas res quod attinet, quæ scilicet domini jure ad totum populum pertinent, illa a jure gentium communibus separationem recipiunt; quod publica a populo jam occupata in dominio esse ceperint; communes non item, sed adhuc occupandæ, tanquam nullius, *l. ergo* 30. §. ult. ff. de acquir. rer. domin. nam, ut Neratius in *l. quod in littore* 14. ff. de acquir. rer. domin. littora publica non ita sunt, ut ea, quæ in patrimonio sunt populi, sed ut ea, quæ primum a natura prodita sunt, & in nullius adhuc dominium pervenerunt. Adscribuntur autem publicis hisce flumina perennia & portus, §. 2. Instit. b. t. l. nemo 4. §. 1. ff. b. t. l. 1. fluminum 3. ff. de fluminibus, & quia horum communis est usus, sicut viarum publicarum, & littorum, & riparum, hinc cuilibet in illis navigare licet & piscari, §. 2. 4. 5. Instit. b. t. l. 5. ff. b. t. aquam insuper inde haurire, quin & ducere, quoties in usu publico aqua non est, dum neque flumen navigabile est, neque ex eo aliud navigabile fit, *l. quo minus* 2. ff. de fluminibus.

9. An autem in flumine publico cuivis edificare licuerit jure Romano, sic ut ædificata cesserint edificanti, non satis expeditum est. Sunt qui id omnibus concedunt, publica accedente auctoritate, censescentes idem in fluminibus, quod in mari vel littore obtinere quantum ad inædificata; ducti arg. *l. fluminum* 24. ff. de damno infecto. Magis tamen distinctione rem puto terminandam. Aut enim de illis quæstio est, qui prope illam fluminis partem prædia, & per hoc ripas possident; aut de aliis, nullum in adjacentes flumini agros ripasque jus habentibus. Priores quod attinet, permissum ipsis est etiam auctoritate privata extruere in flumine ripæ ejus quicquid agro ripæ adversus impetum & edacitatem fluminis munienda aptum videbitur, sic ut & operis extructi domini fiant; dummodo neque vicinis superioribus aut inferioribus, neque e regione prædia habentibus noceant, eumque in finem de opere faciendo his caveant damni infecti nomine, *l. unic. ff. de ripa munienda* l. 1. §. 6. 7. ff. ne quid in flumine publ. fiat, quo aliter aqua fluat, &c. Neque publico obsint usui, quo pejus navigetur, aut aliter aqua fluat, quam fluxit ante, *tit. ff. de flumin. ne quid in flum. publ. fiat, quo pejus navig. tot. tit. ff. ne quid in flum. publ. fiat, quo aliter aqua fluat* &c. Et quia dubium nulli esse potest, quin pontibus strato flumine, detector efficiatur navigantibus publici fluminis usus;

hinc ne is quidem, qui in utraque fluminis publici ripa domos habebat, *pontem privati juris* extruere potuit, *l. adi. ff. de fluminibus*. Pontem scilicet *privati juris* appellat Ictus, ex eo, quod in usum, & commodum privatum istarum adium comparatus erat: ita enim etiam privati juris dicitur, quod est in dominio vel usu privati, *l. servitutibus 14. §. servitus 1. ff. de servitutibus*. nam ut loco *privati juris* legatur *privato jure*, nulla vel ratio suadet, vel juris necessitas, plana satis ac perspicua apparet Scavolæ in verbis retentis sententia. Posteriores quod attinet, qui scilicet nulla prope ripam prædia possident, nullo patem modo his de jure permissum esse, ut in flumine publico auctoritate privata ædificarent, aut ædificatorum efficerentur domini: cum enim ædificata solo cedant, quoties soli dominus appareat; magis est, ut ædificata cæcra sint illis, qui prope ripam prædia possident non limitata; quippe ad quos uti ripa pertinet, & quæ per alios ripæ inædificata sunt, *l. qui autem 35. ff. de acquir. rer. domin.* (ad distinctionem eorum, quæ in littore ædificata erant, *l. quod in littore 14. ff. eod. tit.*) ita & jure domini fundus fluminis pertinere videtur, quatenus saltem desit aquis tectus esse, & incipit alvei fluminis officium præstare, quod non minus per inædificationem contingit, aqua propter inædificationem illac non defluente, quam per insulæ nativitatem, aut alvei totius desertionem. Ut ergo insula in flumine nata cedit iis, qui prope ripam prædia tenent; ita quoque inædificata in flumine iisdem cedere rationis est. Ab insula certe in flumine nata ad ædificata in flumine argumentum recte duci, Labeo monet in *l. pen. §. ult. ff. de acquir. rer. domin.* Si, inquit, id quod in publico natum aut ædificatum est, publicum est, insula quoque, quæ in flumine publico nata est, publica esse debet. Non quod hac fuerit jurisconsulti opinio, vel insulam vel inædificata regulariter publico cedere; (contra enim de insula jam definierat in eadem *l. penult. §. 1. a. 3.*) sed quod innatorum & inædificatorum parem crediderit esse conditionem. Sed dices, quorum ergo spectat illa Ulpiani inter ædificata in flumine publico & via publica & littore comparatio & exæquatio, dum in *d. l. Fluminum 24. ff. de damno infect.* ait: *fluminum publicorum communis est usus, sicuti viarum publicarum & littorum, in his igitur publice licet cuilibet ædificare et destruere*. Quibus consequens videri posset, ut, quemadmodum littori inædificata cedunt ædicatori, secundum ante dicta, ita & extructa in flumine publico domini jure acquirantur extruenti *civilibus* sine distinctione, an prope ripam prædia possideret, nec ne. Verum penitus attendenti patebit, juris analogiam non pati, ut comparationem istam extendamus ultra flumina, quibus agri adjacent limitati, in quibus ut alluvio non cedit prædia prope ripam habentibus, *l. in agris 16. ff. de acquir. rer. domin.* ita nec insula illic nata, vel quæ sunt inædificata, vel alveus a flumine desertus; sed quemadmodum in mari nata insula, & ex pari ratione pars maris inædificatione occupata, præterius jure domini occupanti acquiritur; ita & de insulis in flumine natis ante agros limitatos, & ex paritate rationis de inædificatis, id obtinuit, ut occupantis aut extruents fierent, teste eodem Ulpiano in *l. 1.*

§. si insula 6. ff. de fluminibus. Manet ergo firmum, ædificata in flumine ante agros aliorum non limitatos cedere agrorum dominis; extructa vero ante limitatos fundos propria fieri ædificantis una cum illa alvei parte, quæ ædificatione occupata est; modo scilicet neque privato neque publico noceatur: quem in finem veniam extruendi impetrari, & ita publice extrui juxta *d. l. 24. ff. de damno infecto*, consultum fuerit; uti ante latus de ædificatione in littore marique dictum. Ceterum, quia moribus nostris, & aliarum gentium maris littora, & flumina Regalibus seu Domaniis Principum adnumerantur, *lib. 2. feudorum tit. 56.* non ita si navigationem & ejus sequelas excipias, communis omnibus usus est, neque piscari retibus in flumine cuique licet, multoque minus extra ripæ munitionem ædificare in fundo fluminis aut in maris littore, aut aquam ducere ex flumine, aut extruere molendina, nisi nominatim id a Principe, vel eo, cui demandata dominionum cura, concessum fuerit; sic ut illa veniæ impetratio, quæ ex jure Romano prudentiæ erat, nunc absolutæ necessitatis sit, Gudelini de jure noviss. *lib. 5. cap. 3. vers. quæ in prædicto, seu num. 5. Vultejus de feudis lib. 1. cap. 5. num. 7. Hugo Grotius manu ducit. lib. 2. cap. 1. num. 15. et seqq. Groenewegen ad §. 2. Inst. de rer. divir. Paulus Voet ad §. 1. Instit. eod. tit. num. 7. et ad §. 2. n. 2. et 4. et ad §. 4. num. ult.* ibique plures citati.

10. Universitatis res sunt, quæ jure domini ad universitatem, puta, oppidum, vicum, pagum, corpus pertinent; quæ non sunt singulorum, ut variis argumentis docet Ictus in *l. in tantum 6. §. 1. ff. b. 1. l. sicut 7. §. 1. ff. quod cuiusque universitatis nomine &c.* De quibus plura *d. tit. quod cuiusque universitatis nomine vel contra eam agatur*.

11. Altera rerum divisio est, quod vel corporales sunt vel incorporeales. Illæ, quæ sua natura tangi possunt, hæ, quæ tangi nequeunt, & in jure consistunt, ut servitutes, hereditates, nomina &c. Corporalium tres sunt species, aliæ enim mobiles sunt, veluti supellex; ut & ea, quæ, licet gravia, sic tamen comparata sunt, ut moveri possint; veluti, horrea mobilia, *l. Titius horreum 60. ff. de acquir. rer. domin.* naves utcumque amplissimæ, *l. 1. §. 6. Et 7. ff. de vi et vi armata, l. vi facti 20. §. pen. ff. quod vi aut clam;* & harum exemplo molendina aquatilia ex anchora stantia, non terræ affixa, ut & plaustis imponi solita molendina castrensia, *l. dolia 26. §. 1. ff. de instrum. vel instrum. legato. Tyraquelus de retractu genitil. §. 1. gloss. 7. num. 92. Argentarius ad consens. Britann. art. 403. gloss. 2. n. 1. in f. Et 2. in princ. Berlichias concus. præf. part. 3. conclus. 30. n. 10. Carpovius desin. for. part. 3. constit. 24. defin. 8. Parens p. mem. Paulus Voet de mobilibus & immobilibus. cap. 15. num. 7. Et 8. aliæ immobiles, ut prædia; aliæ sese moventes, ut servi & animalia: ut tamen sese moventia sub mobilibus sæpe comprehenduntur; quoties leges, simpliciter inter mobilia & immobilia distinctione facta, quid definiunt, veluti in tempore usucapionibus implendis præfinito, *pr. Instit. de usucapion. l. ult. Cod. de longi temp. præscripte. tit. Instit. de reb. corporal. Et incorporal. l. 1. §. 1. ff. b. r.**

12. Infrequens interim in jure non est, ut res

fungibiles pondere, numero vel mensura constantes, ac revera corporales, corporibus ipsis opponantur, in quantum in hujusmodi rebus fungibilibus, quae talibus, non corpora considerantur, sed quantitates, *l. talis scriptura* 30. *pr. ff. de legatis* 1. *l. si is, cui* 94. *§. si autem* 1. *ff. de solutione* 1. *l. si pene* 19. *§. si falso* 2. *ff. de condit. indeb.* uti ex adverso corpora dicuntur, quoties in iis non principaliter ponderis, mensurae, numerus habetur ratio, *l. si servus legatus* 108. *§. qui quinque* 10. *ff. de legat.* 2. *l. 1. §. sed et si* 7. *ff. de dote prelegat.* d. *l. 2. l. 1. §. scriptura* 30. *§. pen. ff. de legat.* 1.

13. Nec minus subinde fit, ut quae res natura mobilis est, pro immobili habeatur, dum rei immobilis pars & accessio esse creditur. Servi vere mobiles, si per se ceaseantur, & ex natura sua; tamen, si fundo adscripti sint, jure fundi ut res immobiles aestimantur, desinuntque ex sua propria censi rei natura, arg. *leg. Quemadmodum originarios* 7. *et leg.* 11. *Cod. de agricol. et censit.* *leg. longa* 3. *ff. de divers. temp. praecrip.* fructus praediorum mobiles esse naturalis ratio dicitur, & a Trajano rescriptum 1. *ult. §. 1. 2. ff. de requir. reis, leg. fundi* 17. *§. sed et 1. ff. de action. emt.* hos tamen etiamnum pendentes, tanquam fundi partes considerari, & ideo immobilium jure censi debere, constat ex *l. fructus pendentes* 44. *ff. de rei vindic.* 1. *ult. §. fructus* 6. *ff. quae in fraud. credit. alien.* 1. *quasitum* 12. *§. ea vero* 11. *ff. de instrum. vel instrum. legat.* 1. *si servus* 61. *§. locavi* 8. *ff. de furtis.* Chassenzus ad consuet. Burgund. rubr. 4. *§. 2. in verbis omnium mobilium, num. 20.* Mantica de consuet. ult. volum. lib. 9. tit. 3. n. 6. 7. Tyraquellus de retract. gentil. *§. 1. gloss. 7. num. 37. et 43.* Andr. Gayl. lib. 2. observ. 10. num. 3. Georg. de Cabelo de decision. Lusitan. 68. n. 1. 2. Simili modo metalla lapidesque & arena & creta, & quicquid est in fodinis metallicis aut lapideis &c. Arbores quoque fundo haerentes, immobilibus accensentur, ut partes praediorum: quae omnia, ubi ruta seu eruta & cassa fuerint, uti desinunt fundi partes esse, ita in posterum mobilibus annumeranda sunt; nec amplius fundi domusve jura sequantur, nec praedio vendito ad emptorem pertinent, licet nominatim excepta non inveniantur, *l. fundi* 17. *§. fundo* 2. *vers. ligna, et §. si ruta et cassa* 6. *l. Quintus Mucius* 40. *ff. de action. emt.* 1. *si post inspectum* 9. *ff. de peric. et commod. rei vend.* arg. *l. fructus* 7. *§. si vir* 13. *ff. solut. matrim.* 1. *sed si meis* 26. *§. arbor.* 2. *ff. de acquir. rer. dom.* Berlichius part. 3. conclus. 30. nu. 19. Modestinus Pistoris part. 3. quest. 124. n. 87. et seq. Colerus decis. 59. num. ult. Paulus Voet de natura mobil. et immobil. cap. 24. numer. 4. et 9.

14. Quid quod & immobilia, vulgo credita, tamen vel ex speciali legislatoris dispositione, vel ex destinatione domini aut facto, pro mobilibus habentur, quantum ad juris effectus, vel vice versa? Atque ita, licet arbores grandiores fundo haerentes, velut partes fundis immobiles esse dictum sit; Flandrigo tamen jure mobilibus extra dubium annumerari solent. *Instructio Curiae Flandrica* 15. Octob. 1661. art. 351. 352. vol. 2. placit. Holl. pag. 2752. Et quod attinet domini factum, quae ante fuerunt mobilia, si aedibus applicita fuerint, non temporarii,

sed perpetui usus causa, sive tigna fuerint, sive columnae, & marmora, adium esse incipiunt, & ita immobilia; imo, si detracta reponendi animo, idem dicendum est, *l. fundi* 17. *§. Lubus* 7. et 88. *seqq. ff. de act. emt.* nec dubitandum, quin, dejectis aedibus ea mente ut instaurarentur, rudera quoque immobilibus accenseri debeant, in quantum instaurationi novae domus apta esse possunt. Papon. lib. 17. tit. 4. in appendice arrest. 1. Idemque statuendum in mobilibus per patrifamilias destinationem perpetui usus gratia ad certum locum, domum, puta, vel fundum delatis, ita ut perpetuo illic istius usus causa mansura sint, etiamsi vel nunquam immobilibus naturaliter jungenda sint, vel ex destinatione jungenda, necdum tamen inceperint immobilibus juncta esse, modo ad ipsas aedes fundosve, quibus jungenda sunt, delata fuerint, d. *l. fundi* 17. *§. 2. 7. 8. ff. de act. emt.* arg. *l. ex facto* 35. *§. rerum* 3. *ff. de hered. instit.* 1. *debit.* 32. *ff. de pignor. et hypothec.* si *l. ita legatum* 86. *ff. de legatis* 3. Mavius ad jus Lubec. qu. praesim. 6. n. 20. et seqq. Argentraus ad consuetud. Britann. art. 403. Gloss. 2. n. 3. 4. 5. Tyraquellus de jure primogeniturae quest. 43. num. 3. et seqq. Paulus Voet de mobil. et immobil. cap. 24. et 25. Wesel ad novell. const. Ultrajeet. art. 12. num. 10. Rodenburch de jure conjug. tract. praesim. de statutu. divers. tit. 2. cap. 1. n. 5. in med.

15. Non tamen pecunia per patremfamilias emptioni rerum immobilium destinata, eumque in finem ab eo reposita, immobilibus accensenda est; tum quia haec in se & ex sua natura mobilis est, nec tanquam alterius res immobilis, velut principalis, accessoria considerari potest; tum quia sola destinatio sine facto ac implemento & effectu destinationis non mutat naturam pecuniae, arg. *l. si id quod* 58. *§. item Celsus* 1. *ff. pro socio, l. cetera* 41. *§. sed et si paravi* 14. et 15. *ff. de legatis* 1. tum denique quia in uno tantum casu, singulari favore minorum, invenitur constitutum, pecuniam talem, ad instar rei immobilis, non nisi decreto alienari posse, *l. quid ergo* 3. *§. de contrar. tut. et utriusq. act. junct.* 1. a Divo Pio 15. *§. ult. ff. de re judicata.* Andr. Gayl. lib. 2. observat. 11. Papon. lib. 17. tit. 4. arrest. 3. et 6. Tyraquellus de retract. gentil. *§. 1. gloss. 7. numer.* 108. 109. Wissembach ad pand. vol. 2. disp. 3. tb. 9. Berlichius part. 3. conclus. 30. num. 4. ibique plures citat. dissent. Chopinus ad leges Andium lib. 2. part. 1. cap. 2. tit. 2. num. 14. in mtd. Chassenzus ad consuet. Burgund. rubr. 4. *§. 2. verbo, omnium mobilium* n. 18.

16. Similiter nec pretium ex rebus immobilibus dividendis redactum immobilibus recte adnumeraveris: quamvis enim pretium aliquando quantum ad certos quosdam juris effectus subintret in locum rei distractae, & eo censeatur jure, quo ipsa res; uti in casu *l. si et rem* 22. *ff. de petit. hered.* & vice versa in casu *l. si ut proponit* 8. *C. de rei vindic.* 1. *si tutor* 2. *ff. quando ex facto tutor*; quia tamen regulariter id obtinet, ut neque res empta ejus sit, cujus fuerat pecunia, neque vicissim pecunia ei cedat, cujus res fuerat, & generaliter neque res in locum rei succedat, ejusve naturam induat ac qualitates, arg. *l. qui vas argenteum* 48. *§. ult. ff. de furtis.* 1. *si ex ea* 6. *C. de rei vindic.* 1. idemque 7.

in finē ff. qui potior in pign. l. ex pecunia 12. C. de iure dot. consequens est, ut nec redacta ex immobilibus rebus pecunia immobilium loco habeatur, aut eorum regatur iure, etiamsi in aliarum rerum immobilium novam emtionem rursus destinata conciperetur, Sande decr. Frisic. lib. 2. tit. 5. defin. 3. circa med. Schurpf. cent. 1. consil. 11. Gothofredus ad l. qui vas hñ. §. ult. ff. de furtis.

17. Quæ porro res in specie mobilibus, quæ immobilibus accensendæ sint, ut sigillatim enarrem, neque instituti ratio patitur, neque difficile erit ex iis petere auctoribus, quibus hæc ex professo tractare animus fuit; vide Paulum Voet de mobilibus & immobilibus, Berlichium part. 3. conclus. 30.

18. Incorporales res sunt, quæ nec tangi nec palpari possunt, ac in iure consistunt, veluti hæreditates, servitutes, nomina & actiones, redditus, &c. Instit. de reb. corpor. & incorporal. Sed cum maxima legum municipalium pars divisionem in corporalia & incorporalia ignoret, ac sola rerum in mobiles & immobiles divisione contenta sit, recte Antonio Matthæo de auctoribus lib. 1. cap. 3. n. 13. & de criminibus lib. 48. tit. 20. cap. 4. num. 21. operæ pretium erit inquirere, cui classi, mobilium an immobilium, res quæque incorporales annumeranda sit.

19. Hæreditatem quod attinet, cum sit & mobilium & immobilium & incorporalium universitas, vix est, ut in totum immobilibus, aut vice versa mobilibus accenseatur, sed magis rei cuiusque in hæreditate repetitæ natura consideranda erit; eo fere modo, quo de peculio responsum est: cum enim rei vindicatione solæ peti possent res corporales, non incorporales, peculio autem velut juris nomine utraq; comprehenderentur, scripsit Julianus, non ut gregis, ita peculii vindicationem recepim esse, sed res singulas petendas esse, l. vindicatio 56. ff. de rei vindicat.

20. Servitutes prædiales quod spectat, non dubium, quin rerum immobilium numero veniant, cum nihil aliud sint, quam rerum immobilium seu prædiorum jura & qualitates, imo prædia qualiter sese habentia, prædiorum accessiones, quas sui principalis naturam sequi, ratio dicit, & ut argumentatur Hugo Grotius manu dñ. ad jurisprudent. Holl. lib. 2. cap. 33. deliberationes juris domini, in quantum ex jure domini prædii servientis quid diminuitur, detrahiturque, & in dominantis prædii dominum transfertur, leg. quid aliud 86. ff. de verbis. signific. leg. qui fundum 12. ff. quemadmod. servit. amitt. arg. l. si aquam 2. Cod. de servit. & aqua; Tyraquellus de retract. gentil. §. 1. gloss. 5. num. 2. Andr. Gayl. lib. 2. observ. 11. num. ult. Aliter quam sese res habet in usufructu & similibus servitutibus personalibus; quæ, cum non semper immobilibus inhæreant rebus, sed frequenter etiam in mobilibus constitui soleant, potius quandoque mobilibus, quandoque immobilibus adscribendæ erunt, prout vel mobilibus vel immobilibus fuerint rebus impositæ; maxime quia & in interdicto unde vi, in solis immobilibus locum habente, statutum est, fructuarium immobilium, non item mobilium, eo posse uti remedio possessorio, l. quod est 3. §. pertinet 15. ff. de vi & vi armata; & in præscriptionum materia usufructus proprietatem imitetur, & tanto temporis

spatio usucapitur in fructuarii præjudicium, quanto tempore proprietatis ipsi periret proprietario, l. pen. §. sed nos 1. C. de usufructu.

21. De actionibus quamvis multis placuerit, eas conditione rei, ad quam tendunt, æstimandas esse, atque adeo tendentes ad rem mobilem, mobilibus; ad rem vero immobilem, immobilibus esse annumerandas, Andr. Gayl. lib. 2. observ. 11. numero 10. Tyraquellus de retract. gentil. §. 1. gloss. 7. num. 15. Berlichius part. 3. conclus. 33. num. 5. Wesel ad novell. constit. Ultraject. art. 12. num. 3. Consult. Jurisc. Holl. part. 3. vol. 2. consil. 110. & longa serie citati ab his plures alii; juristamen rationibus convenientius arbitror, inter actiones in rem & in personam distinguendum esse. Si enim in personam actio sit, mobilem eam judicandam puto, sive ad rem mobilem, sive ad immobilem ea tendat; sive ad impetrandum rerum mobilium immobiliumve dominium, sive ad usum earundem aut simile quid obtinendum, comparata sit, veluti emti venditi, locati conducti, commodati &c. Cum enim ipsi tantum personæ creditoris, non item rebus ejus & actio quæsitæ sit; & sola debitoris persona ad aliquid dandum, faciendum aut præstandum, obligata; nec res ipsa danda, vel præstanda ut immobilis, ulla ratione sit affecta creditori, aut obligata vinculo juris in re; consequens est, ut, quemadmodum ipsa persona tum debitoris, tum creditoris, mobilis est, ac domicilium suo arbitratu transferre potest, etiam actio personalis, ossibus personæ tantum inhærens, mobilis judicetur, velut accessio ejus. Eæ certe, ut res, quæ nullum in actionibus in personam fundamentum constituit, easdem faceret mobiles vel immobiles, neque ratio, neque jura suadent: maxime, cum personalibus actionibus sæpe non res proprie dictæ mobiles immobilesve, sed vel implementa facti personalis, vel solum rerum mobilium immobiliumve usum, peti manifestum sit; circa quales actionum personalium species inextricabiles superessent difficultates, in questione an mobilibus, an immobilibus adscribi deberent, si admittenda foret superius tradita communior interpretum opinio. Neque juvat quod actionem ad rem petendam habens, censi debeat rem ipsam habere, quodque apud se quis videatur habere, de quo actionem habet, l. is, qui actionem 15. ff. de regul. juris, l. bonorum appellatio 49. l. id apud se 143. ff. de verbis. significat. Primo etenim hæc non ex veritate obtinent, sed passim fere improprietas nota videri usi sunt Jurisconsulti. Nec deinde alio id sensu prolatum, quam quod in bonis & patrimonio nostro, latius sumto, esse censentur omnia, quæ supersunt, deducto ære alieno, omnia, quæ nos beant, & ex quibus tota nostri patrimonii massa amplior atque locupletior dici potest; sive res jure domini possideamus, sive rerum intuitu actionem, petitionem aut persecutionem habeamus, d. l. 49. ff. de verb. signif. Denique, si de personalibus actionibus questio sit, minus revera est actionem habere, quam rem, l. minus est 204. ff. de reg. jur. unde cum emphasi pro immobilium possessore, a satisfactionis necessitate liberato, non habendus dicitur, qui tantum personalem fundi petitionem habet, l. sciendum 15. §. diversa causa 4. ff. qui satidare cog. aliter quam se res habet in actionibus in rem, de quibus non

incommodum acceperis id, quod est in *d. l. ii.*, qui actionem 15. ff. de regul. jur. & l. rem in bonis 5a. ff. de acquir. rer. domin. puta, rem in bonis nostris intelligi, quoties possidentes, exceptionem, aut amittentes, ad recuperandam eam actionem habemus; eumque, qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem videri habere. Ex quo etiam, velut fundamentum, circa actiones in rem determinatio petenda; eas scilicet inter immobilia computandas esse, si tendant in rem immobilem; mobilibus vero adscribendas, si rem mobilem persequantur: cum enim in hujus generis actionibus jus in re, quo res ipsa affecta est & devincta, sit totum agendi fundamentum, non absurdum fuerit, ab ipsa rerum sic devinctarum natura ac proprietate petere, an inde nata actio mobilis, an vero immobilis dicenda sit. Et quamvis pretiosa mobilia quantum ad quoddam juris effectum immobilibus comparata inveniantur; tamen quia in dubio propria rei cujusque natura, non fictio spectanda est, etiam in hac questione inter res viles ac pretiosiores mobiles haud videtur distinguendum.

22. De redditibus proluxa Interpretum disputatio est. Ubi primo quidem distinguendum arbitror inter redditus annuos, quorum dies jam cessit, & ipsum reddituum exigendorum jus, ex quo singulis annis stativae temporibus recurrit praestationis exigenda potestas. Redditus enim quod spectat, quorum dies obligationis jam cessit, mobilibus jure optimo adscriperis, sive jus ipsum originarium, ex quo quotannis renascitur praestationis necessitas, mobilium, sive immobilium classi accensendum sit, juxta distinctiones mox tradendas: cum non alio loco redditus, quorum cessit dies, videantur habendi, quam quo fructus jam a solo separati; qui quamvis ex immobilibus nati sint, & dum pendebant, immobiles judicati; tamen separatione mobilium protinus induunt naturam ac conditionem, ut ante dictum. Atque hinc idem quoque de rerum immobilium locatarum pensionibus, fructuum ipsorum naturam imitantibus, imo fructuum civilium appellatione venientibus, & ad instar redditus annui quotannis recurrentibus, respondendum est; usque adeo, ut, si pensionum dies pro parte cesserit, pro parte non, quatenus dies cessit, eatenus mobilium jure censenda sint, velut fructuum ipsorum surrogatum, arg. l. si operas 26. l. defuncta 53. ff. de usufructu. Andr. Gayl. lib. 2. observat. 10. n. 5. Christinzus ad leg. Moehlinianae tit. 16. art. 35. num. 17. Carpaovius definit. forens. part. 3. constit. 24. def. 5. Tyraquellus de retract. gentil. §. 1. gloss. 6. numer. 10. Pappon. libr. 17. tit. 4. arrest. 1. in pr. Modestinus Pistoris quest. 124. num. 1. & ad eum Jacobus Schultes num. 72. & seqq. Chassanæus ad consuetud. Burgund. rubr. 4. §. 2. verbo omnium mobilium n. 20. Berlichius part. 3. conclus. 43. num. 36. Responsa Jurisc. Holl. part. 3. vol. 2. consil. 110. num. 4.

23. Quantum ad ipsum reddituum jus, sunt, qui distinguunt inter redditus redimibiles, & non redimibiles; hos immobilium, illos mobilium catalogo accensent. Sunt, qui perpetuos redditus immobiles statuunt, temporarios vero mobiles, sive ex praediis, sive ex sola personali obligatione debeantur. De quibus vide Christinum ad Leg. Moehlin. tit. 7. art. 8. num. 6. Argentæum ad consuet. Britan. art.

61. num. 4. 5. Andr. Gayl. lib. 2. obs. 10. Tyraquellus de retract. gentil. §. 1. gloss. 6. num. 1. & seqq. Berlichius part. 3. conclus. part. 34. Carpaovius def. for. part. 3. constit. 24. def. 1. & seqq. Barry de succession. lib. 9. tit. 7. num. 16. Jac. Schultes ad Modest. Pistor. quest. 124. num. 45. & seqq. sed, ut hæc plenius exsequar, considerandum puto, jus illud reddituum vel strictius accipi posse, vel latius, sic ut comprehendat, præter redditus annuos in specie sic dictos, ac magnam cum usuris affinitatem habentes, etiam alia jura quamplurima patrimonio nostro accenseri solita, & utilitatem præsentia. Quæ jura præter redditus annuos in specie communi fere gentium usu, & interpretum calculo immobilibus solent adnumerari; veluti jus pedagii, pontorii, portorii, decimarum, jurisdictionis, jus percipiendi censuram sive redimibilem, sive non redimibilem, solarium, canonem annuum ex agris emphyteuticariis, pensionem ex dignitatibus hæreditariis, laudimia, venationum, piscationum, salinarum, metallifodinarum redditus, similiaque, quæ ex parte regali minorum appellatione veniunt, & in lib. 2. feudorum tit. 56. ac apud Sixtinum de regalibus, sparsimque apud DD. tractantur. Atque ita in placitis Ordinum Hollandiæ, nec non ordinum Generalium, sæpius in rerum immobilium catalogo nominatim poni videas *cynsen, tbr sen, cappon en boerdergeloen, pontegelden, tolrechten, markiegelden, Myn en Herffs beden, baarsrode gelden turf naten, laisgelden, maatsrechten, boerlyke rechten, tiszenden, nakoopen, passagie gelden over wateren, bruggen, stuwten, vooget*; & plura alia, *placcant op'te redres van de verpondingen over Holland en West-Vriesland van den 3. August. 1627. art. 1. vol. 1. pag. 1515. ut & placcaat van den 17. Julii 1643. art. 1. d. vol. 1. pag. 1953. in fine, plac. Ordin. Generalium op'te invoeren van de verpondingen over Brabant 5. Julii 1635. art. 1. d. vol. 1. p. 1527. & seqq. item placit. Ordin. General. anno 1593. 22. Octobr. in præfatione, d. volum. 1. pag. 1523. Adde Parentem Paulum Voet de natura mobil. & immobil. cap. 9. num. 20. & seqq. de statutis sect. 9. cap. 1. num. 13. 14. Læuvven censur. for. part. 1. lib. 2. cap. 1. num. 4. licet de dignitatibus venalibus, in Gallia rebus judicatis variatum fuisse, an mobiles an immobiles essent, observat Francisc. de Barry de succession. libr. 9. tit. 7. num. 11.*

24. Reditus vero annui, in specie sic dicti, non omnes ejusdem conditionis sunt; sed alii mere personales, quos nempe persona debet, sic ut nulla res immobilis pro eorumdem præstatione affecta sit; alii mere reales, pro quibus res immobiles tantum sunt principaliter obligatae, sic ut persona non debeat, nisi quia est dominus rei, ex qua debentur, & debere desinat, quoties vel fundum alienavit, vel prædium chasmate vi fluminis aliove modo perit: eo modo, quo prædii possessorem sequuntur, & deberi desinunt impositæ fundo vel ædibus servitutes prædiales, quales multi in Geldria & alibi: alii denique mixti, pro quibus & persona & res immobilis obligata est. Vide Abraham & Wesel ad novell. constit. Ultrajectinas art. 20. passim; Lambertum Goris adversar. tract. 2. cap. 3. numer. 1. & seqq. Sande de feudis Geldriae tract. 2. tit. 2. cap. 4. §. 1. num. 3. & 4.

25. Quod si mere reales fuerint prædii impositi

reditus, haud dubium, quin immobilibus accenseri debeant, cum quasi ipsius prædii partes in alium testamentum vel contractu translata considerari possint; quisquis enim vel vendidit vel legavit, obligatione personali se heredem obstrinxit eo ipso ad redditus impositionem, atque adeo ad dominii, quod in suo habebat prædio, diminutionem, quamprimum vero re ipsa jus redditus prædio imponitur, uti impletus censi debet interpositus de redditu imponendo contractus, aut suprema defuncti voluntas, & extincta omnis, quæ nata fuerat, personalis obligatio; ita quoque eo ipso diminutum fuit jus dominii, quod constitutus redditum habuerat in prædio, & in eum translatum, cui constitutus est. Adeo ut tantum ex jure dominii latius summi decesserit imponenti redditum prædio, quantum accessit jus redditus acquirenti; uti in simili argumentatur Hugo Grotius *manuductione ad Iurisprud. Holland. libr. 2. cap. 33. Lamb. Goris adverb. tract. 2. cap. num. 5. 6. 7. & 15.* ac proinde, quemadmodum prædiis impositas servitutes reales immobilibus accensendas esse, supra monui, ita pari ratione ac fundamento immobiles iudicandi hi redditus reales. Quæ sententia etiam a juris Romani fundamentis non aliena est, dum *annonæ civiles* (panis publici ex domibus, seu ratione domorum, percipiendi jus, de quo DD. ad tit. Cod. de annon. civilibus, & Jacob. Gothofredus ad tit. Cod. Theodor. de annonis civibus & pane gradili) inter mobilia numeratae inveniuntur, novell. 7. in præfat. ante med. l. jubemus 14. C. de sacror. eccles. 1. in regione tamen Neomagiensi & Velavica & Artesia mobilibus accenseri tales redditus reales, notat Lambert. Goris d. tract. 2. cap. 3. numer. 7. in fine.

26. Mixtos redditus quod spectat, pro quibus & persona & res immobilis obligata est, eos ad mobilia referendos esse communi Hollandiæ consuetudine invaluit; ex eo fundamento, quod, luitione ex parte debitoris interveniente, nomen amittant suum, ac redditus esse desinant, teste Neostadio de feudis *Hollandiæ cap. ult. num. 27.* Sim. van Leeuwen *cons. for. part. 1. lib. 2. cap. 1. num. 4.* Consult. JConsult. Holland. part. 5. consil. 204. in fine. Idemque Bredan's placuisse testis est parens p. mem. Paulus Voet *tract. de mobil. & immobilibus cap. 8. num. ult.* Sed ubi de tali peculiari non constat consuetudine, redditus tales mixtos mediante contractu vel ultima voluntate constitutos ex prædiis; sic ut creditor redditum repetendæ sortis potestate careat, vigeatque pæcunia, *cons. remen altydrenten*, ad mobilia frequentiori calculo reducerunt pragmatici, acque ipsi etiam Ordines generales Federati Belgii, in quodam privilegio Anglicanæ genti concessio 9. Januarii anno 1537. vol. 1. placitorum pag. 762. *ferre in fine, & 763. in pr.* convenienter juri Canonico in *Clementina cap. Exivi de paradiso*, versu, *cumque annui redditus, de verb. signif. d. part. 5. consult. JCor. Holl. consult. 204. in fine, & part. 2. dicimus pro solutione*; Mynsingerus *cent. 1. obervo. 67. Berlichius part. 3. conclus. 34. Carpozvius definit. forens. part. 3. constitut. 24. def. 1. & seqq. Christinus ad leg. Mecklin. tit. 7. artic. 8. num. 6. Rodenburch de jure conjug. in prælim. tract. de statut. diversitate tit. 2. cap. 2. num. 2. Wesel ad novell. consil. Ultraject. art. 12. num. 6. Consid-*

rantes scilicet, ex hodierno usu hypothecariam actionem ut principalem censi in redditibus perceptis, super certo fundo assignatis, ut ait Mudzus *ad rubric. ff. de pignor. & hypoth. num. 3.*

27. Cum autem hodie, discussa nimia Juris Pontificii circa usuras scrupulositate, pluribus in locis pro veteri annuorum reddituum venditione simplices dationes sub pacto usurarum modicarum receptæ sint, ita ut sortis repetendæ potestas creditori competat, non tantum ubi sola personalis obligatio intercessit, sed & ubi in sortis repetendæ, & usurarum securitatem res immobiles coram lege loci solemniter obstrictæ sunt; rationi convenientius arbitror, quotquot in locis jus repetendæ sortis hypotheca munita viget, sive ex mutuo, sive ex emtionis pretio residuo, sive ex alia causa, debitum usurarium, hypotheca in mobilibus constituta munitum, descendat, illud mobilium catalogo adscribi. Cum enim ab eo, quod principale est, rei cujusque natura æstimanda sit, principalis autem obligatio, tanquam in personam, & præterea ad rem mobilem, pecuniæ nempe solutionem tendens, extra omne dubium mobilis sit, secundum ante exposita; absurdum fuerit, hypothecam in immobilibus securitatis tantum causa accedentem, immutare & immobile facere illud mobile, cujus accessio est. Adde, quod posita opinione contraria, futurum esset, ut omnes pupillorum similiumque legalem hypothecam habentium actiones in tutores curatoresque, nec non mobilium testamentum, legatorum persecutiones, & alia plura, immobilibus deberent accenseri; dum his omnibus jus hypothecæ legalis in mobilia quoque competentis, adjunctum est. Quod quam a ratione alienum sit, sponte constat. Charondas *lib. 7. responsor. cap. 47.* Francisc. de Barry *de success. lib. 9. tit. 7. num. 12.* Carpovius *defin. forens. part. 3. constitut. 23. def. 9. numer. 7.* Nec tamen ideo eundem inficias, quin debita hæc, hypothecis immobilium firmata, penes nos, quantum ad varios juris effectus, immobilium rerum conditionem imitentur; dum nec vendi, nec hypothecæ supponi possunt, nisi coram lege loci, soluto nummo quadragesimo, *placit. Ordin. Holland. de nummo 40. art. 7. & seqq. vol. 1. pag. 1955., & 1955. Groenewegen d. II. abrogat. ad l. si convenit 14. ff. de pign. act., & quantum ad jus successionis in quodam privilegio Anglicanæ genti per Federatum Belgium ab Ordinibus Generalibus concessio, jubentur deferri tanquam mobilia, secundum leges loci, in quo sita sunt, *Placit. Ordin. General. 9. Jan. 1547. vol. 1. placit. Holland. pagina 762. in fine & 763.**

28. Quæ de redditibus & nominibus dicta hæctenus, etiam locum sibi vindicant, quoties ab universitate, puta, provincia, urbe, vico, pago, orphanotrophio &c. debentur; si nihil nominatim de illis cautum inveniatur, cui rerum classi adscribenda sint. Nam si rebus certis immobilibus, jure dominii ad universitatem pertinentibus, solemniter impositi non fuerint redditus annui, nulla ratio est, cur non mobilibus accensendi forent, dum neque principaliter, neque secundario & per consequentiam res immobiles talium reddituum exigendorum fundamentum dici queunt; sed personales magis obligationes, quibus, ut privati, ita quoque collegia & universitates, personæ vicem in contrahendo sustinentes, obstringuntur.

Frustra in contrarium omnes ingenii nervos intentibus Christiano Rodenburch *de jure confug. in tract. prelimin. de status. diversit. tit. 2. cap. 2. nu. 3.* & Abrah. a Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art. 12. num. 7.* & seqq. quorum posterior, ut Ordinum Ultrajectionum novellæ decisioni, & Rodenburgii meditati, videretur plene deservire, sine justis rationum momentis, æque ac præter ipsorum legulatorum scopum & intentionem, redditus & nomina seu obligationes tales immobilium ordini adscribit. Præter scopum quidem, eo quod in sola donationis vel successionis tam legitimæ quam testamentariæ materia hi redditus & cautiones jubentur immobilium jure censi; *manente in omnibus aliis jure hærentibus frequentato*; quo ipso satis innuitur, eos extra casus propositos non esse immobilium jure regendos. Sed & sine ratione: nam quod ajunt, *ejusmodi redditus plerumque nullam personalem obligationem annexam habere, & omnia provinciali cautione, tributa, indictione, bona reipublica, obligari sola; personas Ordinum nullo modo: id vero frigidius arbitror.* Esto sane, personas Ordinum non obstringi pro debitis universitatum, directores societatis Indiæ Orientalis privatim non posse conveniri; in quantum, quod debet universitas, singuli non debent, *s. sicut, §. 7. si quid 1. ff. quod cuiusque universit. nom.*; non tamen ideo personalis deest obligatio. Quis enim, nisi in jure hospes, ignorat, Universitates in contractibus, ultimisque voluntatibus, personarum loco haberi, cum his per actores syndicosque contrahi, his velut personis hæreditates, legata, quin & usufructum, personalem servitutem ossibus personæ inhzrentem, relinquere, hæcque universitatis morte perire? ac proinde personalem omnino intercedere obligationem, quoties ex contractibus universitati debetur, vel ipsa debet, *d. l. 7. §. 1. et tot. tit. ff. quod cuiusque universit. nomine vel contra, l. omnibus civitatibus 26. ff. ad Senatus. Trebell. l. civibus 2. ff. de reb. dubiis, l. hæreditates 12. C. de hæred. instit. l. an usufructus 56. ff. de usufr. l. si usufructus 21. ff. quib. mod. usufruct. amitt. junct. l. usufructus 26. ff. de stipular. servor.* Nec firmitus est, quod ajunt, redditus super immobilibus constitutos immobilium numero venire; provinciæ autem corpora mobilia non esse, sed stabilia & perpetua; ideoque redditus ab iisdem constitutos immobiles esse. Cum enim ante dictum sit, universitates & provincias in contractibus personarum loco ac jure censi, fieri non potest, ut tanquam res immobiles considerandæ forent; ac longe aliud est, provincias constituere mediante contractu redditum annuum; aliud, imponi ipsi provinciæ tanquam rei immobili annuum redditum, quod accurate loquendo non fit; priori casu, ut persona, posteriori demum ut res immobilis, concipiendæ; priori ut agens ac contrahens, posteriori ut patiens tantum. Et quamvis verum sit universitates stabiles & perpetuas esse, ob perpetuum, quæ in universitatibus est, personarum successionem juxta *l. proponebatur 76. ff. de judiciis*; nec eas ita de loco in locum moveri, ut fere solent de loco in locum transire privati homines; id tamen nihil adversam juvat sententiam, nec sufficientem inter privatos ac universitates debentes differentiam constituit; eo quod & privati, ex contractu ad redditum obstricti, perpetuo censentur in suis superesse succes-

soribus; dum hæredes, hæredumque hæredes in infinitum primum repræsentant obligatum, & ex ejus capite devincti manent; & licet rarius, tamen & ipsas universitates personarum instar intire, de loco etiam in locum migrare, ex *l. 21. ff. quib. mod. usufructus vel usus amittitur*, & ex Lasio de gentium migrationibus abunde constat. Minus ad rem facit, quod nunc multi in his cautionibus redditibusque ab universitatibus ac provinciis debitis, maximam possideant patrimonii partem; sic obligationes tales sibi comparent, ut prædia. Neque enim absurdum est, subinde in mobilibus opulentia maximam consistere partem. In mercimoniis plerumque totam consistere mercatorum substantiam, res expedita est; ineptum tamen fuerit, ob id merces immobilium catalogo accensere. Nihil denique dissentientes juvat formula, cautionibus de annuis usuris & redditibus forteque etiam ipsa emissis inserta, qua omnes proventus et bona universitatis, vel etiam mobilia et immobilia dicuntur obligari; constat enim, frequentius nihil esse, quam formulas has similesque cautionibus etiam privatorum, non coram lege loci, sed vel coram tabellione & testibus, vel privata scriptura emissis, inseri; ex quibus tamen neque etiam res immobiles debitorum affici, neque ipsas cautiones immobilium numero accenseri, in aperto est. Estque hic vanum illud effugium, Principem, tanquam legum solemnitatibus solum, necesse non habere, ut coram lege loci bonorum immobilium obligationem profiteatur, aut hypothecam constituat, eumque censi pignoris nexu reali devinxisse eo ipso, quo pensandis redditibus annuis certæ reipublicæ bona attribuit. Etenim primo quidem non nisi in Principe, adeoque in cautionibus a sola provincia majestatem habente conceptis, id locum sibi vindicare potest, non item in ceteris per civitates, vicos, pagos, orphanotrophias, aliasque universitates conscriptis, quas omnes & legibus devinctas esse, & privatorum jure uti, certum est, *l. cum, qui vel ligat 16. ff. de verbor. signif.* Sed deinde ne in ipso quidem Principe id perpetuo admitteris; quamvis enim legibus solutus sit, legibus tamen se vivere velle, dignamque hanc esse regnantis majestate vocem, Imperatores profitentur, *§. ult. Instit. quib. mod. testam. infir. l. digna & C. de legibus.* Unde dicendum, in dubio præsumendum haud esse, quod legum laqueis voluerint exempti esse; sed tum demum, cum de eo speciatim suam declaraverint voluntatem; maxime, ubi nullum ex tali jure singulari sentirent commodum, sed magis damnum; uti re ipsa sentirent in casu præsentis detrimentum, diminuere sibi, & aliis adiacentes jus in re; quod non faceret privati similibus utentes ad obligandum cautionibus.

29. Ceterum, quod diximus, usum hodierno incorporales res ad mobilia vel immobilia reduci solere, ac sub ipsorum denominatione comprehendendi; ita demum obtinet, si sermonis tenor id postulet, vel alia necessitas ex dispositione, universitatem bonorum continente, subsit. At si quid de mobilibus vel immobilibus cautum sit in ea dispositione, in qua necesse non est, universitatem omnium bonorum contineri; sub mobilium immobiliumve nomine incorporalia non continebuntur, sed velut a corporalibus mobilibus & immobilibus distincta species consideranda erunt; ex quo principio, quid in mo-

bilium immobiliumve legato, hypotheca, publicatione, donatione, similibusque statuendum sit, suis locis plenius tradendum erit. Vide Sande *libr. 4. tit. 4. defin. 6.* Redelant *Cur. Ultraject. decis. 83.* Molinæum *ad consuet. Parisiens. tit. 3. art. 94. gloss. 1. num. 19.* Tyraquellum *de retract. gentil. §. 1. gloss. 5. num. 1. & gloss. 7. num. 1. & seqq.* Carpovium *defin. for. part. 3. constit. 24. defin. 1.* Jac. Schultes *ad Modest. Pistor. quest. 124. n. 14. & seqq.* Paulum Voet *de mobil. & immobil. cap. 8. num. 1.* Consult. Jctorum Holl. *part. 3. vol. 2. consil. 110.* Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art. 12. numer. 2. 3. & Christinæum, Zypæum, Pekium, Bellichium, Thesaurum, Charondam, aliosque ibidem citatos.*

30. Nec mirum, usque adeo anxie quæri de eo, utrum res quæque mobilibus an immobilibus accensenda sit; cum quantum ad multos in jure effectus ingens inter has duas rerum species cernatur diversitas. Etenim regulariter mobilia, ubicunque naturaliter extiterint, illic censentur esse, ubi dominus domicilium fovet: immobilia illic, ubi vere sunt, indeque immobilia regenda lege loci, in quo sita sunt; mobilia vero ex lege domicilii domini, ut dictum post *tit. de constit. princip. de statutis.* Cum ergo actiones personales, saltem ex communi consensu, eas, quæ ad rem mobilem tendunt, mobilibus annumerari dictum sit; consequens est, ut licet proprie nullibi situm habeant, tanquam incorporales, tamen illic esse censentur, ubi creditor, in cujus dominio & patrimonio actiones sunt, domicilium fixit, Amstelodami, verbi gratia, si Venetus mercator Amstelodamensi pecuniam mercesve debeat, utut non Amstelodami, sed Venetiis exsolvendas, Christinæus *ad Leg. Mechliniens. tit. 16. art. 39. num. 1. 2. 3. 4. & seqq.* Andr. Gayl. *lib. 2. obser. 124. num. pen. et ult.* Mavius *ad jus Lubec. quest. prælim. 6. num. 30. & seqq.* Greven. *lib. 2. conclus. præf. conclus. 124. consid. 1. n. 1. et seqq.* Molinæus *ad consuet. Paris. §. 1. gloss. 4. n. 9.* Abr. a Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art. 12. num. 4.* Licet non desint, qui actiones hasce adstringunt loco debitoris, in quo exactio fieri potuit: quos recenset Tyraquellus *de retract. gentil. §. 36. gloss. 3. num. 15. 16. 17.* Respons. Jctor. Holl. *part. 5. vol. 2. consil. 151. num. 7. 8.* Quorum sententiam forte in boporum publicationibus haud improbabiler admitteri, si dominus territorii, in quo debitor commoratur, rigido juri suo inharere velit; in quantum debitum tale magis est in potestate judicis, qui debitoris, quam qui creditoris domicilio præst. Nec minus eam sententiam probaveris, quoties de actione personali per præscriptionem tollenda quæstio est, dum alio tempore præscriptio in debitoris, alio in creditoris domicilio impletur; nam & debitum necdum exactum magis esse in potestate judicis, ubi debitor, quam ubi creditor domicilium fovet, vel ex eo manifestum est, quod creditor forum competens & judicem debitoris sequi debeat; quodque non creditoris, sed debitoris judex inhibere debitori possit ad tertii alicujus desiderium, ne debitor creditori solvat. Ad hæc immobilia frequenter transeunt cum onere, quod ipsis est impositum, ac in hisce jura, retractus, primogenitura, aliaque similia locum habere possunt; cum ex adverso in mobilibus rarius ea usum inveniant: & mobilia non habeant

sequelam; ut dicitur *tit. de rei vendic. & sparsim.* Præterea aliter immobilia pupillorum alienantur, mobilia aliter. Alio denique modo traduntur, & hypotheca obligantur, ac judicati exsequendi causa distrahuntur immobilia, quam mobilia. At suis ista sedibus plenius tractanda. Vide interim p. mem. Parent. Paulum Voet, *tract. de natura mobil. & immobil. cap. 15. & seqq.*

TITULUS IX.

De Senatoribus.

SUMMARIA.

1. Ratio ordinis & connexionis.
2. Quid sit Senator, quid potuerit, & qua fuerit dignitatis diversitas in Ordine Senatorio?
3. Senatores gaudent jure fori peculiaris, duplicis domicilii, & immunes sunt a quæstionibus, plebæjorum panis, carceribus, sordidis muneribus.
4. Liberi Senatorum dignitatis paternæ participes sunt, licet ante dignitatem nati; si modo id petant; unde varia deciduntur.
5. Uxores sequuntur maritorum dignitatem, eamque retinent in viduitate; sicut & in multis virorum defunctorum artificiiis exercendis perseverare possunt.
6. Non tamen retinent stipendia, honoraria, maritis ratione dignitatis præstari solita; nisi quod apud nos vidua concionatorum gaudent anno gratiæ, & quandoque honorario modico in perpetuum.
7. Si concionator, ad aliam vocatus ecclesiam, moriatur antequam in nova esset inauguratus, quid juris circa annum gratiæ?
8. Mulier ad alias nuptias transiens, sequitur viri secundi dignitatem; nec iterum facta vidua ad primi mariti aut natalium propriorum dignitatem redire potest.
9. Matres Senatorum non ita, ut uxores, gaudent superiorum dignitate.
10. Quo modo evanescat Senatoria dignitas, & quid juris sit in liberis ante, vel post patris a Senatorio amotionem natis.

1. CUM inter personas de rebus judicia seu actiones exercentur, & de personis rebusque actum fuerit, de actionibus vero negotio cuique accommodatis per universas Pandectas tractatio instituta inveniat, operæ pretium visum fuit, præmitti officia magistratum; qui jurisdictione & imperio, seu cogendi potestate, armati calumniantium iniquitates per legitimos tramites debent expellere, atque ita bonorum solatia ac delicia, malorum terrores esse. Sed cum antiquitus Romanis in duos aut tres Ordines, puta, Senatorium, Equestrem, & Plebejæ distinctos fuisse, monuerim *tit. de statu hominum*, & ex Senatorio potissimum lecti fuerint magistratus (quamvis successu temporis hæc & mutata multifariam & conturbata inveniantur pro arbitrio captuque imperantium) consultum fuit, Senatoriam dignitatem præmitti. Sic autem in hoc, & seqq. hujus libri titulis occupabor, ut ea sola, quæ ad juris nostri intellectum pertinere videntur, quanta possim maxima brevitate tradam, remissurus de cetero le-

etorem ad curiosos antiquitatum Romanarum indagatores.

2. Senatus ergo selectorum virorum, non plebeiorum cœtus fuit, licet latius sumtum Senatus vocabulum continet omnes eos, qui jus dicendi suffragium in Senatu habent, postquam obtinuit, etiam ex plebe consules, quæstores, aliosque magistratus legi, *l. ult. ff. b. t. unic. §. pen. ff. d. offic. quæstoris*, junct. *l. 2. §. deinde cum placuisset 23. ff. de orig. juris*. In hoc vero Ordine non omnes ejusdem fuisse dignitatis, sed alii aliis honoratiores, prout vel majoribus vel minoribus magistratuum honoribus fungebantur, aut defuncti erant, *l. ult. C. ut dignitatum ordo servetur, novell. 62*. Unde alii illustres, alii spectabiles, alii clarissimi. Cujacius *ad l. 1. C. de dignitatibus*, eoque pertinet illud Modestini in *l. spadonem 15. §. scire 2. §. 4. ff. de excusat. tutor. Si quis Senator fuerit, hic tutor erit & eorum, qui inferioris ordinis sunt Senatorum*; sic enim legendum, omissa particula, *quam*, convenienter Græco textui. Nec tamen dubium, quin confusi non raro fuerint hi dignitatis tituli, dum clarissimi subinde, qui alibi spectabiles, appellabantur. Vide Pancirolum *Notit. Imperii Oriental. cap. 2. §. 4. Charsenæum Casal. glorie mundi pars. 7. in pr. Cujac. ad tit. C. de perfectissim. dignit. & ad l. 5. C. de silentiariis*. Quamvis autem Senatus olim consiliis magis, quam iudicandi gratia institutus fuerit; successu tamen temporis etiam eum de causis iudicasse constat ex *l. 1. §. sciendum 2. ff. a quibus appell. non licet*.

3. Varia Senatoribus data privilegia, puta, fori peculiaris, in civilibus, non criminalibus, reatu omnem hujusmodi honorem excludente, *l. 1. a. Cod. ubi Senatores vel Clarissimi*, exceptis quantum ad criminales causas illis, qui recensentur in *l. ult. C. ubi Senat. vel Clarissimi, l. si gravior 16. C. de dignitat.* Duplices quoque domicilii, sic ut, licet in urbe domicilium habere videantur, tanquam dignitatis domicilium, tamen & ibi unde oriundi sunt habere intelligantur, dignitate ad electionem domicilii potius, quam permutationem faciente, *l. penult. ff. b. t. l. pen. C. de incolis, l. filii 22. §. pen. ff. ad municipalem*. Vide Tacitum *12. annal. 23. l. Clarissimi 15. C. de dignit.* Idque honorum & commodorum, non onerum intuitu, *d. l. filii 22. §. Senator 5. l. municipi 23. ff. ad municipalem*. Eo fere modo, quo major dignitas nulli circa prioris dignitatis privilegia præjudicium facit, *l. major 3. C. de dignitat.* Ad hæc neque quæstionibus, neque plebeiorum pœnis subjicendi ipsi, eorumque liberi, *l. Divo Marco 11. C. de question. nec carceri includendi, l. si gravior 16. C. de dignitat.* & tam ipsi, quam eorum patrimonium, ubicunque situm, a sordidis muneribus immune est, *l. Senatorum 4. & l. 5. C. de dignitatibus, l. præcipimus 14. C. cod.*

4. Filii insuper filiarque ex Senatore nata, & nepotes ex filiis, dignitatis Senatorie fiunt participes; filiarum tamen non nisi innuptæ, nec ex filiabus nati nepotes; cum filiarum per nuptias viri sequantur dignitatem, & nepotes ex filia patris, non avi materni gaudeant conditione, *l. Senatoris filius 6. §. 1. l. 7. l. filiam Senatoris 9. 10. ff. b. t.* Neque interest, jam in Senatoria dignitate constitutus liberis susceperit, an ante dignitatem, *l. Senatoris filium 5. ff. b. t. quod & Paulus innuit, Ulpiano, auctori d. le-*

gis quint., constantius, in *l. filii 22. §. Senatores & 5. ff. ad municipalem*, dum Senatores, & eorum filios filiarque, quoque (id est, quovis vel quocunque) tempore natos natusve, in dignitate exæquat: quin & ipse Ulpianus in *l. qui ad tempus 2. §. in filiis 2. ff. de decurion.* in commodis ex aucta patris dignitate profluentibus, ne scilicet plebeiorum pœnis subjiciantur: & merito; neque enim liberis invidendi videntur honores paterni, *l. Senator 11. C. de dignitatibus*. modo ante dignitatem nati hoc ipsum a Principe petierint, sine ullo obstaculo impetraturi: eadem ratione, eodemque modo, quo de scenicarum quondam mulierum, vitæ prioris turpitudinem emendantium, filiabus cautum est, eas, si quidem post expurgationem prioris vitæ matris suæ fuerint natæ, non videri scenicarum filias esse, nec subiacere legibus, certos homines in matrimonium ducere scenicas prohibentibus. Si vero ante natæ sint, licere ipsis, preces Principi offerentibus, sacrum sine ullo obstaculo mereri rescriptum, per quod iis ita nubere permittatur, ac si non essent scenicæ matris filia, *l. Imperialis 23. §. bis illud 5. C. de nupt.* Quod si ante dignitatem, vel emendatam matris vitam natis displiceat dignitatis accessio, moresve expurgatioris, dum vel ob inopiam dignitatem tueri nequeant, vel alia quæcunque causa subest, atque adeo Principi supplicare noluerint, voluntate sua liberrima in pristina erunt conditione substituti. Nec aliud puto velle Imp. dum filios ante dignitatem editos ajunt privatos esse, & pristina conditione remanuros, *d. l. Senator. 11. C. de dignitat. l. ult. C. de decurionibus*. quam quod tales maneant, si juxta *d. l. 23. §. 5.* nullum a Principe rescriptum petierint, quod absque obstaculo, & suo quasi arbitrio potuissent impetrare. Atque hinc dependent decisiones eorum, quæ vulgo disputari inter politicos pariter ac Jurisconsultos solent, utrumne in Regni vel feudi regalis, aut alterius, regali minoris, successionem, hatus patre nondum Rege, nondum investito, præferendus sit natus minori, concepto natove ex patre, jam Rege, vel de feudo investito? num nobilis, qui ante collatos nobilitatis titulos, patre etiamnum privato, est genitus? num civis, qui natus est antequam patri jura civitatis fuerint tributa? de quibus vide Justinum *hystor. libr. 2. cap. 10. & lib. 5. cap. 11. Christianum vol. 5. decis. 5. num. 40. & seqq. & ad Leg. Moebliensis. tit. 1. art. 45. in annot. in fin. Consil. ICror. Holland. part. 3. vol. 2. consil. 525. (revera) 225. pag. 605. Ant. Fabrum Cod. libr. 9. tit. 29. defin. 24. num. 3. Tyraquellum de nobilitate cap. 15. n. 7. 8. Struvium ad Pand. b. t. n. 6. in fine. Zoesium tract. de feudis cap. 11. n. 28. 29. Gudelinum de feudis part. 3. cap. 4. num. 11. Besoldum delib. Juris ad Pand. ad l. 5. b. t. n. 40. pag. mibi 137. Rittershusium parit. feudal. lib. 1. cap. 15. n. 11. Hottomannum illustr. quart. 2.*

5. Nec liberi tantum, sed & uxores Senatorum, Senatoriis gaudent prærogativis, maritorum suorum dignitate ac velut radiis coruscantes; etiamsi natæ fuissent patre inferioris conditionis, *l. fæmine 8. ff. b. t. novell. 105. cap. si autem etiam 2. in pr. l. 1. C. de dignitatibus*. sic ut & plebeiorum pœnas & bonorum publicationes evitent, si jus tale marito ex dignitatis prærogativa competat, Consil. ICror. Holl. part. 4. cons. 272. pag. 477. & seqq. Quam etiam

dignitatem ac privilegia retinent post maritorum decessum, perinde ac matrimonio adhuc constante, quamdiu in viduitate persistentes conjugis defuncti colunt memoriam, *d. l. famina 8. in fin. ff. b. t. l. ult. C. de privileg. scholarum, l. medicos 6. C. de professor. & medicis, novell. 22. cap. non tamen 36.* Atque hinc illud invaluisse videtur, viduas posse per famulos peritos, licet necdum magisterii gradu insignitos, exercere idem illud artificio, quod maritus vivus exercere solitus; tametsi illud tale esset, ut non nisi probatos in arte atque juratos admitteret. *Costalium ad l. 8. circa fin. b. t. Gregorius Tholosanus synagm. juris civil. libr. 9. cap. 4. num. 11. 12. Besoldus delib. juris ad Pand. ad l. 8. ff. b. t. num. 41. pag. mihi 133. Johan. Papon. lib. 6. tit. 9. arret. 1. Guido Pap. decr. 379.*

6. Plane, si nonnulla jura atque privilegia marito competierint, non tam ratione dignitatis, quam potius ex expressæ vel tacitæ pactionis personalis vi, vel etiam propter ipsam honoris alijus administrationem, (qualia sunt honoraria, stipendia, aliaque his similia) iis post maritorum obitum ne ipsas quidem viduatam servantes fruturas esse verius est. *Anton. Faber Cod. libr. 9. tit. 29. de fi. 22. 23.* In beneficialibus tamen, canonicatibus, & præbendis, uti hæres percipere potuerunt annum gratiæ vulgo dictum, si ad finem vitæ quis fuisset canonicus, aut præbendarius, juxta tradita a juris Canonici interpretibus, citatis apud Abrahamum a Wesel *ad novell. consit. Ultrajectinas art. 18. nu. 14.* ita apud nos receptum, ut viduæ concionatorum post maritorum obitum, non qua eorum hæres, sed ex honore viris vivis habito, annum gratiæ percipiant; subinde & aliud annum emolumentum durante toto viduitatis tempore. Quorum tamen beneficiorum non erant participes, si maritus ante mortem sese abdicaverit, & dereliquerit re ipsa ministerium ecclesiasticum. Aliter quam obtineret, si tentaverit tantum atque petierit licentiam, sed necdum re ipsa fecerit abdicationem, *Abr. a Wesel ad novell. consit. Ultraject. d. art. 18. num. 14. & seqq. ibique DD. citati.*

7. Ex quibus etiam haud difficile colligi potest, quid statuendum sit, si de ecclesia in ecclesiam aliam transferatur Antistes: si enim moriatur postquam jam alio evocatus erat, & sese alteri ecclesie addixerat, sed necdum a priore fuerat solemniter more ecclesiastico dimissus, haud dubie viduam sequentur commoda ex usu ecclesie illius, unde nondum dimissus erat. Sed si missione jam impetrata, in fata concedat, antequam in nova ecclesia inauguratus esset; cum tempore mortis nulli serviret ecclesie, ad instar eorum, qui animo transferendi domicilii de loco in locum navigant, et ita sine domicilio esse dicuntur, *l. ejus qui 27. §. Celsus 2. ff. ad municipalem, summo jure neutrius loci commodis, aut anno gratiæ vidua aut liberi frui possent.* Benignius tamen id ipsis indulgendum videtur, arg. *l. unic. §. ult. ff. de bonor. possess. ex testamento militis.*

8. Quod si relicta viduitate per alias nuptias sese Ordinis inferioris viro sociaverint, pristinam prioris conjugis amittunt dignitatem, mariti secundi sortem deinceps secuturæ: nisi peculiariter a Principe id impetraverint, ut, non obstante ad aliud matrimonium transitu, pristina nihilominus mariti prioris censean-

tur dignitate; *d. l. famina 8. in fin. l. ult. pr. ff. b. t. l. filii 22. §. vidua 1. ff. ad municipalem, l. cum te 10. C. de nuptiis, l. mulieres 15. C. de dignitatibus.* Quæ tamen, ut perraro impetrari solebant teste Ulpiano in *d. ult. pr. ff. b. t.* ita, ne tale quid ullo in posterum modo velint aut petant mulieres ad alia vota properantes, a Justiniano interdictum videtur, ac sancitum, eam, quæ mariti prioris oblita erat, amplecti debere illius fortunam matrimonii, ad quod post nuptias priores venit, *novell. 22. cap. non tamen 36.* Cui consequens est, ut et marito secundo in fata concedente, vidua ex vi ritæ tantum novissimæ conditione æstimetur; ac neque prioris mariti, neque pristinam propriorum natalium dignitatem recuperet, quippe quam utramque contempsisse videtur simulque amisisse, vilioris mariti nuptias sequendo; nec æquum visum, ut, quæ priorum oblita erat, rursus ex prioribus adjuvaretur, *d. novell. 22. c. 36. arg. d. l. famina 8. vers. donec plebeii ff. b. t. Speckan quæstion. cent. 2. class. 1. quæst. 8. n. 3. Costalium ad l. 8. ff. b. t. num. 21. 22. Guido Pap. decr. 380.*

9. Quæ de Senatorum uxoribus dicta, ad matres haud extendenda; improbatæ Saturnini contra sentientis opinione, ut nunquam recepta, *l. 1. §. 1. ff. b. t. Exceptæ tamen sunt matres scholarium, quippe quæ iisdem fruuntur privilegiis cum ipsis scholarium uxoribus ac liberis, l. ult. C. de privileg. scholarum; ut & matres consulum, quæ filio consulari consentiente frui possunt prerogativa in populum munera spargendi, novell. 105. cap. Si quidem 2.*

10. Evanescit dignitas Senatoria, si quis ex crimine vel aliter indignus redditus, Ordine Senatorio motus fuerit. Quæ tamen ab Ordine remotio neque jam natis liberis, neque conceptis ac nondum enixis nocebit, aut acquisito natalium spoliabit splendore; sed demum conceptis ex patre jam amoto erit nocitura, *l. emancipatum 7. §. 1. l. filiam 9. ff. b. t. l. Senator 11. C. de dignitat.* Plane si quis avum Senatorem habeat, conceptus vero ac editus fuerit ex patre jam ab Ordine moto, Senatorium tamen eum censendum esse, responsum est; sic ut et potius avi dignitas prosit, quam obsit casus patris, *l. emancipatum 7. §. ult. ff. b. t. junct. l. qui ad tempus 2. §. in filiis 2. in fin. ff. de decurion.* Quod ita obtinuit, ne alioquin nepos, tanquam plebejus, libertinæ conditionis uxorem ducat, atque ita ad avum inde quadam dignitatis sigillatio redundaret. Quamvis aliud dicendum fuerit in quæstionibus poenæ irrogandis; dum non aliter Senatorum nepotes ac pronepotes quæstionibus ac plebejorum poenis subditi manent, quam si prioris gradus liberos, per quod id privilegium ad ulteriorem gradum transgreditur, nulla pudoris macula adspersa, *l. Divo Marco 11. C. de quæstionibus,* nisi quis malit accipere *d. l. 11. de casu quo avus aut proavus non ultra superstes est, ut ex nepotum aut pronepotum dedecore quandam sentiat sigillationem atque dolorem, d. vero legem 7. §. ult. de casu, quo ascendens ille avus aut proavus adhuc superstes est, & ita quandam læsionem videretur sentire.* Porro de antiquo Senatorum ornatu ac vestimentis, vide *Brissonium antiquit. lib. 3. cap. 16. & in universum de Senatu Romano Johanssem Sarium Samoscium, Paulum Marcellum, Francisc. Hottomannum, relatos in to-*

num primum & secundum Thesauri Antiquitatum Romanarum; Valent. Forsterum, *hist. juris civ. lib. 2. cap. 83.*

TITULUS X.

De officio Consulis.

SUMMARI.

1. De consulum origine ac potestate; qui auctores de consulibus videndi sint.
2. Diminuta fuit sub Imperatoribus potestas consulum; multa tamen adhuc per eos expedita. Potuit consul apud se manumittere, non apud collegam, collega tamen cognoscebat de causa manumissionis, si consul esset minor annis viginti.
3. Consules alios fuisse ordinarios, alios suffectos, alios honorarios.

1. **M**agistratus populi Romani vel Urbani sunt, vel Provinciales. Inter Urbanos primo loco habentur consules, ita a consulendo dicti, quod reipublica consulerent, simulque etiam consulerent Senatium. Horum priscis temporibus non summa tantum auctoritas, sed & potestas fuit: æquale enim cum Romanis Regibus, in quorum locum successerant, in Republica in plerisque jus exercuerunt. Ne tamen per omnia regiam potestatem sibi vindicarent, lege lata cautum fuit, ut ab iis provocatio esset, nec possent in caput civis Romani animadvertere in jussu populi; sed tantum coercere, & in vincula publica duci jubere. Hi ex Ordine Senatorio (postea etiam ex plebe) electi, præsidebant Senatui, res omnes pace belloque tractabant, Senatium convocabant, dimittebant, sententias in Senatu, leges apud populum rogabant; & primo quidem juri etiam dicendo præerant; sed cum crebris avocarentur bellis finitimis, horum officia hac in parte prætores supplerunt, *§. lex est, quod h. Inst. de jure natur. gent. & civit. l. 2. §. ex actis 16. & §. cumque consules 27. ff. de orig. juris.* De horum consulum origine, officiis, auctoritate, fascibus, lictoribus, vix latius Carolus Sigonius de antiquo jure Provinciar. libr. 3. cap. 8. et 10. Rosinum antiquit. Roman. lib. 7. cap. 9. Speckan. quæst. cent. 2. class. 1. quæst. 3. 4. 5. 8. 7. Rittershusium ad novellas part. 2. cap. 2. numer. 5. Forsterum historia juris lib. 1. cap. 13. 14. 15. et 16. Amajam in Cod. ad l. 66. Cod. de decurion. cap. 1. Perezium tit. 1. C. de consulibus. Gregor. Tholosan. Syntagma juris civil. lib. 47. cap. 15. Alex. ab Alexandro genial. dier. libr. 3. cap. 3.

2. Licet autem, translato in Imperatores omni imperio ac potestate, imminuta admodum fuerit consulum potentia, sic ut umbram magis titulosque antiqui consulatus, quam jus & auctoritatem dignitatis retinuerint; mansit tamen idem honoris fastigium, sic ut viris præfectoris non tantum æquales, sed & superiores habiti fuerint, *l. unic. C. Theodor. de consulibus, præfectis, magistris milit. et patriciis, lib. 6. tit. 6.* Petrus Faber lib. 1. semestr. cap. 2. circa fin. ac ne ipsi quidem Romani Principes hunc dignitatis titulum aspernati fuerint, aut infra suam crediderint majestatem, imo inadscientem sibi consulum arrogaverint, *nov. 105. c. si autem etiam 2. in fine.* Quamvis haud sit eundem inficiat; quin

supra consularem dignitatem fuerint summo patri-
ciatus honore conspicui, *§. filiusfamilias 4. Inst. quib. mod. jus patr. potest. solvit. l. nemini 3. & ult. C. de consulibus, et non sparg. ab his pec. Manserunt & varii voluntaria, tum contentiosæ jurisdictionis actus, apud eos & per eos exercendi, l. quidem 57. ff. de re judicata; nam & iudices arbitrosque dederunt, lib. 1. §. si quis 3. vers. denique, cum ff. de appellat. l. si cui 50. ff. de condit. et demonstr. & tutores constituerunt ac confirmarunt, §. sed ex his legibus 3. Inst. de Attilian. tit. l. 1. §. 1. in fin. ff. de confirm. tit.; cognoverunt quoque de liberali causa, arg. l. si cui libertas 50. ff. de condit. et demonstr. juncta l. Divi fratres 27. ff. de liberali causa, ibique Gothofred. in notis de fideicommissis, l. pater meus 29. ff. de legatis 2. §. 1. Inst. de fideicommissa baredit. de alimentis, l. solent 3. in fine ff. de alimentis vel cibis. legat. Insuper facta penes eos manumissiones, adoptiones, emancipationes, sic ut & consul filiusfamilias apud se mancipari, & in adoptionem dari, & ipse apud se servum manumittere, filium emancipare, aut in adoptionem dare potuerit, l. si consul. 3. l. 4. ff. de adoption. l. unic. §. 2. ff. b. t. deque suo & aliorum facto id ipsum testatur Julianus in l. an apud 5. ff. de manumiss. vind. ego, inquit, cum meminissen, Javolenum præceptorem meum et in Africa et in Syria servos suos manumisisse, cum consilium præberet, exemplum ejus secutus, et in prætura et in consulatu meo quosdam ex servis meis vindicta liberavi, et quibusdam prætoribus consulibus me, idem suasi. Quamvis apud collegam nec prætor nec consul manumittere potuerit, ea procul dubio ratione, quod par in parem imperium non habeat ac potestatem *l. apud filiumfam. 18. §. 1. ff. de manumiss. vindicta, junct. l. apud eum 14. ff. de manumiss. nec contrarius hisce est Ulpianus in l. unic. §. 2. in fine ff. b. t. quippe cujus non alia mens est, quam quod minor annis 20. consul apud se manumittere non possit, nisi justam manumissionis causam apud collegam probaverit; verbis apud collegam vero causa probata potest, ita legendis, ut nulla distinctio, seu interpunctio post verbum vero ponatur. Maxime, cum idem Ulpianus in eodem lib. 2. de officio consulis scripserit, consulem apud se posse manumittere, etiam si evenierit, ut minor annis viginti sit, l. si rogatus 20. §. ult. ff. de manumiss. vindicta. Manumittit scilicet consul minor apud se, quia actum voluntariæ jurisdictionis apud se exercere quisque potest: at causam justam manumissionis ipse non examinat, quia causæ examen non est voluntariæ jurisdictionis actus, sed mixtum quid inter voluntariam & contentiosam; sicut decreti interpositio super alimentis testamento relictis, immobilium pupillarium alienationibus, & alia pura; de quibus tit. de jurisdictione; in quibus nemo sibi jure dicere potest, arg. l. ult. ff. de offic. prætoris. Nec mirum cuiquam videri debet, consulem in d. 11. proponi annis viginti minorem, cum tamen nullus fuerit ad honores evehendus minor annis viginti quinque, l. ad rempubl. 8. ff. de numer. et honorib. nullus in specie ad consulatum admovendus, nisi qui ædilitate, questura, ac prætura fuisset functus, ut pluribus Gregorius Tholosan. syntagma jur. civil. libr. 47. cap. 15. num. 10. et sequi Alexander ab Alex. genial. dier. lib. 3. cap. 3. Et enim regula**

riter ista quidem obtinuerunt; sed nonnunquam ex causa minores quoque extra ordinem admissi, *l. non tantum 11. ff. de curionibus, l. quidam consulebat 57. ff. de re iudicata*. Principe scilicet idoneum censente eum, qui ex iure communi fuisset inhabilis, quasi iudicio principali obviare sacrilegii instar est, *l. disputare 3. C. de crimine sacrileg. l. sacrilegii 5. C. de diversis rescriptis*.

Ceterum consules alii fuerunt ordinarii, qui scilicet in anni cuiusque initio eligebantur, & ex quorum consulatu fiebat annorum numeratio ac designatio. Alii suffecti, qui in consulum ante finem anni demortuorum, aut aliter deficientium locum destituebantur: a quibus non annorum quidem designatio, sed tamen Senatusconsultorum, veluti Trebelliani, Pegasiani etc. denominatio desumpta fuit, Bacchovius ad *G. 4. Instit. de fideicommiss. bared.* Qui tamen suffecti cum honorariis consulibus haud confundendi, ut perperam putat Ritthershusius ad *novell. par. 2. cap. 2. num. 5. in mod.* Constat enim, honorarios fuisse eos, qui non administrabant, *l. 3. C. de consub. et non sparg. ab his pec. adde l. ult. C. de decurion. in princ.* eo sensu, quo et honorarii tutores dicti, *l. quod si forte 14. G. sunt quidam 1. ff. de solutionib.* cum ex adverso suffecti per reliquam anni partem subirent eandem reipublicæ gubernandæ curam, quam illi, qui in anni cuiusque ingressu electi fuerant. Accurate Sepeca *l. 5. de ira cap. 51.* describens eum, qui dignitatibus auctus, nec tamen contentus, ampliores sperat: *dedisti, inquit, mibi præturam? sed consulatum speraveram; dedisti duodecim fasces? sed non fecit ordinarium consulem; a me numerari voluit annum? sed deest mibi ad sacerdotium.*

TITULUS XI.

De officio Præfecti prætorio.

SUMMARIA.

1. Quid fuerit præfectus prætorio, & qua olim, quæ postea potestas ejus?
2. Quot fuerint præfecti prætorio, & qui auctores latius de his scripserunt.

1. **P**ræfectus prætorio sub primis Imperatoribus erat, qui præerat militibus Prætorianis ad custodiam Principis lectis, pleniorque habebat licentiam ad disciplinæ publicæ emendationem: simul antiqui Regum tempore tribunus celerum, ac difficilioribus reipublicæ temporibus, (ubi dictator creabatur) adjunctis dictatori magistris equitum, *l. 2. G. populo deinde 18. 19. ff. de orig. jur. l. unic. pr. ff. b. t.* Hujus ita paulatim increvit auctoritas, ut summam post Principem adeptus fuerit potestatem; simul tamen usque adeo mutata, ut cum olim militibus præses, postea nullam habuerit in illos potestatem, dum per Imp. rescriptum legitimus ipsi præfecto prætorio: *vires illustres comites & magistris peditum & equitum nullam penitus in provinciales habere potestatem; nec amplissimam præfecturam in militaris viros l. 1. C. de offic. magistris militum.* Adde *l. cor, qui 5. C. de apparit. magistror. militum, Vinnium tract. de iurisdic. cap. 2. num. 7.* Hinc ipsis rerum ac iudiciorum summa commissa, *l. quilibet 40. C. de decurionibus, ac præsides pro-*

vinciarum jussi reos effractores remittere ad præfectos prætorio, si majori animadversione opus esset: sic ut merum omnino habuerint imperium, atque etiam jus deportandi *l. 1. G. a præfectis 4. ff. de legatis 3. l. ex Divi 4. C. de locato & conducto*, ad ipsos quoque ab aliis iudicibus, veluti inferioribus appellatum, *l. precipimus 32. C. de appellat.* sed ab ipsorum sententiis, licet olim appellari ad Principem potuerit, postea tamen omnis appellandi facultas interdicta fuit; præsumptum enim, eos qui ob singularem industriam, explorata fide & gravitate, ad hujus officii magnitudinem adhibentur, non aliter iudicatos esse pro sapientia & luce dignitatis suæ, quam ipse Princeps foret iudicaturus *l. unic. G. 1. ff. b. t. l. præfecti 17. ff. de minoribus 25. annis*, unde nec ipsæ Principum sacræ jussiones robur habuerunt, nisi a præfecto prætorio fuissent confirmata, *novell. 152.* (ut tamen applicatio licita fuerit intra biennium *l. un. C. de sent. præfect. prætor. de qua lib. 49.*) nec quisquam, nec minor quidem, adversus eorum sententiam a quoquam, nisi ab ipsis restitui potuit, *l. un. G. ult. ff. b. t. l. præfecti 17. ff. de minoribus 25. annis*, vel ab Imperatore, *l. minor 18. G. idem 3. ff. de minoribus 25. annis*.

2. Primis autem temporibus unus tantum fuit præfectus prætorio; sed sub Justiniano quatuor, puta, Orientis, Illyrici, Africæ, & Italiæ, quibus etiam jus edicta condendi datum fuit (quæ forme appellatæ) si modo nec legibus nec constitutionibus essent contraria, *l. formam 2. C. de offic. præfecti prætor. orientis*, de hisce latius Pancirolus *notitia imperii lib. 1. cap. 5. & lib. 2. cap. 2. 3.* Amaja in *Cod. ad l. 66. C. de decurionib. cap. 2.* Petrus Faber *semestrium lib. 1. cap. 2.* Rosinus *l. 7. antiquit. Roman. c. 33.* Jacobus Gothofredus *post Codicem Theodosian. in notitia dignitatum in princip. Adde Cassiodorum variorum lib. 6. formula 3.*

TITULUS XII.

De officio Præfecti urbi.

SUMMARIA.

1. Qualis fuerit præfectus urbi, quando creatus?
2. Criminalem habuit jurisdictionem usque ad centesimum ab urbe lapidem, conciliata *l. 1. pr. & G. 4. cum l. ult. ff. h. t. potuit in perpetuum interdiceret foro, advocacionibus &c. quod præses non potest. Conciliata l. 9. pr. cum l. ult. ff. de poenis.*
3. Quæ potuerit in negotiis civilibus; & de popularium factionibus.
4. In milites non habuit jurisdictionem.
5. Ubi plura videri possint de hoc magistratu.

1. **P**ræfectus urbi Regum priacorum Romano-rum tempore, iisdem absentibus, curam urbis agebat. Sed & ejectionis Regibus, ante constitutos prætores, aliquando creatus fuit, utroque consule belli causa peregre profecto, *l. 2. G. & hac omnia 53 ff. de orig. jur. Tacitus Annal. lib. 6. cap. 10. in fin. & cap. 11.* Paulatim vero in desuetudinem abiit ejus eligendi usus; donec translato ad unum reipublicæ regimine primus Augustus urbi præfectum

de novo constituit, non annuum, sed perpetuum, qui Principe absente, quietem urbem suam fidei commissa tueretur. Hic dignitate par erat praefecto praetorio, & magistro militum; adeo ut, quisquis ex his tribus primus honoris codicillos obtinisset, reliquis esset ordine anteposendus l. 1. a. C. de praefectis praetorio sive urbi. Ut tamen, non obstante hoc aequali dignitatis gradu, maior praefecti praetorio, quam praefecti urbi, potestas fuerit; in quantum a sententia praefecti urbi ad Principem patuit appellatio, quae a sententiis praefectorum praetorio interdicta, l. *Emilius* 58. in med. ff. de minor. 25. annis, l. 2. C. de his qui per met. jud. non appell.

2. Plurima hujus praefecti cura fuerunt demandata. Vindicavit enim sibi sub Imperatoribus punitionem omnium criminum: sic ut & ad ipsum per praetores vigillumque praefectos remittendi fuerint, in quos ob insignem malitiam in tutela commissam, vel ob incendia dolo concitata, gravius erat animadvertendum, *§. anipen. & pen. Instit. de suspect. tutor. l. ult. ff. de offic. praefecti vigillum, l. 1. §. solent 7. ff. b. r. Vinnius de iurisdic. cap. 2. num. 4. 5.* sive in urbe ipsa crimina perpetrata fuerint, sive extra urbem intra Italiam, non quidem omnem, sed centesimam ab urbe lapide conclusam. Ultra lapidem centesimum commissae egrediebantur notionem ejus, l. 1. pr. & §. 4. ff. b. r. Et hoc est, quod Ulpianus monuit in l. ult. ff. b. r. praefectum urbi, cum terminos urbis exierit, potestatem non habere: per terminos urbis, non muros, sed centesimum ab urbe lapidem designans, convenienter d. legi prima §. quarto, cujus ipse auctor est. Quemadmodum saepius alibi Romam non muris, sed aliis terminis, veluti, continentibus extra muros aedificiis, circumscribi, responsum est, l. nam quod §. si ita legatur 4. ff. de pen. legati, l. ut Alphenus 87. l. qui in continentib. 147. ff. de verb. signif. l. cui, qua Roma 84. ff. de legatis 3. Habuit ergo praefectus urbi meum imperium, & iudiciorum tum publicorum, tum extraordinariorum exercitium, ac potestatem non modo penas legitimas exsequendi, sed & extra ordinem pro admissi gravitate imponendi, l. 1. §. ult. ff. de penis, dammandi in metallum, l. 1. §. cum patronus 10. ff. b. r. deportandi, & relegandi in insulam, quam Imperator assignaverit, l. 1. §. relegandi 3. ff. b. r. interdicendi urbe, regione, negotiatione, professione, advocacione, foro, spectaculis; idque vel ad tempus, vel in perpetuum, l. 1. §. pen. ff. b. r. l. relegatus 14. §. 2. ff. de interd. & relegatis. Quae eadem etsi praesides quoque potuerint, ut constat ex l. moris 9. pr. & §. §. seqq. ff. de penis; non tamen potuerunt ultra tempus suae administrationis, ut Paulus notat leg. ult. ff. de penis. Et licet coaetaneus Paulo Ulpianus etiam praesidibus tribuerit jus interdicendi arte, advocacione &c. in perpetuum, d. l. moris 9. in pr. ff. de penis; nulla tamen pugna est. Cum enim jus illud in perpetuum interdicendi demum praesidibus denegatum fuerit per constitutionem Antonini Caracallae, sub quo & Ulpianus & Paulus vixerunt scripseruntque, fieri facile potuit, ut Ulpianus libros de officio proconsulis conscripserit, antequam esset promulgata illa Antonini constitutio: ea vero recenter promulgata, tum demum Paulus suos scripserit responsorum libros: adeoque Ulpianus juris veteris meminerit, ignota et-

iamum illa constitutione; Paulus juris recentissimae introducti. Quam conjecturam juvat quoque, quod, hac Antonini constitutio demum sub finem imperii ejus promulgata fuit, ut colligi potest argumento legis 1. C. de postulando, cujus auctor idem Antoninus; & in qua, anno demum penultimo imperii condita, dum adhuc juris antiqui definitionem, ac potestatem interdicendi in perpetuum in magistratu provinciali praesupponit, necesse est, rescriptum illud, cujus Paulus in d. l. ult. mentionem facit, non nisi ultimis istius Imperatoris temporibus fuisse emissum.

3. Pertinuit & ad officium ejus, tutores & iudices dare, *§. sed hoc jure §. Instit. de Attil. tut. l. cum praetor 12. §. 1. ff. d. iudicis l. ult. ff. b. r.* efficere ut pretio iusto annona distrahatur, l. 1. §. cura carnis 11. ff. b. r. tueri quietem populi & popularium, eumque in finem dispositos habere milites stationarios, l. 1. §. quis 12. ff. b. l. (eo fere modo, quo agonothetae, qui certaminibus praesidebant, adjunctos habebant mastigophoros, qui virgis insolentiam certantium ac spectatorum coercerant; de quibus Friszonius *selekt. antiq. lib. 4. cap. 17.*) sic ut & eos, qui turbulentis aclamationibus popularium sese accommodando, seditioni sese reddidissent obnoxios, pro admissi gravitate punire potuerit, talesque in provinciis forte latitantes ad se evocare, l. quod promulgatis 2. C. de offic. praef. urbi junct. l. capitalium 28. §. solent 3. ff. de penis. De horum popularium factionibus, praecipue quatuor, prasina, veneta, russata, & albuta, vide Cassiodorum 3. *variar. epist. 51.* Cujacium lib. 8. *observat. 29.* Rosinum lib. 5. *antiqua. cap. 5. in med.*

4. Ceterum hanc omnem potestatem suam & jurisdictionem praefectus urbi tantum exercebat in paganos: milites enim magis suis suberant ducibus, ac maxime magistris militum, l. 1. C. de offic. magistris militum. l. 1. C. de exhib. & transmiss. reis, l. magister. 6. C. de iurisdic. omn. iudicum, l. ult. C. de re militari l. viros 8. C. de divers. offic. & apparit. judic. Excipiunt quidem, nisi de tributaria collatione agatur, l. eos, qui 3. C. de offic. magistris militum, vel statutum numerum superantes militarent, quibus casibus putant, eos civilibus parere iudicibus, parinde ac si nec cincti nec militantes essent, l. eos, qui 5. C. de apparit. magistror. milit. sed cum leges illae non de militibus, sed magis de apparitoribus magistrorum militum agant, qui militare decantur in officio magisteris potestatis; vix est, ut has de jure Romano exceptiones admitteris.

5. De magistratu horum officiorum vide latius DD. ad tit. C. de offic. magistris militum. Cassiodorum 6. *variar. 4.* Pancirolium notit. *utriusque imperii lib. 1. cap. 5. & cap. 30. 31. 32. & cap. 40 & seqq. usque ad cap. 59. & lib. 2. cap. 20. & seqq. usque ad cap. 28.* Amajam in Cod. ad l. 66. de decurion. cap. r. n. 23. & seqq.

TITULUS XIII.

De officio Quaestoris.

SUMMARIA.

1. Quid fuerint quaestores parricidii, quaestores avarit, quaestores sacri palatii?

2. Quid quæstor vagabundorum, & ubi plura de quæstoribus legi possint.

1. Quætores varii fuerunt generis: alii *parricidii*, qui in libera republica constituebantur a populo, ut rebus capitalibus præessent; eo quod de capite civis Romani iniussu populi non erat lege permissum consilibus jus dicere, l. 3. §. *Quia, ut diximus* 23. ff. de orig. juris; alii *ararii*, a Romulo aut saltem Tullo Hostilio Rege instituti, qui pecuniis publicis conquirendis ac conservandis vacabant, l. unic. ff. b. t. l. 3. §. *deinde cum ararium* 22. ff. de orig. juris; sive urbanae sive provinciali pecunia præessent, sortiti provincias ex Senatusconsulto, l. unic. §. 2. ff. b. t. Alii denique quætores *sacri palatii*; quorum officium non tam in cogenda pecunia consistebat quam potius in eo, quod Principum libris, orationibus, epistolis in senatu legendis vacarent; etiam candidati Principis appellati l. unic. §. 2. & ult. ff. b. t. Confer Brissonium *antiquit. lib. 1. c. 17.* quorum auctoritas paulatim incremens sub posterioribus Imperatoribus, ac præcipue sub Justiniano, tanta fuit, ut omnem fere juris et Justitiæ in aula Principis administrandæ curam habuerint, præcibus Principi oblati responderint, responsa Principis subnotaverint, l. ult. C. diversis reat. & pragmat. *sanct. l. præcipimus* 32. C. de appell. leg. 1. 2. Cod. b. t. novell. 114. cap. 1.

2. Fuit et a Justiniano institutus in urbe Constantinopolitana quæstor, qui in vagabundos, mendicos, similesque inquirebat, ac laboribus eos addicebat; de crimine quoque falsi ac executorum concussionibus cognoscebat, novell. 80. Plura de quæstoribus ac variis eorum officiis vide apud Cassiodorum lib. 6. var. formula 5. Pancirolium *notis. utr. imper. lib. 1. cap. 75.* Rosinum *antiquit. lib. 7. cap. 22.* Carol. Sigonum *de antiquo jure provinc. lib. 2. cap. 3. & 8.*

TITULUS XIV.

De officio Prætorum.

SUMMARIA.

1. Quid prætoris fuerint, qualem habuerint jurisdictionem?
2. De numero Prætorum.
3. Prætoris officium constituisse in tribus, do, dico, addico. An & quo usque Prætores venire potuerint contra jus civile?
4. Quinam latius officia prætorum transierint?
5. Proponitur species facti l. ff. h. t.
6. An gesta apud tabellionem putatorem vel creatum quidem, sed impedimento legali laborantem, valeant, nec ne, per distinctiones tractatur?
7. An instrumentum nullum sit, ac fide publica destitutum, si tabellio extra territorium illius Principis, a quo constitutus est, illud conscripserit? & quid juris, si conscripserit quidem in territorio Principis, sed alia in urbe, vel pago, quam in quo a magistratibus admissus est?
8. Quales sint bodiæni prætores?

1. Prætores generalis dicti omnes magistratus, ipsique etiam militæ præfecti, & eo sensu ipsi consilibus antiquiores dicuntur in nov. 25. in

præfat. novell. 25. in præfat. in specie vero, qui iuri dicundo præerant, instituti primitus ob id, quod consules, qui jus dicebant, propter frequentia bella ab urbe ut plurimum absentes iustitia administranda intenti esse non possent, sic ut consulum vicem in iure dicundo prætores supplerent, l. 2. §. *cumque consules* 27. ff. de orig. juris. Voluntariam et contentiosam habuerunt jurisdictionem, eamque civilem; hinc iudices, tutores, bonorum possessiones dabant, mittebant in bonorum possessionem variis ex causis, tutores suspectos removebant, aliaque tractabant suis locis explicanda. Criminalem autem jurisdictionem prætores urbani non habebant; adeo ut sub Imperatoribus a prætore ad præfectum urbi remittendi fuerint, quotquot graviori animadversione corporali coercendi erant, ut dictum sit de off. præf. urb. Quin tamen constituere potuerint, ut, servi & viles personæ, egestate ac infamia laborantes, & ita contemnentibus civile injuriarum iudicium, verberibus coercerentur ob illatam injuriam, abunde patet ex l. sed si unus 17. §. *cum servus* 4. et 5. l. si quis injuriam 55. ff. de injuriis. Sed hæc de iis intelligenda prætoribus, qui iudicandis privatis causis civilibus erant præpositi; nam & alii fuerint, qui publicis in libera republica præerant iudiciis, teste Pomponio in l. 2. §. *capta deinde* 32. ff. de or. juris, quibus criminalem jurisdictionem non recte denegaveris; quemadmodum et iure novissimo jus gladii a Justiniano datum fuit prætori plebejo in urbe Constantinopolitana, corrigendis populi moribus corruptis creato nov. 12.

2. De numero prætorum vix quicquam certi est. Unum ab initio fuisse creatum, qui *urbanus* dicebatur, hinc mox alterum additum, qui inter cives et peregrinos jus diceret, et *peregrinus* appellabatur; successu temporis alios atque alios (prout reipublicæ visum expedire) additos fuisse, sic ut aliquando octodecim in urbe Prætores fuerint, refert Pomponius d. l. 2. §. 27. 28. 52. ff. de orig. juris, et longe plures, Dion Cassius lib. 41. ad ann. ab U. C. 717. in princ. postea ad numerum ternarium prætura redacta l. 2. C. b. t.

3. Ceterum in tribus potissimum consistere dicebatur prætoris officium, quæ tribus denotata verbis, do, dico, addico. Dabant nempe iudices, tutores &c. dicebant jus; addicebant, quæ solemniter in iure cessæ, vel victori per sententiam adjudicata fuerant; mediis insuper temporibus, donec conditum fuit editum perpetuum, jura edito proponendi potestatem habuerunt; sic ut & jus honorarium *viva vox juris civilis* dictum fuerit, leg. nam & ipsum 8. ff. de jur. sit. & jure; & quamvis prætores plerumque juris civilis debuerint custodes esse, velut juris rectores, l. 2. §. *post originem* 13. ff. de orig. juris, nec ea facere potuerint, quæ juri civili directo contrariabantur, sic ut &, ubi lex vel Senatus vel constitutio capere vetat, veluti hæreditatem, ibi nec prætor dare possit, verbi gratia, bonorum possessionem, l. non est 12. §. 1. ff. de bonor. poss. l. un. ff. quib. non compet. bonor. poss.; tamen propter utilitatem publicam non adjuvandi tantum, sed & supplendi & per indirectum corrigendi juris civilis habuerunt potestatem, l. *jus autem* 7. in fine ff. de just. & jure, veluti dando bonorum possessiones variis, qui jure civili non erant ad hæreditatem vocati, sed

præteriti, vel vocati testamento minus per jura civilia valente; dando publicianam actionem illis, qui necdum usucapione dominium quæsierant, &c. de quibus alibi suis locis.

4. Plura de prætorum initiis, dignitate, insigniis officiis, tradunt *nov. 24. in præf. nov. 26. 29. Livius lib. 6. in fin. & lib. 7. Gellius lib. 13. cap. 15. Pancirollus notit. utr. imp. lib. 1. cap. 29. Alex. ab Alexandro gen. dier. lib. 2. cap. 15. Polletus bistorg. fori Romani lib. 3. cap. 2. 3. 4. Forsterus bistor. Juris lib. 2. cap. 84. 85. 86. Rosinus antiqu. lib. 7. cap. 11. & 43. D. Noodt probabil. lib. 1. cap. 6.*

5. Cum autem facti species extitisset, quod Barbarius Philippus, servus, sed a domino profugus, Romæ se liberum gessisset, ac præturæ obtinuisset dignitatem, multaque per eum edicta decreta essent; comperta deinde cervili ipsius conditione, quæsitum fuit, an per eum & apud eum gesta rata habenda essent, nec ne? Et responsum, *humanius esse, ut nihil eorum, quæ scilicet decreta vel edicta erant, reprobaretur*, adeoque omnia manerent rata propter utilitatem eorum, qui apud talem prætorem egerant; non quidem ex communi errore populi, qui jus facere non potest; cum jus omne ex voluntate ac consensu legislatoris profluat, quem error excludit: sed magis ex populi approbatione, quæ discussio jam errore, ac comperta veritate subsecuta est; tum ne plurima negotia bona fide gesta rescinderentur cum detrimento republicæ; tum etiam, quia populus vel ærvo libertatem dare, vel legem de servis quoque in prætores eligendis condere potuisset, atque ita Barbario præturam decernere, *l. Barbarius 3. ff. de offic. prætor. Vide ad hanc l. prolixè Jac. Gothofredum libello singulari.*

6. In questione ergo, an apud magistratum aut tabellionem putativum gesta, eandem habeant firmitatem, quam ea, quæ coram veris sunt acta notariis aut magistratibus; rem omnem sequentibus posse distinctionibus comprehendi puto. Aut enim ab omnibus vel plerisque pro tabellione vel magistratu quis fuit habitus, aut a paucis tantum, qui eum adiverunt. Si a paucis tantum, nihil eorum quæ coram eo ab ipsis etiam ignorantibus gesta, subsistet; tum quia supinus & ita non excusandus error est, id ignorare, quod plerique norunt, & quod quis inquirendo diligenter, potuisset habere notum, *l. nec supina 6. l. regula 9. §. sed facti 2. ff. de juris & facti ignor., arg. l. item si 7. §. proinde & si 7. ff. de Senatuscons. Macedon., & ut nemo debet esse ignarus conditionis ejus, cum quo, ita nec ejus, apud quem contrahit, actumque gerit, l. qui cum alio 19. ff. de reg. juris.* Tum etiam quia, uti privatorum pactis jurisdictio vel potestas publica dari nequit ei, qui eam non habet, sic ut inutile sit, quicquid a tali profectum est, *l. privatorum 3. C. de jurisdict. omn. jud. & foro compet. ita nec privato, eoque non communi errore; ne aliquin id, quod ne expressus quidem potest consensus, operetur ipsum consensum excludens error.* Quod si ab omnibus aut plerisque: videndum, utrum magistratus aut tabellionis titulum impetriverit ab iis, qui talem creandi potestatem habent, cum tamen in creato legale subesset impedimentum, quo minus crearetur: an vero nunquam hujusmodi functio ei vere delata sit. Si enim solummodo creditum vulgo fuerit, ipsum in tabellio-

num aut magistratum numerum esse cooptatum; cum tamen nihil tale re ipsa contigisset, solus ille communis omnium aut plerorumque privatorum error non potest facere tabellionem aut magistratum, qui talis non est; eo quod singuli privatum errantes, etiam ut privati considerandi sunt, nec collectim considerari queunt, cum nullum commune negotium errore gesserint, nullumque appareat eorum commune factum. Ac proinde, licet omnes erraverint, omnes tamen atque singuli tanquam privati: sic ut & ratio superius adducta ex *l. 3. C. de jurisdict. omn. jud.* hic quoque locum habeat. Et certe, si solus ille communis error sufficeret ad gestorum validitatem, non usque adeo suæ liberalitati Imperatores vindicassent, quod sustineretur testamentum, cui inter testes reliquos idoneus servus, omnium opinione liber existimatus, fuerat adhibitus, *§. sed cum aliquis 7. Instit. testament. ordinand.* Nec hisce reputat, quod error jus facere dicitur in *l. supellectili 3. §. ult. ff. de supell. leg.* quodque cessat Macedoniani exceptio, si quis mutuum ei numeraverit, qui non vana opinione, sed plerisque paterfamilias credebatur, *l. si quis 5. ff. de Senatuscons. Maced.* Ex enim in *d. l. 3. de supellect. legata*, error communis populi circa vocis significationem jus facit, quia verba non auctoritate publica, sed usu populi, valere notum est. Et ut quis vel paterfamilias vel filiusfam. sit, ex privatorum arbitrio, ex fato, morte, accidentibus aliis dependet, licet publica non adsit auctoritas; ut proinde facilius communis populi opinio errantem, atque ita credentem excuset. Sed si quis ad tabellionis munus aut magistratus officium admotus fuerit per eos, qui ejus faciendi potestatem habent, quique errore communi ignorarunt impedimentum, quo muneri admotus vel ab initio inhabilis erat, vel post collatum ab initio rite munus inceperat inidoneus esse, ipse quidem scienter adspirans ad munus, illudve retinens contra leges, congruente poena coercendus est, *l. Præses 2. C. si servus aut libertus ad decurionat. aspirav.* sed firmum nihilominus atque ratum manebit ex æquitate & humanitate, quicquid coram tali tabellione vel magistratu gestum, non per ignorantes tantum, sed & per scientes impedimentum, cum forte paucis illud innotuisset; non propter communem errorem, sed propter designationem seu electionem, & discussio errore subsecutam tacitam probationem eorum qui eligendi ac comprobandi potestatem habent, ut ante dictum, convenienter *legi tertia ff. b. i.* Vide Jac. Gothofredum *libello singul. ad d. l. 13. ff. b. i. n. 3. Zoesium ad Pand. b. i. Besoldum delib. juris ad Pand. lib. 1. n. 47. pag. 153.*

7. Cum vero penes nos moris sit, ut tabelliones non solum a provinciæ cujusque ordinibus, vel ordinibus representantibus Curiis provincialibus, tanquam idonei comprobentur: sed insuper in illa urbe vel loco, ubi praxim exercituri sunt, a magistratu nominatim admittantur; duplex superesse potest dubitatio, quarum prima est, an valeant instrumenta tanquam publica, ab iis conscripta extra Provinciam illam, a cujus ordinibus aut Principe probati, & auctoritate publica donati sunt. Altera, an subsistant confecta per eos intra provinciam quidem ejus, qui ipsos publica instruxit auctoritate, sed tamen in alia urbe aliove loco, quam in quo praxeos exercendæ

licentiam obtinuerant. Priorem quod attinet, dicendum videtur, nullo modo publicam mereri fidem vel auctoritatem instrumentum, quod, verbi gratia, confirmatus per Hollandiæ Ordines tabellio in Ultrajectino Friscove solo conscripsisset; aut admissus in Gallia, concedisset in Belgio. Quod enim pro publica habeatur persona, quod ejus acta sic publicam mereantur fidem, ut instrumenta alia publice apud acta exarata, id non aliunde est, quam ex potestate concedentis, qui, uti tanquam Princeps, publicam ipse potuit fidem facere, ita & fidei probata personis eandem tribuere potestatem. Cumque evidens sit, ipsum illum, qui hanc tabellioni fecit potestatem, si territorium suum egressus fuerit, pro privato habendum esse, *l. ult. ff. de off. præf. urbi l. Prætor provincia in sua 3. ff. de off. præsidis*, absurdum prorsus esset, eum alteri tribuere id, quod ipse non habet, id est, potestatem faciendi fidem publicam in eo loco, in quo si ipse esset, nullam ipse posset publicam fidem mereri, contra *l. nemo plus 54. ff. de reg. juris*. Neque satis recte in contrarium allegaveris, conscribenda per tabellionem instrumenta ad voluntariam pertinere jurisdictionem, etiam extra territorii limites permissam exerceri, arg. *l. omnes 2. ff. de off. procons. & legati*. Præterquam enim quod non satis apte exercitum officii tabellionis cum voluntaria jurisdictione componitur; considerandum insuper, ne ipsam quidem hanc voluntariam jurisdictionem extra territorium potuisse exerceri a proconsole, juxta *d. l. 2. nisi ei a populo vel Principe*, in omnes provincias imperium habente, id datum fuisset; dum unusquisque præses in sua provincia summum quidem habebat imperium, sed post Principem, *l. & ideo 8. ff. de off. procons. & legati*. Quod non ita est in diversarum provinciarum aut regnorum, uni summo Principi non parentium tabellionibus, de quibus nunc sermo est, Boerius *decis. 242. Paulus Voet de statutis sect. 4. cap. 3. num. ult.* Alteram questionem quod attinet, an scilicet a Principe vel curia provinciali creatus, & in una provincia illius urbe admissus, si in alia ejusdem provincie urbe vel pago, in quo ad praxin admissionem haud impetravit, instrumentum conscripserit, publicam mereatur fidem, variatum invenio. Et enim cum ex constitutione Caroli V. 21. Martii 1524. *vol. 2. placit. Holl. pag. 1331. in fine*, prohibitum esset, ex huiusmodi instrumentis jus dici, aut ullam eorum in judicando haberi rationem: postea tamen ab illo rigore videtur recessum, dum anno 1603. 27. Novembris *d. vol. 2. pag. 1457. in pr. decretum* quidem ab Hollandiæ Ordinibus, inferendum esse instrumento creationis tabellionum, ne artem exerceant in aliqua Hollandiæ urbe aut pago, nisi impetrato prius scripto magistratum dominorumve consensu; sed nulla reperitur addita nullitatis poena. Nec satis recte subintellecta videri potest; eo quod verba prohibitoria non ad contrahentes adsumptu gerentes, sed ad tabelliones diriguntur; poena autem nullitatis non in tabellionum, contra vetita facientium, sed in privatorum caput esset redundatura. Neque etiam probabile, sic Ordines voluisse minuire aut curiæ potestatem in totam provinciam, aut tabellionum fidem Curie comprobatione confirmatam, ut validitatem denegarent conscriptis intra provinciam instrumentis; sed magis ea constituisse, ut

Voet ad Pandect. Tom. I.

magistratum ac dominorum urbis ac pagi cujusque honori consulere & auctoritati; & ne falcem alienam extraneorum paterentur in suam messem, qui fidem artemque suam minori forte addiderant hominum universitati, voluisse præcavere, Jacob. Coren *observat. 37. Henric. Kinschot responsio 49. Groenevegen ad Grotium manu dicit. ad jurispr. Holl. lib. 2. cap. 17. n. 18. Imbertus Instii. Forens. lib. 1. cap. 70. num. 2. ibique in notis*.

8. Ceterum prætores hodiernos urbanos vix quicquam cum Romanis commune habere; neque tam iudices esse, quam potius eminentiores justitie ministros, advocatis fasci nostratibus similes, atque adeo in delictis accusatores, examinibus reorum & questionibus præsentem; in nonnullis etiam locis collegii judicum quasi directores, in aperto est. Vide Christinaum *ad Leg. Mechlin. tit. 1. art. 1. n. 6. Groenevegen ad l. 2. C. de custod. reorum, & ad l. 12. ff. de public. judic. Paulum Voet ad §. J. Inst. de jure nat. gent. & civili*.

TITULUS XV.

De officio Præfetti vigilum.

SUMMARIA.

1. Qualem haberimus potestatem præfetti vigilum, & quodnam eorum officium?
2. Eorum loco constituti postea prætores plebei.

1. **M**agistratus Romani vel ordinarii fuerunt, vel extraordinarii; extraordinariis annumeratus præfessus vigilum *leg. 2. §. & hac omnia 33. ff. de orig. juris*. Huius officium erat, ut cohortibus per opportuna loca dispositis, præfessus incendia, furta, & effractiones arceret. Quem in finem modica ipsi data castigatio: nam non tantum severa interlocutione comminari poterat ignem negligentius habentibus, sed & fustigandi potestatem habebat, *l. nam salutem 3. §. 1. 3. 4. l. ult. ff. b. t. adversus caparios*, qui vestimenta mercede ausceperant in balneis servanda, si quid fraudulenter admisissent, iudex erat, *d. l. 3. §. ult.* Sed si quem graviore dignum animadversione deprehenderet, ad præfessum urbi puniendum debebat remittere; neque enim ultimi supplicii infligendi jus ei competeat, *d. l. præterquam si servilis conditionis hominem in furto vel effractione deprehendisset, l. pen. ff. de condit. caus. dat. caus. non secusa*; cum enim servi pro nullis haberentur jure civili, non mirum, majorem ei in servos potestatem competiisse, quam quidem in liberos, furti effractionisve reos: quomodo & in *tit. de officio prætoris* monstratum fuit, ipsos illos prætores, quibus sola civilis competeat jurisdictio, constituitur potuisse, ut servi & viles personæ verberibus ob illatam injuriam coercerentur, *l. sed si unius 17. §. cum servus 4. & 5. l. si quis injuriam 35. ff. de injuriis*, nisi forte in *d. l. pen.* non jus, sed factum narrari dixeris; vel pro præfesso vigilum legendum putaveris præfessum urbi, quod tamen minus probabile, ob bis repetitam in *d. l. pen.* præfetti vigilum mentionem, & constantem textus lectionem; quæ aliis in locis, ubi emendatio non improbabilis est, variare deprehenditur.

2. Sed cum postea ex vilioribus eligerentur hi vi-

gilum præfetti, & obscurius ipsis a nocte ac tenebris daretur *myleparchorum* nomen, atque ipsi non raro cum furibus conspirarent: abrogato hoc magistratu Justinianus prætores plebejos constituit, ex viris undequaque honestissimis ac honoratissimis, puta illustribus, spectabilibus vel clarissimis eligendos, quibus & gladii jus concessum, *novell. 13. c. 1. 3. 6. & passim*. Vide plura apud Cujac. *ad d. nov. 15. Pancirolum notit. utr. imp. lib. 1. cap. 17. lib. 2. c. 6.*

TITULUS XVI.

De officio Proconsulis & Legati.

SUMMARIA.

1. Quid proconsul, qualem habuerit potestatem, & an eam potuerit exercere, antequam suam esset ingressus provinciam?
2. Quanam præcipua fuerint proconsulum officia?
3. Proconsul adjunctum habuit legatum, cui mandabat jurisdictionem; nec alteri mandare poterat.
4. An legati proconsulis habuerint propriam jurisdictionem, & suo nomine eam exercuerint, an nomine proconsulis?
5. Legati proconsulum non habuerunt jurisdictionem criminalem; contra est in legatis Caesaris.
6. Apud legatum proconsulis manumissio, adoptio & alii actus voluntarie jurisdictionis expediri possunt; occurritur objectionibus.

1. **E**Xpositis urbanis magistratibus, restat ut de provincialibus agatur, inter quos primo loco proconsul proponitur; qui est vir spectabilis a Senatu missus in provinciam cum imperio consulari, distinctus a præsidentibus, ac prætoribus, quippe qui in Caesaris provincias mitti solebant, præcipue, postquam Augustus validiores quasdam provincias sibi vindicavit, debiliores populo reliquit. Sueton. *in vita Augusti cap. 47. Resinus Antiquit. lib. 7. c. 42. Perzelius in Cod. b. t. n. 1. 2. Dicitur proconsul*, vel quia missus procul consul erat, vel quia consulis loco habebatur in provincia; maximam enim ibi post Principem habebat potestatem, & merum maximumque exercebat imperium; omniumque, qui Romæ vel quasi magistratus vel extra ordinem jus dicebant, partes ad eum pertinebant, neque quicquam in ea erat provincia, quod non per ipsum expediretur, *l. si in aliam 7. in fine, l. 8. 9. ff. b. t. Quam tamen potestatem exercere non poterat, nisi postquam in suam fuisset ingressus provinciam; eo excepto, quod voluntarie jurisdictionis exercitum ei, quamprimum urbe egrederetur, competierit, ipseque proconsularia insignia, sex fascium usum & alia assumeret; uti tutoris deponere portam Romæ ingressus, l. 1. 2. l. observare 4. §. ult. l. proconsules 14. l. ult. ff. b. t.*

2. Multiplicia ejus tum ante, tum post ingressum in provinciam observanda officia recensentur in *l. observare 4. §. 3. 4. 5. l. solent etiam 6. §. ult. l. 7. 8. 9. & passim fere ff. b. t. novell. 95. cap. 1. §. 2.* Præcipue cavendum, ne in hospitibus præbendis oneret provinciales; neve ultra xenia liberalitates provincialium majores admittat, *l. observare 4. in pr. l. solent 6. §. ult. ff. b. t. quæ de causa etiam suadet ei, ut sine uxore pronoscatur: licet & cum ea proficisci possit; quo tamen casu Senatuscon-*

sulto cautum fuit futurum, ut si quid uxores eorum, qui ad officia proficiscuntur, deliquerint, ab ipsis maritis ratio, & vindicta exigatur, *d. l. observare 4. §. proficisci 2. ff. b. t. cum aliqui maritus neque ex contractibus, neque ex delictis uxoris debeat obstrictus esse, l. pen. C. ne uxor pro marito*. Nota scilicet Senatui erant mulierum multarum ingenia, quæ, dum ipsæ ab honoribus exclusæ sunt, maritorum tamen potentia ad avaritiam & concussionem non raro abutuntur, muliebri impotentia, perque suos viros ambitiosæ sunt. Neque omnibus ea, quam suæ materteræ Seneca adscripsit, mens est: quæ per sedecim annos, quibus maritus a *gyptum* obtinuit, nunquam in publicum conspecta est, neminem provinciam in domum suam admisit, nihil a vino petiit, nihil a se peti passa est; de consolatione ad Helviam cap. 17.

3. Proconsuli adjunctus legatus, cui proconsul mandabat jurisdictionem, si eam ipse aliis præpeditus exercere nollit: nec, legato præterito, eandem alteri poterat mandare; id enim puto velle Ulpianum, dum in *l. observare 4. §. ult. ff. b. t.* dicit, eum debere jurisdictionem legato suo mandare. Sicut autem mandare jurisdictionem, vel non mandare, est in arbitrio proconsulis; ita adimere mandatam jurisdictionem licet quidem proconsuli, sed non inconsulto Principe id facere debet, *l. solent 6. §. sicut 1. ff. b. t.*

4. Neque tamen ex hisce credendum est, legatum alienam tantum jurisdictionem exercuisse, nihilque proprio expedivisse jure. Tametsi enim nihil poterit, antequam ea ipsi mandata esset; tamen post interpositum a proconsule mandatum, proprio jure, secundum potestatem sibi lege factam, pleraque legatum tractasse verius est: quippe quod non tantum a Pomponio innuitur, dum asserens, *legatos proconsulis nihil proprium habere, nisi a proconsule iis mandata fuerit jurisdictio, l. 13. ff. b. t.* eosdem post mandati intercessionem proprium quid habere, necessario supponit; ne alioquin exceptio videatur proponi, quæ de regula non est: sed & ex eo apparet, quod tutores dare possit, concessio sibi per orationem Divi Marci hoc jure, *l. pena ff. b. t. l. 1. §. 1. ff. de tut. & curat. dat. ab his*. Prævio tamen proconsulis mandato; licet alioquin alius, cui id a lege datum non erat, mandante præside vel proconsule id non potuerit, *l. nec mandante 8. ff. de tutor. & curat. dat. ab his*. Eoque facit, quod mandata jurisdictione, proconsul ei, inconsulto Principe, non potuerit eandem adimere, *d. l. 6. §. 1. ff. b. t.* cum ex adverso illis, qui nihil proprium habebant, sed beneficio alieno exercebant potestatem, illa arbitrio concedentis adimi potuerit secundum ordinariam mandati naturam, etiam in jurisdictione observandam, quoties non aliud nominatim cautum est, arg. *l. & quia 6. ff. de jurisdict.* Quibus adde, quod iudicis dandi potestatem habuerit, quæ tamen ei a proconsule delegari non potuit; cum proconsuli ipsi ista iudicis dandi potestas non jure magistratus sed ex speciali lege competierit, *l. cum prætor 12. §. iudicem 1. ff. de iudiciis, junct. l. 1. ff. de offic. ejus, cui mand. est jurisd.* Sed & huc confert, quod a legati decreto aut sententia ad ipsum fuerit proconsulem appellandum; sic ut, multa per legatum indicta, proconsul de ejus iniquitate cognoscere, & quod optimum fuerit, statuere potuerit, *l. appellari 2. ff. quis a quo appellatur*; cum tamen ab eo, qui alienam ex man-

dato exerceat jurisdictionem, non appellandus sit ipse roandans, ne ab eodem ad eundem videretur appellari, in quantum mandatarius mandantem repræsentat; sed magis is, qui supra mandantem est, perinde ac si mandans ipse judicasset, l. 1. §. 1. ff. quis a quo appelletur. l. t. proinde mandatam proconsulis hic non contineat jurisdictionis delegationem, sed magis jussum & admonitionem, ut legatus exerceat jurisdictionem suo nomine & jure suo sibi competentem, jam certus ex jussu, proconsulem isti negotio non vacaturum; cum, proconsule ita volente, nihil sit in provincia, quod non per ipsum proconsulem, exclusis ceteris, expeditur, l. nec quicquam §. ff. b. t. eodem modo, quo & municipales magistratus, nondum definita per leges modica & magna patrimonii pupillaris quantitate, jussu præsidum tutores dabant, §. sed hoc jure 4. Instit. de Attil. Tutore, licet jussu dandi tutores a lege datum esset omnibus magistratibus municipalibus, l. jus dandi 3. ff. de tut. & curat. dat. ab his junct. l. tuto 6. §. tutoris 2. ff. de tutelir, & §. nos autem 5. Instit. d. tit. de Attil. tutore, & jussu ille tantum considerandus esset velut conditio sine qua non (ut loquuntur) qua deficiente nullum jus competeat, quæ ex adverso existente, jus illico nascebatur; sicut evenit in omnibus negotiis ex incerto conditionis eventu suspensis. Vinnius de jurisdic. cap. 8. num. 12.

5. Civilem autem legatus, non criminalem, habuit jurisdictionem, l. solent 6. in pr. l. si quid erit 11. ff. b. t. secus, quam est in legatis Cæsaris, qui, cum proconsulum instar sint, ac præsidēs provinciarum, etiam criminalem habent, l. excipiuntur 14. ff. de Senatusc. Silan. & Claud. junct. l. his accusare 12. ff. de accusatione. Cognitio tamen custodiarum, seu reorum custoditorum, legatis extra ordinem demandari potuit, ut prædictos dein ad proconsulem remitteret, aut absolvendos, si insones essent, aut condemnandos, si nocentes, d. l. solent 6. in pr. ff. b. t.

6. Potuit & apud legatum proconsulis manumissio fieri & adoptio, alique similes actus legitimi expediri, l. apud proconsulem 17. §. 1. ff. de manumiss. vind. Neque ulla ratio sufficiens, cur cum Gothofredo in notis ad d. l. 17. Vinnio de jurisdic. cap. 8. num. 11. & aliis, vulgatam legis istius lectionem vocemus in dubium, aut pro sed & apud legatum ejus subintrueremus, sed & apud legatum Cæsaris. Cum enim tot alia majoris momenti possit legatus, mandante proconsule, tutores dare, suspectos removere, alique contentiosæ jurisdictioni annuenda peragere, quidni & voluntariæ jurisdictionis actus ex jussu ejusdem explicare? cum leges istæ voluntariæ, quam contentiosa jurisdictione permittenda faciliores esse constet, ex l. 1. & 2. ff. b. t. Et, si juridicus Alexandriz, præfecto Augustali adjunctus, legis actionem habuerit, potueritque apud eum adoptari, l. 1. ff. de offic. juridici, absurdum fuisset, eam legato, qui proconsuli itidem adjunctus est, denegare potestatem: cum utique proconsuli similis fuerit habitus (sed potestate magis restricta) præfectus augustalis, sic ut & inter tit. de off. proconsulis & tit. de officio præsidis tractetur ipse præfecti Augustalis officium, velut inter proconsulem præsidemque medii, l. unic. ff. de offic. præfecti Au-

gustal. l. 1. ff. de tu. & curat. dat. ab his, imo & præfecto Augustali dicatur imperium ad similitudinem proconsulis Augusti lege datum d. l. unic. ff. de off. præf. August. Ne dicam, usque adeo sibi similes fuisse legatos proconsulis & juridicum Alexandriz, ut utrisque simul eadem oratione D. Marci datum fuerit tutoris dandi jus, l. 1. §. 1. ff. de tut. & curat. dat. ab his, qui jus dandi tut. l. 2. ff. de offic. juridici. Neque hisce insuper repugnat, quod a Marciano ac Ulpiano traditum, apud legatum vero proconsulis nemo manumittere potest, quia non habet jurisdictionem talem, nec adoptare potest; omnino enim non est apud eum legis actio, l. omnes 2. §. 1. & l. 3. ff. de offic. procons. & legati. Agunt enim de legato proconsulis necdum provinciam ingressus, eo quod d. §. 1. cohæret principio d. l. 2. in quo principio de proconsule necdum ingressus provinciam sermo fuerat, adeoque mens fuit, differentiam constituere inter proconsulem ipsum, ac legatum ejus in eo apparentem, quod proconsul, ne frustra plane videretur uti insigniis proconsularibus, voluntariam habuerit ante ingressum in suam provinciam jurisdictionem: eandem vero tunc temporis & in itinere non habet legatus, addita ratione, partim in d. l. 2. partim in sequente l. 3. (quæ secundum cohæret, & sine ea nullum intellectum habet) quia non habet jurisdictionem talem, & omnino non est apud eum legis actio. Quod & verissimum; cum enim eo tempore legatus, nec dum provinciam ingressus, plane privatus sit, (uti vulgo & ipsi præsidēs ac magistratus alii extra suum territorium subsistentes, juxta l. ult. ff. de offic. præf. urb. l. præses provinc. in sua 3. ff. de offic. præsidis) atque adeo neque ullam prorsus jurisdictionem habeat, neque in ea conditione sit, ut illa ei per proconsulem, utpote provinciam necdum ingressum potuisset mandari; quid, quæso, mirum, si & legis actio ei ab Ulpiano tunc denegatur? nam licet proconsul legato jurisdictionem mandare possit; tamen non ante regulariter id ei permissum fuit, quam ex quo provinciam suam ingressus fuerat, l. observare 4. §. ult. ff. b. t. Nec dici poterat, proconsulem ante ingressum voluntariam saltem jurisdictionem, quam habebat, potuisse mandare, cum enim mandare jurisdictionem non sit voluntariæ jurisdictionis actus, & consequens erat, proconsulem, sola præditum voluntaria jurisdictione, eadem non potuisse legato mandare, postquam autem in suam intravit provinciam, uti jurisdictionis mandandæ facultatem nanciscabatur, ita & penes legatum tunc jurisdictio esse potuit & legis actio, quod etiam Haloandri confirmat editio, secundum quam in d. l. apud proconsulem 17. §. 1. ff. de manumiss. vindict. expressum, apud legatum proconsulis manumitti posse, ex quo provinciam ingressus est. Neque movere quemquam debere quod quæ legati non nisi præcedente proconsulis mandato expedire queant, ea ipsis non simpliciter denegari, sed potius simpliciter dicantur competere, velut tutoris datio, l. pen. ff. b. t. contra vero ea sola denegantur, quæ ne mandato quidem per eosdem fiunt, qualis est criminalis jurisdictio, l. si quis erit 11. ff. b. t. quibus conveniens videri posset, etiam negationem in d. l. 3. propositam sic accipiendam esse, ut nec præcedente jussu proconsulis apud eum ulla esset legis actio. Etenim primo, Juriscon-

sultus in d. l. 2. & 3. ff. b. t. versabatur in casu, quo nec ex mandato proconsulis legatus quid facere poterat; quia mandatum, a proconsule necdum provinciam ingresso interpositum, nullius momenti est. Sed & secundo, assertum istud non perpetuo observatum fuisse, evincit l. legati 13. ff. b. t. in qua, licet observatum sit ex supradictis, legatum plura habuisse propria, generalissima tamen elocutione asseritur, *legatos proconsulis nihil proprium habere*. Nec mutat quicquam, quod illic nominatim addita invenitur limitatio, nisi a proconsule iis mandata fuerit *iurisdictio*; nam uti illam ibi subiungi necesse fuit, dum nulla alia prae mittebantur aut subnexa erant ex quibus ista potuisset limitatio colligi; ita ex adverso in d. l. 2. & 3. ff. b. t. adjuncta inveniuntur talia ac praemissa, ex quibus manifeste satis colligi, atque subintelligi debeat ista limitatio, saltem per eos, qui proconsulis in iurisdictione mandanda potestatem ex aliis legibus jurisque principiis non poterant non perspectam habere.

TITULUS XVII.

De officio Praefecti Augustalis.

SUMMARIA.

1. Quid, et unde dictus sit praefectus augustalis?
2. Qualem habuerit potestatem?

1. Praefectus Augustalis dicebatur, qui Aegypto, provinciae Caesaris validissimae ac fertilissimae erat praepositus. Augustalis appellatur ab Augusto, qui primus talem Aegypto praefecit, l. unic. ff. b. t. etiam praefectus praetorio augustali, l. ult. C. b. t.

2. Jurisdictionem habuit voluntariam ac contentiosam; nam & manumitti apud eum potuit, l. apud praefectum 21. ff. de manumissi. vindicta, & tutores per eum constitui, lib. 1. pr. ff. de tut. et curat. dat. ab his etc. & postulationibus interdicti, l. 1. C. de postulando, & tributorum exactio fieri, adhibito etiam, si opus, militari auxilio, l. 1. C. b. t. Et si quis sese praefecti huius sententia gravatum crederet, ab eo ad praefectum praetorio patebat appellatio, l. precipimus 52. pr. C. de appellatione. Cognovit insuper de delictis iudicum sub se ordinariorum; ac licet pecuniariis potuerit eos coercere dispendiis, corporalibus tamen poenis puniendi aut amovendi potestatem non habuit, sed ad principem de his debebat referre, leg. quinque 57. Codic. de decurionibus, leg. 2. C. b. t.

TITULUS XVIII.

De officio Praesidis.

SUMMARIA.

1. Quid fuerint praesides in specie; quibus nominibus denotati, & an potuerint deportare?
2. Civilem & criminalem praesides habuit iurisdictionem.
3. Nec egredi provinciam suam debuit, nec sponte se abdicare sine Principis consensu, nec intra quinquaginta dies a deposito officio discedere.
4. Generatim proponuntur monita a praesidibus & a

illis observanda. Et quinam plenius scriptorem de praesidum officiis.

1. Variis designati inveniuntur nominibus, qui ad regendas Caesaris provincias mittebantur a Principe: nam & Rectores provinciarum appellati sit. Cod. de offic. rectoris provin. & correctores, & Caesaris legati, l. ex omnibus 10. l. pen. ff. b. t. l. diem 4. ff. de offic. assessor. l. hos accusare 12. ff. de accusatione. & legati consulares; eo quod cum imperio consulari praeerant, ac plerumque ex viris consularibus eligebantur. Suetonius in vita Tiberii c. 41. 42. ibique Torrenius in notis. Et legati praetorii & Propratores, utpote praetorii Caesaris provinciis praefecti, Torrenius loco, Salmasius in not. ad Flav. Vopiscum cap. 16. p. mibi 432. 433. denique & praesides, l. pen. ff. b. t. l. 12. ff. de accusatione. Licet enim latius accepto praesidis nomine denotentur omnes, qui provincias quasunque regunt, atque adeo ipsi quoque proconsules, l. 1. ff. b. t. tamen strictiore sensu praesides dicti, qui Caesaris provinciis erant propositi, a proconsulibus non uno distincti modo, nam cum consulibus duodecim fasces praeferi solerent, proconsulibus sex, praesidibus tantum quinque praelati sunt, Brisson. Antiq. lib. 3. cap. 14. Praesertim vero in eo diversitas fuit, quod proconsulibus deportandi jus competierit, non item praesidibus hisce a Caesare missis, l. rei capitalis 2. §. 1. ff. de panis, l. inter panas 6. §. deportandi 1. ff. de interdict. & relegat. leg. 1. §. deportatos 3. ff. de legatis 3. l. 1. pr. ff. quando appell. fit. l. si quis filio 6. §. ejus, qui deportatur 7. ff. de iniur. rupt. irrita. Quod enim praesidibus jus deportandi seu civitatis adimenda tribuitur in l. si quis 8. §. ult. ff. de panis, id latius sumpta praesidis voce intelligendum, quatenus & proconsules, jus deportandi habentes, praesidum veniunt appellatione d. l. 1. ff. b. t.

2. De cetero habuerunt praesides provinciarum, exemplo proconsulum, in sua quilibet provincia, majus imperium omnibus post Principem, ac ex omnibus causis, de quibus vel praefectus urbi, vel praefectus praetorio, itemque consules & praetores ceterique Romae potestremo cognoscunt, praesidum in provinciis notio est; omnia desideria provincialia, quae varios Romae iudices habent, ad officia praesidum pertinent, sive voluntariam, sive contentiosam, sive civilem, sive criminalem concernant jurisdictionem, l. Praesides apud 2. l. praesides 4. l. 5. l. 6. §. pen. l. ex omnibus 10. l. 11. l. congruit 13. ff. b. t. Ex quo tamen praesides ceperunt subesse praefectis praetorio, jure singulari obtinuit, quod horreorum effractores, graviorem meriti animadversionem, a praeside ad praefectum praetorio remittendi fuerint puniendi, l. ex divi 4. C. de locato & conducto, quodque si quis potentiorum in provincia extitisset insolentior, sic ut praesides ipsi aut vindicare aut examinare ac condemnare eum de facto propter contumacem potentiae abusum non possent, id ad praefecti praetorio scientiam referretur, ut in publicae disciplinae & tenuioribus laesis sua consulere auctoritate, l. praesides 2. C. de offic. rectoris provin.

3. Non licuit autem praesidi suae provinciae fines excedere, nisi voti solvendi causa, dum tamen non abnoctaret, l. illud 15. ff. b. t. nov. 95. cap. 1. nec

sine permisso Principis semel abdicare, *l. pen. ff. b. t. nec intra quinquaginta ab officio deposito dies provincia excedere, ut medio tempore provincialibus detur ejus conveniendi & accusandi potestas, novell. 8. cap. necessitatem 9. novell. 95. cap. 1. tot. tit. Cod. ut omnes jud. tant. civil. quam milit. res* adde Rittershusium ad *novell. part. 2. cap. 2. n. 12. et seqq.*

4. Plura quoque præsidibus æque, ac aliis quibusvis iudicibus & magistratibus observanda. Ut enim præmittam, in universum a vitiiis omnibus temperandum esse; dum experientia docuit & docet in dies, loquaces esse ac ingeniosas in magistratum contumeliam & urbes & provincias, sic ut subinde etiam, qui culpam evitaverant, evitare tamen non potuerint infamiam, alia insuper nostris præscripta legibus monita: nam ut dona accipere, atque ita legum et provinciæ venditores esse prohibentur; ita xenia, consumenda in proximos dies esculenta et poculenta, neque avare admittere neque morose in totum spernere jussi: quasi inhumanum valde fuerit, a nemine accipere; sed et passim, vilissimum; ac omnia, avarissimum *l. solent 6. §. ult. ff. de offic. procons. et legati leg. plebiscito 18. ff. b. t.* Ad hæc in adeundo faciles quidem se præbeant, sed contemni non patiantur; eaque de causâ in ulteriorem familiaritatem provinciales non admittat, cum ex conversatione æquali contentus dignitatis nascatur. Sed et in cognoscendo neque excandescere adversus eos, quos malos putant, neque calamitosorum precibus illachrymari oportet: id enim constantis et recti non est iudicis, cuius animi motum vultus detegit, *l. observandum 19. ff. b. t.* Quamvis enim, Seneca teste *lib. 1. de ira cap. 1.* verum sit affectus vix occultari, ibidem *metumque et audaciam dare sui signa, et posse prænosci; neque ulla vehementior intra cogitatio sit, qua non moveat in vulum, in iudicando tamen ipsis iræ, odii, amoris, miserationis affectibus abstinendum esse, idem Seneca dicto lib. 1. de ira cap. 14. et seqq. prolixè docet; ubi inter alia, nil minus quam irasci punientem docet; cum eo magis ad emendationem parva proficiat, si iudicio lata est, et mox; ergo ad coercionem errantium sceleratorumque irato castigatore opus non est. Nam cum ira delictum animi sit, non oportet peccata corrigere peccantem. Et rursus: procedam in tribunal non furens nec infestus, sed vultu legis; illa solennia verba sævæ magis gravique, quam rapida voce concipiam, et agi jubebo non iratus, sed severus. Ut cum cervicem noxio præcidi imperabo, et cum paricidam insuam culeo, et cum mittam in supplicium militare, et cum Tarpejo proditore hostemve publicum imponam, sine ira eo vultu animoque ero, quo serpentes et animalia venenata percussio etc. Ad hæc prospicere jubetur præses, ut non acerbum se exactorem aut consummatorum præbeat, sed moderatum, et cum efficacia benignum, et cum instantia humanum; cum inter insolentiam incuriosam, et diligentiam non ambitosam multum interit, Ulpiano Auctor, *l. si bene 33. ff. de usuris.* Plura qui de magistratum ac iudicum officiis desiderat, videat Lambertum Goris in commentario ad *d. d. l. 19. ff. b. t. post adversaria juris subiecto. meam orationem de offic. iudicis, et de præsidibus Carolum Sigonum de antiquo jure provinciarum lib. 2. cap. 1. 2. 4. 5. 6. 9.**

TITULUS XIX.

De officio Procuratoris Cæsaris.

SUMMARIUM.

1. Quis fuerit procurator Cæsaris, quodnam ejus officium, & qualem habuerit potestatem?
2. Criminalem habuit jurisdictionem cum præsidis vice fungebatur.

1. **P**rocurator Cæsaris, aliter rationalis dictus, & rationalis summæ rei, *inscrip. l. dominicus 7. C. ubi causa fiscal. procurator divinæ domus, l. cum aliquid 8. C. ubi causa fiscal. & curator Cæsaris l. ult. ff. b. t.* non tam juris dicendi causa constitutus fuit, quam potius rerum administrationi præpositus. Erat enim præcipuum ipsius officium, ut fisci commodis invigilaret usque adeo, ut, licet proconsules præsidesque cuncta in provinciis expedire possent, melius tamen facturi dicantur, si a fiscalibus pecuniariis causis abstineant, *l. nec quicquam 9. ff. de offic. procons. & legati, l. non animadvertimus 2. ubi causa fiscal.* Proinde si de bonis vacantibus, aut propter delictum fisco vindicandis quæstio esset, ipse cognoscebat; non tantum post sententiam, sed & ante, quoties sceleris conscientia quis credebatur sibi mortem conscivisse, *l. 1. 2. Cod. ubi causa fiscal.* & delata Cæsari aut servo fiscali hereditate, aut jussu ejus servus fiscalis adibat, *l. 1. §. ult. l. 2. ff. b. t.* De cetero neque criminalem, neque civilem habuit jurisdictionem, *l. procuratores 2. C. de modo multarum lib. ult. ff. b. t.* nisi quod jure posteriori de causis inter fiscum & privatos ventilandis cognoscere potuit, *l. si adversus 3. l. 3. C. adversus fiscum, l. cum vendente 4. 5. & tot. tit. Cod. ubi causa fiscal. & ex prorogatione, inter duos privatos, l. 1. C. jurisdict. omn. judic.*

2. Si tamen minoribus in provinciis præses non esset, (uti id frequens erat) procurator Cæsaris, præsidis vice fungens etiam, potestatem ejus in plerisque, atque adeo criminalem quoque jurisdictionem ac merum imperium exercebat, *l. procurator 2. Cod. de panis, l. non valet 4. Cod. ad leg. Fab. de plagiariis, l. 1. Cod. de pedan. judicib. l. procurator 3. C. ubi causa fiscal.* Unde & apud historiarum Augustæ Scriptores sæpissime præsidum appellatione designatos fuisse illos, qui proprie procuratores Cæsaris erant, sed præsidis vice fungentes, docet Cujacius *parat. ff. b. t. Wissenbach ad Pand. vol. 1. disp. 5. 15. Adde Brissonium select. antiq. lib. 3. cap. 18. & 20.*

TITULUS XX.

De officio iuridici.

Præfecto Augustali additus fuit iuridicus Alexandrius, qui voluntariam jurisdictionem habuit, *l. 1. ff. b. t.* ac tutoris dandi potestatem, *l. 2. ff. b. t. §. nos autem 5. Instit. de Attilian. tut. a-*ctorum quoque conficendorum, insinuationis donationum conscribendæ, & alia similia expediendi jus, *l. unic. C. b. t.* Adde Cujacium *paratit. C. b. t.*

TITULUS XXI.

De officio ejus, cui mandata est jurisdictio.

DE mandata jurisdictione, ac mandatarii officio & potestate, cum plenius tractem *tit. de jurisdictione*, explicationem suam hic titulus ibidem inveniet.

TITULUS XXII.

De officio Assessorum.

SUMMARIA.

1. *Majores magistratus habuerunt suos assessores, qui jus suggererant, & ex imperitia litem suam faciebant.*
2. *In quibus constituerit assessoris officium.*
3. *Nemo eodem tempore in duobus auditoriis simul adidere potest, aut in uno assessoris, in altero advocati munere fungi.*
4. *Nec in sua patria adidere magistratui majori, potuit tamen curatori reipublica.*
5. *An integrum anni totius salarium fuerit debitum, si assessor aut praeses in medio anni mortuus fuisset, aut successorem accepisset.*
6. *De reliquis praesidium & judicium ministris quod per 50. dies ab officio finito debuerint in provincia manere.*

1. **A**ssessores, juris studiosi ac periti, integræ famæ viri, siue ingenui, siue libertini *l. i. a. ff. b. t. majoribus assidebant magistratibus, qui iuri dicundo præerant, ut ipsis, utpote sæpe juris non peritis, suggerent, quid in unaquaque causa statuendum esset. Unde, & si male judicatum esset, si jus novum datum, non id magistratibus nocebat, sed ipsis assessoribus, qui ex suggestione perperam facta litem suam faciebant, vel jure novo concessio debebant uti; nisi praesides alique similes, spreto horum consilio, ipsi dolo malo contra jura quid statuisent, l. hoc edicto 2. ff. quique juris in alt. statuer. Non enim potuisse magistratus, nisi ex assessorum consilio, jus dicere, tum ex *d. l. 2. tum ex Achille Tat. Seneca*, aliisque ostendit *D. Noodt de jurisd. lib. 1. cap. 12.**

2. Consistebat eorum officium in eo, ut rogati epistolis, libellis, cognitionibus, postulationibus, edictis, decretis legendis, formandis, audiendis, vacarent, *l. r. ff. b. t. Gothofred. in not. ad leg. 2. ff. quod quique juris in alt. subscribere tamen libellis poterant, licet praeses permitteret, nec causas audire & absente magistratu judicare, l. praesides 2. l. pen. C. de assess. & domest. & cancell. jud. sed jure novellarum praeses iis cognitionem demandare poterat, ultimas cognitione & sententia publicatione sibi reservata, *auth. ad hac C. de judic. novell. 60. cap. illud etiam 2.**

3. Nemo autem eodem tempore assessoris simul &

advocati munere fungi potuit, neque in eodem, neque in diversis magistratuum diversorum auditoriis, nec eodem tempore duobus simul magistratibus assistere; ne, dum ad utrumque festinat, neutrum bene peragat, *l. ult. C. d. t. de assor. & domest. Nec contrarium est in l. pen. ff. b. t. quippe cujus constructio & sensus est, negotia consiliarii seu assessoris, eo tempore, quo assidet, tractari non posse in eodem auditorio, ne contingeret, assessorem in sua causa jus praesidi suggerere, & ita quasi judicem fieri in propria causa; in alio vero auditorio, in quo non assidet, ea recte tractari; cum ita non sit in sui commodum jura suggesturus. Ut proinde non sit quaestio, an assessor postulare possit; sed an assessoris causa possit tractari. Nihil facit, quod officium ejus in postulationibus consistere dicitur. *l. 1. b. t. id enim non alio sensu accipiendum, quam, quod magistratum instruere teneatur, ne quid apud eum contra edictum de postulando, sive personarum postulantium, sive causarum intuitu fiat, juxta ea, quæ traduntur in l. nec quicquam 9. §. 1. 2. 3. 4. 5. 6. ff. de offic. procons. & legati.**

4. Nemo quoque in sua patria assidere potuit, nisi specialiter a Principe id impetrasset, *l. in consiliarii 10. C. de assess. & domest. l. si cui 38. ff. ex quib. caus. majores, l. si eadem 2. ff. b. t. aut curatori reipublicæ seu civitatis assideret, qui publico salario non fruitur, l. ult. ff. b. t. Considerandum enim, illis quidem qui praesidibus, seu moderatoribus provinciarum assidebant, salarium ex publico fuisse constitutum; at non ita illis, qui minoribus assidebant magistratibus, adeoque nec his, qui assidebant curatori reipublicæ seu civitatis. De qua vide *Donellum comment. jur. civil. lib. 18. cap. 2. vers. postremum, Brissonium antiq. lib. 1. cap. 12.**

5. Ceterum salario annuo ipsis constituto, illud in totum debebatur, licet in medio anni praeses diem functus esset, si modo postea assessores per reliquum anni tempus operam magistratibus aliis non addixissent, *l. diem 4. ff. b. t. l. sed addet 19. §. ult. ff. locati. Idemque obtinuisse videtur, si assessores ipsi medio tempore in fata concessissent, arg. l. si quis in sacris 11. in fin. Cod. de proximis sac. scrip. nior. l. post duos 15. in fin. C. de advoc. divers. judic., l. r. §. divers. 15. ff. de extraordin. cognit. cum his in casibus per eos non staret, quod minus ad anni totius finem munus adimpleret, *l. sed addet 19. §. pen. l. qui operas 33. ff. locati, diversam plane servatum, si vel ipse praeses, vel etiam assessor, ante tempus remotus, successorem accepisset, d. l. diem ff. b. t.**

6. Cum assessoribus non confundendi ceteri praesidium & judicium domestici atque cancellarii, de quibus *DD. ad C. b. t. de assessoribus & domesticis & cancellariis judicium*, quibus tamen omnibus id fuit commune, quod totis ab officio finito quinquaginta diebus in loco sui auditorii commorari debuerint, conveniendi, si quid contra justitiam, aut muneris rationem commisissent, *l. consiliarios 3. l. mulier 8. C. b. t. de assess. & domest.*

LIBER SECUNDUS.

TITULUS I.

De Jurisdictione.

SUMMARIA.

1. Quid sit jurisdictio in sensu angustiore vel latiore; qui eam habeant, qui non, & in quibus jurisdictio a notione distinguatur?
2. Ad notionem nudam qua pertineant: jure novissimo ipsos magistratus judicantes & facientes ea, qua vulgo notione sunt, facere vi jurisditionis. Sed si ea committant iudicibus a Iustitiano designatis, hoc omnia facere jure notione simpliciter, non jurisditionis.
3. Proponitur divisio jurisditionis in voluntariam & contentiosam, ac qua sint inter utramque differentia.
4. Sunt tamen actus quidam medii, qui proprie nec ad voluntariam, nec ad contentiosam reduci possunt.
5. Altera divisio est, quod vel civilis sit, vel criminalis; & probatur, criminalem in usu juris notam esse.
6. Tertia proponitur divisio in ordinariam & extraordinariam seu legitimam. Exempla dantur extraordinaria. Et quid sit, jure magistratus aliquid competere; vel ex adverso competere ex lege?
7. Quartae dividitur in propriam & demandatam; quid sit utraque, & quibus jurisdictio mandari possit?
8. Quales jurisditionis actus aliis demandari possint, quales non; an criminalis jurisdictio in casu absentia; & cui illa tunc fuerit demandanda?
9. Monstratur, jurisditionem criminalem etiam mandari posse in casu infirmitatis.
10. Non tantum jurisditionem criminalem legis Julia de vi, sed & aliam quamcumque in casu absentia, vel infirmitatis posse mandari.
11. Jurisdictio demandata non potest iterum alteri per mandatarium delegari; qua occasione explicatur lex 5. de iudiciis.
12. Nisi talis sit, cui a Principe jurisdictio mandata est; quales illi fuerint, & qua ratio exceptionis, quod nempe propriam exercuerint jurisditionem.
13. Mandata jurisdictio a lege non datur, sed confirmatur. Illustratur l. pen. ff. de iudiciis.
14. Quid sit jurisdictio prorogata?
15. An fieri prorogatio possit iudici ignorantis; & an in prorogationem consentire debeat is, cujus alias ea de re notio fuisset?
16. Etiam ministris magistratibus recte fit, ut & mandatariis jurisditionis, si ipsi generaliter jurisdictio mandata sit; non si specialiter unus actus.
17. Non potest fieri collegiis, quibus tantum certa causa sunt demandata iudicanda; nec foris privilegiatis.
18. Quo modo fiat tacita prorogatio per aditionem iudicis non competentis ab utroque litigante, ac sciente, sponte factam? quo modo per litis contestationem, si per errorem uterque sponte adicerit? qua occasione explicatur lex 4. C. h. r.
19. Solvuntur objectiones contra superiorem sententiam.
20. & 22. Si actor reum involutum in jus vocaverit ad non competentem iudicem, reus non censetur prorogasse jurisditionem, nisi litem contestetur, aut cautionem ab actore exigat, vel dilatorias alias opponat exceptiones, etiamsi illa admissa sint.
21. An adverso deontus post interpositam cautionem adhuc possit fori declinatoriam exceptionem opponere?
23. Actor, qui reum vocavit ad iudicem competentem, vel etiam ad non competentem, non potest deinde invito reo litem ad aliud forum transferre, licet reus necdum litem cum actore fuisset contestatur. Utcunque alicubi contrarium dicatur usu fori receptum esse.
24. Respondetur ad objectiones.
25. Non censetur prorogasse jurisditionem qui invitatus viribus prout compulsum litem movit, vel exceptis apud iudicem incompetentem.
26. Proponitur conciliatio quorundam inter l. 18. ff. h. t. & l. pen. C. de pactis ac reprobat.
27. Nova conciliatio tentatur.
28. Prorogatio pacto facta heredem prorogantis tenet; non tamen Ultrajecti.
29. Uti & viduam prorogantis ac maritum ejus secundum jure maritalis potestatis conventum ex negotio prioris mariti, posito jure bodierno, quod uxor ex viri contractu obligatur. Contra tamen Ultrajecti.
30. Non tamen fidejussorem prorogantis.
31. Generalis prorogatio sufficit, nisi specialis statuto desideretur, quod de Hollandia & aliarum quarundam regionum curiis provincialibus cautum est, sed in aliis mediis Hollandia tribunalibus locum non habet.
32. Si is, qui prorogationem fecit, in territorio morietur, ad nudam citationem sine rerum aut persona apprehensione se sistere tenetur.
33. An prorogatio fieri possit ratione loci?
34. An temporis intuitu?
35. De prorogatione respectu personarum, & quantitatibus, & quid hodie in his obineat.
36. Recensentur casus ex jure bodierno, quibus jure singulari prorogatio reprobata fuit, veluti in questione assurationis, litibus minoris quantitatibus &c.
37. An in causis criminalibus prorogatio valeat?
38. Jurisdictioni cohaere imperium; quid id sit; & an etiam in voluntaria jurisdictione invenitur?
39. Quid sit merum imperium, ut in quibus consistat?
40. An merum imperium in sola punitione; & unde dicatur imperium merum?
41. Municipales magistratus habuerunt merum imperium; moribus omnino; uti et Curia provinciales.

42. Quid sit imperium mixtum, et quæ eo pertineant?
43. Natura distinctum esse imperium mixtum a jurisdictione, et cur plura in jure quandoque imperio, quandoque jurisdictioni adscribantur?
44. Plenus adstruitur, mixtum imperium a jurisdictione distinctum esse.
45. Jurisdictio hodie saepe consideratur, ut patrimoniale quid? in altam, mediam, et bassam dividitur; quibus remediis juris defendatur, et qui prolixius de ea ex usu hodierno scripserint.
46. Extra territorium jus dicenti, aut iis, qui in territorio non sunt, nec ibi bona habent, impune non pareri ei ei tunc, aut apparitori ejus, vim inferenti, jure recitisti.
47. Recensentur tamen casus, ex jure Romano et hodierno, quibus vel jus dicitur ei, qui in territorio alterius magistratus, illo praesertim in id consentiente.
48. Non potest judex excedere jurisdictionem suam certa quantitate limitatam; nec sententia valeret usque ad summam concurrentem.
49. Quid juris, si plures quantitates petantur, quæ singule jurisdictionem non superant, coarctata excedunt?
50. Nemo sibi vel suis jus dicere potest, ac ne collegia quidem privilegiata.
51. Nisi adversarius consentiat, vel prator definias, an sua sit jurisdictio; vel questio sit de jurisdictione voluntaria; vel Principi lis cum alio intercedas.
52. Par in parem aut superiorem non habet imperium; nisi is se sponte subiciat; quid juris si magistratus major in alterius magistratus dignitate minoris, territorio litiget aut delinquat? Et quid si unus ex duobus territorii ejusdem toparchis in territorio communi delinquat?
53. Quibus modis probetur jurisdictio? remissive; Et si inter Baillivos duos confines iis sit de jurisdictione, an suo, an publico sumtu litem illam expendant?
54. Cessat jurisdictio morte ejus, cui concessa; mandata morte mandantis; nisi patrimonialis sit lapsa tempore; abdicatione facta ex Principis consensu.
55. Cessat etiam revocatione concedentis. Et quid juris si quis hodie abutatur graviter sua patrimoniali jurisdictione?
56. An praescriptio? remissive.
57. De albo corrupto et pena ex jure Romano et moribus; et an privata auctoritate quis avellere possit programmata, quibus sua bona per alium non jure proscripta videt?

1. Jurisdictio, prout latius angustiusve accepta fuit ab interpretibus, alias atque alias descriptiones sortita est. Qui enim etiam dixerunt *nationem vel potestatem judicandi et exsequendi causas jure magistratus competentem*, strictissimo sensu definiunt eam, quæ jurisdictioni a lege, Senatu, vel Principe nominatim data opponitur in l. multo 6. §. tutoris 2. ff. de tutelis. Qui eam voluerunt esse potestatem judicandi judicandique exsequendi in causis civilibus, in latiore jurisdictionem significatione considerant, sic ut præter eam, quæ jure magistratus competit, complectatur etiam speciali lege, senatus-

consulto, vel constitutione concessam, meroque tantum imperio opponatur; juxta l. imperium 3. ff. b. t. l. cui eorum 3. ff. de postulando l. cum bi 8. §. sed nec mandare 18. junct. pr. ejusdem l. ff. de transactione. Latissime vero sumpta, describi potest potestas publica judicandi et exsequendi causas sive civiles, sive criminales. Vel etiam notio magistratus competens cum decernendi et exsequendi potestate, sive ordinaria, sive lege data, l. si in aliam 7. §. ult. l. 8. l. 9. ff. de offic. procuratoris. Et legat, l. 1. ff. de offic. ejus, cui mand. est jurisd. Adde D. Noodt de jurisd. lib. 1. cap. 1. qualem potestatem publicam etiam penes Senatum fuisse, constat arg. l. 1. §. 2. ff. a quib. appell. non licet, ac penes Principem; quippe qui magistratum creandorum ac jurisdictionis dandæ potestatem præditus, non potest ipse ea destitutus esse, arg. l. unic. in pr. ff. ad leg. Jul. de ambitu, et Principes Romanos saepe juri dicendo vacasse, ex decretis Principum, ex Suetonio, Tacito, aliisque indubitatum est. Adde leg. proximo 3. ff. de bis, quæ in testam. delent. Hac vero publica potestate cum careant electi partium compromisso arbitri, etiam nec jurisdictionem, nec notionem proprie dictam habent; uti nec jurisdictionem, sed notionem solam habent iudices pedanei; carentes quippe exsequendi jure, dum magistratus ipsi iudicium a se datorum judicata exsequuntur, l. a D. Fio 15. in pr. ff. de re judicata. l. ult. C. ubi et apud quem cognit. in integr. restituit. Latius sane notionem patere, quam jurisdictionem, haud dubium; cum notio et cognitio et jurisdictionem complectatur, l. notionem 99. ff. de verb. signif. pertineatque etiam ad eos, qui jurisdictionem non habent, l. ait prator 5. ff. de re judic. l. ult. C. ubi et apud quem cognit. in integr. restit. sic ut velut genus consideretur, sub se jurisdictionem et oppositam ei cognitionem seu notionem simplicem comprehendens. Cumque jurisdictio non ad civiles tantum, sed et criminales causas pertineat, ut pluribus monstrabitur; mirum non est, notionis nomine, ut civilis sæpe designatur jurisdictio, l. ult. in fine ff. de oblig. et act. l. cum bi 8. §. 1. ff. de transact. ita ipsam quoque criminalem venire in l. 1. §. initio 4. ff. de offic. præfetti urbi l. ex omnibus 10. ff. de offic. præsidis.

2. Ceterum simplex notio in nuda cognoscendi judicandique facultate consistit, executione illis relicta, qui jurisdictionem habent, d. l. 15. ff. de re judic. d. l. ult. C. ubi et apud quem cognit. in integr. restit. ad eamque spectant, quæ cognitioni causarum ac definitioni subservire queunt. Qualia sunt, veritatis indaganda gratia in causis dubiis iurjurandum deferre, l. admonendi 31. ff. de iurjurando, rerum litigiosarum dolo culpave, per reum præstanda, peremtorum facere æstimationem; aut auctori permittere, ut ipse interposita iurjurandi religione vel ex veritate vel ex affectione, pro doli culpæque modo et iudicii cuiusque natura, rei in iudicio deductæ æstimationem declarat, l. videamus 4. et tot. tit. ff. de in litem iurando, excludere jure probandi, dum vel confessus est reus, eo ipso pro iudicato plerumque habendus l. 1. l. pen. ff. de confessis, l. proinde 25. in fine ff. ad leg. Aquil. vel præfinita probationibus faciendis tempora elabi passus est, cui probandi incumbat onus, juxta l. 1. C. de dilationib.

jubere caveri cautionibus, sive judicialibus, sive communibus, quoties has communes iudex pendente lite interponi decernit, §. 1. et ult. *Instit. de divisione stipulation.* jubere, rem litigiosam post litem contestatam in æde sacra deponi, donec satisfatur, velati, cum iudex familiaris eriscunda instrumenta communia hereditaria arbitrat in æde sacra deponenda esse, donec unus ex heredibus cautione præstita eorumdem in se suscepit custodiam, l. si qua sunt 5. ff. *famil. erisc.* Sane si ante litem contestatam prætor rem mobilem ob non præstitam de sistendo cautionem deponi jusserit, donec satisfatur, ad jurisdictionem potius, quam simplicem notionem hunc actum retuleris, tanquam ab eo, qui jurisdictioni præest, interponendum, l. si fidejussor 7. §. ult. junct. l. 5. §. 1. ff. *qui satisd. cog.* §. sed bodie 2. *Instit. de satisfaction.* Quin imo ex quo per Diocletianum & Maximianum præsidis ipsi cognoscere ac judicare jussi sunt, in subsidium tantum ob impedimenta graviora relicto ipsis iudicium dandorum arbitrio, juxta l. placet nobis 2. *Cod. de pedan. judicib.* actus hosce omnes per magistratum ipsum expediendos, velut a jurisdictione ipsorum, non a simplici notionem proficiscentes, jurisdictioni accensendos existimo. Confer Vinnium *tract. de jurisd. cap. 5. num. 2.* indeque natam inscriptionem hujus tituli in Codice, qua omnibus iudicibus jurisdictioni tribuitur, *de jurisdictione omnium iudicum et foro competente.* Ut tamen jus vetus nudamque notionem sine jurisdictione etiam ad ipsius usque Justiniani tempora obtinuisse putem, quoties ob negotiorum multitudinem, aliamve justam causam a magistratu iudices dabantur ex præscripto d. l. 2. et l. ult. C. *de pedan. judicibus* & ex *novell. 82. c. 1. et seqq.* quamvis enim illic certi sint a Justiniano designati, quibus causæ per magistratus committendæ essent; illos tamen ad instar veterum iudicum pedaneorum solam cognoscendi ac judicandi, non item exsequendi habuisse potestatem, verius est; cum in d. *nov. 82.* nupiam executionis ius ipsis invenitur tributum, aut hac in parte quid innovatum, ac passim nihil aliud injungatur, quam ut audiant negotia & examinent, ac sua definiant absolute vel condemnatione; atque insuper æque ac jure veteri, ab hisce datis ad dantes faciendæ sit appellatio, d. *nov. 82. cap. illo 4. 5.* nec alia de causâ certi sint designati, quam ne legum ac negotiorum imperiti darentur, d. *nov. 82. in præfat.* Nihil in omnem eventum mutante illa certarum personarum ex Zenonis & Justiniani constitutionibus designatione; quia & olim non promissæ quilibet, sed ex solis in quinque decurias iudicum relatis; atque adeo selectis, a prætore dati, ut pluribus docet D. Noodt. *de jurisd. lib. 1. cap. 13. in præf.* præterquam quod & olim subinde magistratus pedaneum dederunt iudicem, ex auctoritate Principis ac peculiari rescripto dato nominatim declaratum, l. ult. ff. *quis a quo appell.* l. 1. §. si quis 3. ff. *de appell.*

3. Quibus vero, & qualis enique jurisdictioni competat, non satis commodè assequemur, nisi prius species ejus; variasque recenseamus divisiones. Vulgarissima est, quod alia voluntaria sit, alia contentiosa. Illa, quæ inter volentes exercetur, veluti adoptio, manumissio, emancipatio: quæ tamen, si alterutro invito decernatur, in contentiosam procul du-

bio degenerabit; ut id est in casibus 1. *nonnunquam 32. ff. de adoption. l. si cui legatum 92. ff. de condit. & demonstrat.* Hæc est, quæ inter invitos causæ cognitione intercedente exerceri potest, l. omnes 2. ff. *de offic. procons. & legati*; etiam si non semper re ipsa inter invitos, sed subinde etiam inter volentes locum inveniat, in judiciis præsertim divorsiis, dum quisque communionis pertasus, simul cum adversario ad iudicem festinat, ad separationem contendit, ac post sententiam avide divisionis adjudicationisve effectum exoptat & executionem, arg. l. in tribus 13. & l. 14. ff. *de judiciis*, ut proinde sufficiat, adesse cogendi potestatem, casu quo quis reluctari velit & refractarius esse: eoque pertinent actiones omnes, & quæ actionum instar obtinent, enumerata in l. actionis 37. ff. *de oblig. & action.* Multis autem modis voluntaria distat a contentiosa: in quantum neque tribunal desiderat, sed omni loco & tempore exercetur, ipsisque etiam feriatis diebus, l. actus 8. C. *de feriis*, §. pen. *Instit. de libertinis*, nec respuit, quo minus quis sibi suisque jus dicat, l. 1. 2. ff. *de offic. prætoris*, l. si consul 3. & l. ff. *de adoption. l. si rogatus 20. §. ult. ff. de manumiss. vind. l. un. §. ult. ff. de offic. consulis*, atque etiam a proconsule nec dum ingresso provinciam expediri potest, l. 1. 2. ff. *de offic. procons. et legati*. quæ omnia in contentiosis jurisdictionis actibus aliter servantur, de l. 1. 2. ff. *de offic. procons. et leg.* l. qui jurisdictioni 10. ff. b. t. d. l. actus 8. C. *de feriis*.

4. Sciendum tamen, quædam esse, quæ nec in universum ad voluntariam, nec ad contentiosam satis apte retuleris; sed quæ velut medium inter utramque videntur obtinere. Qualia sunt, tutoris datio, impuberis adrogatio, manumissio ex capite secundo legis Æliæ Sentiz, decreti interpositio de alienatione bonorum pupilli, vel transactione super alimentis futuris testamento relicto, donationum insinuatio, apertura testamenti, oblatio, consignatio & depositio pecuniæ in iudicio, aliæque similia: in quantum enim in hisce vel interponenda est causæ cognitio, vel quod petitur non semper obtinetur, vel in propria causâ non satis recte hæc a iudice expediuntur, ad contentiosam jurisdictionem propius accedunt. Quatenus vero nec adversarius & directus contradictor in hisce solet intervenire, nec feriis actibus hisce expediendis impeditio videntur, arg. l. 2. ff. *de feriis*, voluntariæ jurisdictionis actus imitantur.

5. Insuper alia civilis est, quæ circa causas civiles versatur; *criminalis* alia, quæ circa causas criminales. Ac licet hæc frequentius imperii meri appellatione veniat, de quo in sequentibus; tamen sub plenissima jurisdictionis denominatione comprehensa est: ex eo enim quod plenissimam jurisdictionem proconsul haberet, Ulpianus colligit, omnium partes, qui Romæ vel quasi magistratus, vel extra ordinem jus dicunt, ad ipsum pertinere, nec quicquam esse in provincia, quod non per eum expediat; l. si in aliam 7. §. cum plenissimam 2. l. 8. l. 9. ff. *de offic. procons. et legati*. Ac frustra est Arn. Vinnius, dum Ulpianum restringit tanquam de solis civilibus causis in d. l. 7. agentem, *tract. de jurisdict. cap. 1. num. 1.* Cum enim illic dicatur, omnium partes impleri, qui Romæ jus dicunt; necesse est,

tentia illius etiamnum pœnitet: nisi enim per *judicem* illic magistratum intelligas, ac per *judicem delegatum* mandatarium jurisdictionis, atque amplius *judicis dandi potestatem* accipias pro facultate mandandi jurisdictionem mandata, aliumque vice sua substituendi; ac deinde rationem, cum ipse *judiciario munere fungatur* ita concipias, quasi scriptum esset, cum ipse nihil proprium habeat, sed tantum alterius vice cuncta agat, atque adeo vere *judex* seu magistratus non sit, sed tantum munere *judiciario* tamquam *judex* seu magistratus fungatur, juxta l. 1. §. ff. de off. ejus, cui mand. est jurisd. Et alias II. superior adductas: nisi, inquam, ita legem totam interpreteris, sed de *judice* pedaneo dato, eique denegata *judicis* pedanei dandi potestate eam censueris capiendam esse, definitioni legis nequaquam esse accommodata subjuncta ratio. Quæ enim, obse- ro, sequela erit, non potest *judex* pedaneus alium suo loco *judicem* substituere, quia ipse *judiciario* munere fungitur, seu quia ipse *judex* est? nisi pari ratione concludendum putares, eum quoque, jure magistratus jurisdictionem habet, non posse eandem alteri demandare, atque ita alium suo loco substituere, quia ipse magistratus est. Sane *judicem dare* in codice fere idem esse, quod jurisdictionem mandare seu delegare, clarum est ex inscriptione tituli, qui pro sua jurisdictione *judices dare dative possunt*, si conferatur cum ipsa l. unic. ejusdem tituli, in qua tantum de deleganda seu mandanda jurisdictione agitur. Atque ita quoque *judices dati* appellantur, qui ex mandata jurisdictione restitutionem in integrum faciunt, l. ult. C. ubi et apud quem cognit. in integ. restit.

12. Excipitur tamen in d. l. 5. C. de judiciis, et d. l. un. C. qui pro sua jurisdictione *jud. dare dative poss.* *judex* a Principe datus, id est, talis, cui ab ipso Principe mandata est jurisdictione, sine collatione talis tituli seu magistratus, cui talis jurisdictione coheret. Huc enim jure singulari jurisdictionem mandandi, & alium sibi substituendi potestas competit d. II. Tales existimo fuisse, quos Paulus lib. 5. sent. tit. 5. in pr. monet, extra ordinem a Principe fuisse petitos, quosque Ulpianus ait potestate aliqua a Principe præditos, ac immediate subiungit his, qui jurisdictioni præsumt, l. pen. ff. de judiciis, contra quorum sententias nullus nisi ipse Princeps, qui dedit, restitutionem facere potuit, l. minor. 18. §. pen. ff. de minor. 25. annis. Tales item vicarios a Principe constitutos, qui, licet vere neque præsidēs, neque præfecti essent; tamen vicem eorum gerebant, acceptisque codicillis imperialibus administrabant ac agebant ea, quæ alioquin præsidibus ipsis præfectisque incubissent agenda. Quia ratione dum in l. procurator 2. C. de panis, et l. procurator 3. C. ubi causa fiscal. l. 1. C. de pedan. judicibus, l. ex consensu 23. ff. de appellat. mentio fit procuratorum Cæsaris talium, qui vice præsidis non fungebantur; quibusque ob id denegabantur jurisdictionis criminalis actus, supponitur, fuisse & tales, qui præsidis vice fungentes imperii meri jus habebant. Atque inde etiam non tantum a præfecto prætorio, sed & ab eo, qui vice præfecti ex mandatis Principis cognoscit, deportationem fieri potuisse Ulpianus auctor est in l. 1. §. a præfectis 4. ff. de legatis 3. Non mirum autem, eos; quibus a Principe jurisdictione mandata

erat, eandem rursus alteri potuisse demandare; cum jure singulari, non obstante mandato, propriam exer- cuerint, non alienam jurisdictionem. Quod even- tum tum ex eo, quod Cassiodorus lib. 6. formul. 15. propriam dicit esse jurisdictionem, quæ datur a Principe. Tum etiam, quia quibusdam ex mandato Principis cognoscentibus merum imperium tributum invenitur, d. l. §. 4. ff. de legatis 3. quod tamen alieno nomine haud fuit exercitum; quippe nec cuiquam mandandum. Quid, quod & illud in his man- dato Principis constitutis singulare fuit, quod ab iis, quibus hi suam mandaverant jurisdictionem, ad ip- sos mandantes appellari potuerit, d. l. unic. C. qui pro sua jurisdic. *jud. dare*, cum vulgo ad eos ap- pellandum sit, qui supra mandantes sunt, l. 1. §. ult. ff. quis a quo appell. Exceptioni huic primæ altera addi potest, si nempe is, qui delegavit, seu mandavit jurisdictionem, subdelegandi potestatem mandatario concesserit: quod fieri posse, ex eo evin- citur, quod, quæcumque non ex speciali lege compe- tunt, mandari possint, l. 1. ff. de off. ejus, cui man- data est jurisdic. potestas vero mandandi jurisdic- tionem alteri, non ex speciali lege, sed ex jure ma- gistratus, & ex more majorum exerceatur, l. more 5. ff. b. t. Cui proinde consequens est, prætorem ita posse alteri suam mandare jurisdictionem, ut man- datarius non suam, sed ipsius prætoris mandantis jurisdictionem alteri mandet, & ita efficiat, ut non amplius ipse vicem prætoris gerat, sed ut tertius il- le vice prætoris jurisdictionem exerceat.

13. Ceterum mandata hanc jurisdictionem licet lex non deferat, confirmat tamen, l. et quia nec 6. ff. b. t. multumque inter eam, quæ a lege data, & confirmata, interest; in quantum illam suo quis- que nomine & jure exercet ex legis beneficio, hanc alieno nomine & beneficio mandantis, vel beneficio privati prorogantis, de quo postea. Ex eo autem, quod lex confirmare dicitur, illustrari potest Ulpia- ni sententia in §. pen. ff. de judiciis; dum enim ait, eum; qui neque jurisdictioni præstat, neque a Princi- pe potestate aliqua præditus est, neque ab eo, qui jus dandorum iudicum habet, datus est, neque ex ali- qua lege confirmatus est, *judicem esse non posse, per confirmatum ex aliqua lege non alium, quam man- datarium jurisdictionis, aut ex prorogatione compe- tentem, videtur denotasse.*

14. Ultimo tandem loco considerandum, jurisdic- tionem aliam ex sola Principis concessionem compe- tere, aliam concurrente privatorum facto, seu pro- rogatione. Quamvis enim privatorum pactis ea da- ri nequeat illis, qui nulli præsumt iudicio nullamque omnino jurisdictionem habent, l. privatorum 2. C. b. t. prorogari tamen mutuo consensu illam potuisse ei, qui non tali erat jurisdictione præditus, lege Julia iudiciorum cautum fuit: sic ut & hæc jurisdic- tionis a lege non data, sed confirmanda species sit; quatenus aliter incompetentem in tali casu, lex Julia ex prorogatione & spontanea jurisdictionis cer- tis limitibus circumscripta extensione per litigantes facta, competentem facit, leg. 1. l. consensisse 2. §. convenire 1. ff. de judiciis, l. 1. C. b. t. si consensit 18. ff. b. t. l. pen. C. de pactis, l. si in iudic. 80. ff. de judiciis.

15. Qualis prorogatio non scienti tantum magi- stratu, sed & ignoranti, ac per errorem putanti

suam esse jurisdictionem, fieri potest, *l. consensisse* 2. §. 1. ff. de judiciis. Neque opus est consensu iudicis illius, apud quem reus, prorogatione non facta, fuisset conveniendus; si modo fori jus ac privilegium primario in renunciantis ac prorogantis favorem introductum sit. Secus, si superioris favorem concerneret, atque ita non tam litigantibus, quam foro datum esset, quod inter alia est in toparchis jurisdictionem patrimoniale habentibus: quippe quo casu consensu iudicis opus esset, ne ex alieno facto jus ei depereat. Andr. Gayl. lib. 2. observ. 40. Merula praxi lib. 4. par. 2. tit. 1. cap. 18. n. 3. Vinnius de iurisd. cap. 20. numer. 3. Leeuwen comment. for. part. 2. lib. 2. cap. 18. numer. 1. 2. adde Petr. Bort. tract. van arresten. c. 1. nam. 16. & seqq. Zangerum de exception. part. 2. cap. 1. num. 362. & seqq.

16. Non majoribus tantum, sed minoribus magistratibus hanc fieri posse prorogationem, dubium non videtur: eo quod & hi jurisdictionem, licet magis limitatam, habent; quod sufficit, ut prorogatio recte fiat, *l. 1. ff. de judiciis, l. ut. ff. b. r. junct. l. inter convenientes* 2. ff. ad municipalem: eoque pertinet *l. de qua re* 74. §. 1. ff. de judiciis, quæ non de iudice pedaneo, sed magistratu municipali usque ad summam certam per leges judicare iussu, intelligenda est, juxta *d. l. 28. ff. ad municipalem*. Nec ipsis tantum magistratibus, sed & mandatariis jurisdictionis; cum hi quoque jurisdictionem exercent ex jure & capite mandantis eundemque repræsentent; si modo universa iis jurisdictio mandata sit. Nam si vel unus tantum vel certarum tantum causarum jurisdictio mandata fuerit, restrictio mandati terminos impedituros arbitretur, quo minus ultra res personæ mandato expressæ sese mandatariis potestas extendat: cum utique mandati simplicis naturam imitetur ipsum jurisdictionis mandatum, *l. & quia* 6. ff. b. r. nec ulli liceat mandati suscepti fines excedere, §. i. qui exsequitur 8. Inst. de mandato. Quod & iure canonico receptum est; quippe quo irrita est prorogatio omnis delegato facta, cap. P. & G. per litteras 40. extra, de offic. & potest. jud. delegati. Vinnius tract. de iurisd. cap. 10. num. 6. 7.

17. Quin imo collegiis illis atque corporibus, quibus certæ tantum causæ juris dicendi gratia sunt demandatæ (qualia apud nos collegia rei maritimæ præfecta, Ordinum delegati gecommisteerde Radem ut & delegati ab urbis cuiusque magistratu ad certas in urbe causas tractandas, veluti pupillares, patrimoniales, nauticas &c.) non recte fit prorogatio illorum negotiorum, quæ mandato publico (instructionem dicunt) non sunt expressa. Eoque facit, quod latrunculator, id est, cui specialiter datum ut de latronibus cognoscat ac judicet, secundum Consilium lib. 3. miscellan. cap. 17. n. 9. de causis pecuniariis judicare vetatur *l. solenus* 61. §. 1. ff. de judiciis. Confer Merulam praxi lib. 4. par. 2. tit. 1. cap. 15. num. 6. Vinnium de iurisd. cap. 11. num. 2. Idemque in foris privilegiatis statuendum existimo: atque adeo nullam esse prorogationem ab illis factam, qui privilegio fori non sunt donati, si se privilegiato vellent foro subicere; ne privilegium certarum personarum causarumve intuitu indultum; ex aliorum quorumcumque prorogare volentium arbitrio in jus commune degeneret. Augustin. Barbo-

sa collectan. ad *l. 1. C. de iurisd. num. 4. & seqq.* Quamvis ergo verum sit, militem posse jurisdictionem iudicis civilis sese subicere, clericos in se laicorum iudicum potestatem extendere, *l. pen. C. de pacis* (etsi postremum hoc juri canonico displiceat, cap. significasti 18. & cap. si diligenti 12. extra, de foro compet.) Universitatium denique Academicarum studiosos renunciare fori Academici privilegio, dummodo in hac universitate sint annis viginti quinque majores. Ampliasse der statuten van d'Universiteit tot Leyden 24. Martii 1662. vol. 3. placit. Holl. pag. 546. tamen ut, qui milites, aut clerici, aut studiosi non sunt, expressa conventionem se militari, vel ecclesiastico, vel academico subicerent iudici, atque ita se redderent privilegii participes non patitur ipsa privilegiorum natura, & iudicibus ordinariis suo in territorio competens auctoritas, isthac ratione haud leviter diminuenda. Unde actores, ac reos, ipsosque etiam iudices aditos, si judicaverint, puniendos esse, constitutum in *l. in criminali* 5. §. 1. C. hoc tit. junct. leg. si militaris 2. C. si a non compet. iudice iudicatur. esse dic. Ant. Faber Cod. lib. 3. tit. 12. de fin. 4. 8. 10. Gratianus decept. forens. cap. 238. n. 34. & seqq. Responsa jurisc. Holland. part. 1. consil. 311. & part. 3. vol. 1. consil. 36.

18. Non expresso tantum, sed & tacito consensu hæc prorogatio fieri potest, dum alius pro alio prator aditur, si modo talis aditus fuerit, cui etiam expressa partium conventionem licite potuisset de tali negotio jurisdictio prorogari, prator forte urbanus pro peregrino, aut viceversa. Quod ut apertius intelligatur, considerandum, fieri posse, ut vel ab utroque litigante simul ac sponte iudex adeatur incompetens, vel ab actore solo reum invitum & adhuc deliberaturum vocante. Si ab utroque simul ac sponte, (quod evenire potest præcipue in coheredibus, sociis, aliisque iudicio forte duplici familiæ eriscundæ, aut alio simili experturis, convenienter leg. in tribus 15. & *l. 14. ff. de judiciis*) videndum, an litigantes ex certa id egerint scientia, haud ignari, causam talem ad magistratus alterius pertinere tribunal; an vero errore lapsi. Si enim ab ipsis scientibus consulto id actum constet, dum forte fisci procuratorem scientes adiverunt privata de lite, additione sola, velut consensu tacito rebus ipsis & factis utrimque declarato, videntur iudici non suo se subjecisse, etiamsi necdum litis contestatio secuta sit; perinde ac si id expressa inter ipsos placuisset conventionem; quid enim interest, expresso consensu, an rebus ipsis & factis suam quisque voluntatem declararet? arg. *l. de quibus* 52. §. 1. ff. de legibus, *l. non tantum* 5. ff. ratam rem haberi. At si per errorem id factum appareat, prorogatio non potest videri facta; cum in errante omnis omnino consensus deficiat, *l. si per errorem* 15. ff. b. r. *l. consensisse* 2. in pr. ff. de judiciis, *l. nihil consensus* 116. ff. de reg. juris. Sed quod scientes, jurisdictionem istius non esse magistratus, & tamen consulto eum litis causa adeuntes, sola faciunt additione; id in errantibus tamen operatur tandem subsecuta litis contestatio; si modo apud talem facta sit, cui partes etiam expressa voluntate jurisdictionem de isto prorogare negotio non vetantur, ut ante dictum. Lege scilicet tunc supplente defectum consensus ad prorogationem requisiti, in quantum fingit ac concipit, ju-

dicio quasi contrahi, atque ita ex ipso facto litis contestationis consensum intercessisse; eo modo, quo & in ceteris quasi contraditionibus jus consensum naturaliter deficientem subfuisse fingit: *l. lico 3. §. idem scribit 11. l. deposui 3. §. si filius 2. ff. de peculio*. Indubitatum utique est, lite semel contestata, non posse amplius ab uno litigantium declinari jurisdictionem illius, apud quem isthac ratione iudicium ceptum est; quia ubi lis initium habuit, ibi & finem accipere debet, *l. ubi acceptum 50. ff. de iudiciis*, & dilatorias exceptiones, ipsamque foro prescriptionem ante litem contestatam in principio, atque inter ipsa litis exordia opponi oportere, legum decrevit auctoritas, nulla inter scientes errantesque distinctione adhibita, *l. pen. & ult. C. de except. arg. l. sed & si suscepit 52. ff. de iudiciis*: quod ipsam etiam manifesto declaratum *l. nemo 4. C. b. r.* in qua Constantinus edicto ad omnes provinciales precipit, ut nemo post litem contestatam ordinaria sedis declinet examen; nec prius praefecti pratorio, dum comitis orientis, vel alterius spectabilis iudicii imploret auxilium; sed appellatione legibus facta ad sacrum auditorium veniat. Neque ulla necessitas est, cum verba post litem contestatam cum Jacobo Gothofredo ad *l. 6. Cod. Theodor. de jurisdictione*, ut spuria & aliena expungamus; ipsis praesertim Codicibus in lectione textus illius haud variantibus. Nam, uti inficias haud eundem, deletis hisce congruum fore legis sensum, non posse provinciales, declinato ordinario praesidis iudicio causas ad praefecti pratorio & similium superius transferre tribunal; ita nec incongruus sensus erit, si servatis hisce verbis legem accipiamus de illis, qui, cum apud praesidem esset jam facta litis contestatio, litem eandem necdum deisam per quandam querelam ad superiores delatam, & evocationem a praefecto pratorio petitam & obtentam, ad majus studebant auditorium transferre. Quo modo & veteres interpretes legem hanc accepisse patet ex iis, quae habet Augustinus Barbosa *Collectan. Cqd. ad d. l. 4. C. b. r.* Utraque certe in specie aequè supponi debet provincialium ipsorumque pratorio praefectorum abusus; delites quidem verbis, in lite penes superiorem primitus inchoanda consistens; iisdem vero servatis, in lite semel legitime cepta, at necdum finita, contra solitum iudiciorum ordinem ad aliud superius iudicium transferenda. Conventque satis vulgata lectio scopo Constantini, qui erat, tueri praesidium auctoritatem, & reprimere amplissimam ac ex socordia Principum nimiam praefectorum pratorio, ipsisque etiam Imperatoribus formidandam potentiam ac usurpationem; quam, ut hoc addam, Imperator ille multis modis imminutam voluit, in id studiosae allaborans, ut eorum detraheret auctoritati, non tantum diviso in quatuor impetia hoc magistratu, cum antea duo tantum essent; sed & institutis militum magistris, in milites potestatem omnem exercituris, cum prius praefecti pratorio militibus ubicunque locorum praesuisent.

19. Quibus omnibus de tacita prorogatione, etiam ab errantibus per litis contestationem contingente, non ob stare arbitror, quod in jure nostro cautum invenitur, sententiam a non suo iudice latam non constringere; firmitatem iudicati non habere; iudicem ad certam rem datam, si de aliis pronunciaverit, nihil egisse, *l. 1. 2. & l. fin. C. si a non com-*

pet. iudice iudicat. erro dic. Multum enim interest, an aditus sit, qui jurisdictionem quidem habebat, sed non in tales personas aut tali de causa, de qua forte fuit aditus, & cujus intuitu expressa potuisset ei prorogatio fieri consensu partium; an vero per talem fuerit definita lis, per quem ne expressa quidem litigantium voluntate ac prorogatione potuisset cognosci, dum vel omni carebat jurisdictione, ad prorogationem quae requisita, secundum ante dicta, vel ad speciales tantum causas limitata erat praedita potestate. De prioribus asserimus, id facere litis contestationem ex errore factam, quod alias ante litem contestatam fecisset solus litigantium non errantium expressus aut facto additionis declaratus consensus; nec dici potest incompetens, nisi qui nec ex prorogatione competens est. At aliter se res habet in posterioribus, qui ita incompetentes sunt, ut nec ex prorogatione expressa potuissent judicare: tunc enim quicquid ab iis inter litigantes determinatum fuit, ipso jure nullum est, tamquam profectum a talibus, qui nulla per legem data vel confirmata erant muniti juris dicendi potestate. Veluti si sententiam talesint iudices militares de causis non inter milites & milites, vel inter actores paganos & reos milites, sed inter actores & reos paganos, arg. *l. in criminali 5. §. 1. junct. l. 6. Cod. hoc. tit.* vel iudices ab illis dati, qui iudicium dandorum potestate destituti erant; finge a procuratore Caesaris inter privatos, qui quidem ipse ex prorogatione judicare, at non iudices dare inter privatos potuit, *l. 1. C. de pedaneis iudic. l. ex consensu 23. §. 1. ff. de appellat. junct. leg. 1. Cod. b. r.* Idemque est, si iudices pedanei a magistratu certae rei iudicandae, vel etiam intra certum tempus decidendae dati, de re prorsus alia, vel post elapsam tempus praefinitum judicaverint: cum enim & tempore & causa singulari circumscripta sit horum iudicum datorum potestas, atque insuper non jurisdictionem, sed nudam tantum notionem habeant; alio tempore, aliisque in causis non aliter quam privati considerandi sunt, atque ita omni potestate iudicandi carentes, *l. 1. C. si a non competente iudice iudicat. l. cum non 6. C. quando provoc. non est necesse*. De hisce ergo non jure datis, vel non ad talem causam electis pedaneis, ac propterea prorsus incompetentibus, accipienda *l. 2. l. 4. & tot. tit. C. si a non compet. iud. iudicat.* & aliae his similes. Eoque pertinent, quae superius de collegiis rei maritimae praepositis, Ordinum Delegatis, aliisque similibus limitata prorsus ad certa negotia iudicandi potestate donatis exposuimus; quaeque a pragmaticis vulgo traduntur, a sententiis scilicet ipso jure nullis etiam hodie appellandum esse, nisi nullitas procedat ex defectu jurisdictionis, Gronovvegen ad *tit. C. quando provocare non est necesse*, ibique allegati.

20. Dictum haecenus quid juris sit quantum ad prorogationem, si actor & reus simul sponte sua scientes aut errantes iudicem adiverint non competentem. Quod si actor reum invikum solemniter juris experiundi causa vocaverit ad eum, qui illo in negotio erat incompetens, sed tamen capax prorogationis; aliud in actore, in reo aliud statuendum existimo. Reum quod attinet, non aliter is jurisdictionem prorogasse censendus est, quam si ad actoris intentionem principalem respondendo litem cor-

testatus sit, atque ita cum adversario quasi contraxerit in iudicio, juxta ea, quae ante dicta sunt. Non enim ex in jus vocatione, solius actoris facto, recte quisquam collegerit rei vocati consensum in jurisdictionem illius ad quem vocatus est; etiam si jam petisset aut admisisset libelli ab auctore concepti editionem, *l. non videtur 33. ff. de judiciis*, eo quod libelli editio non in aliud est comparata, quam ut futurae litis species demonstraretur, reusque deliberet, utrum cedere an contendere velit; ac, si contendendum patet, utrum dilatoris aut peremptoris exceptionibus, atque ipsa etiam fori praescriptione se possit tueri; sic ut & ideo iudicis nomen libello inserendum sit, *l. 1. ff. de edendo*, de quo latius illo titulo de edendo.

21. Quin imo, si ex usu hodierno reum concipiamus arresto detentum, ne tum quidem videri poterit jurisdictionem prorogasse, cum interposuit cautionem de sistendo aut iudicatum solvendo. Nam cum ex praxi notissima per praestationem cautionis laxetur omne arresti vinculum, & detento detur recedendi licentia; non alia de causa censi debet, cautionem interposuisse, quam ut detentioni semet eximeret, & naturali frueretur libertate; non vero, ut iudicis agnosceret jurisdictionem, ac fori sui privilegio renunciaret, Christinaus ad *L. Mecklinian.* tit. 3. art. 6. n. 4. Peckius de *jure sistendi* c. 15. Costalius ad *l. 1. ff. si quis in jus vocatus non ierit*, Cancarius *variar. resolut.* part. 2. cap. 2. n. 195. Maxius de *arrestis* cap. 13. n. 8. & seqq. Petrus Bort tract. *van arrestem* cap. 8. n. 17. licet enim arrestatio regulariter iudici, cujus auctoritate facta est, jurisdictionem tribuat, sic ut nec dissoluto arresti vinculo remittatur ab eo negotium ad ordinarium rei iudicem, Bort *d. tract.* cap. 7. num. 10. tamen, ubi arrestum contigit propter litem, talem quae ex sua natura vel ob rei detenti conditionem, certum tantum iudicem ex legum mormum praescripto sortita est, nec ab alio cognosci potuit; nihil vetat, etiam post cautionem interpositam allegari declinatoriam fori exceptionem, Bort *d. tract.* cap. 1. n. 16. & seqq. praesertim, quia nec expressa per conventionem prorogatio tali in casu permissa aut efficax est, secundum ante dicta.

22. Plane, si reus ipse vocatus cautionem ab auctore vocante exigit, aut ad respondendum dilationem, eo ipso iudicem videri agnitum ut competentem, ac fori declinandi viam deinceps praclusam esse, cautum est instructione Cariz-Hotland. *av.* 117. Idemque obtinet, si extra fori declinatoriam reus alias dilatorias exceptiones opposuerit; nam nec tunc ultra exceptioni declinatoriae fori locus est; etiam si dilatoriae admittae fuissent, & ipse ab instantia absolutus, postmodum lapso tempore, quo dilatoriae exceptionis durabat effectus, rursus eadem ex causa ad iudicem eundem vocaretur, Mynsingerus *cont.* 4. observat. 27. Andr. Gayl. *lib. 1. observ.* 33. num. 11. Merula *praxi lib. 4. part. 2. tit. 1. cap. 15. num. 5.* Menochius de *praesum.* lib. 2. praes. 19. num. 5. 6. 11. Leeuwen *cons. for.* part. 2. lib. 1. c. 12. n. 1.

23. Ex adverso actorem quod spectat, licet usu fori id servari plures tradant, quod actor post factam in jus vocationem, lite necdum per reum contestata, poenitere, & reum ad aliud forum, derelicto priore, vocare possit, Sande *decis. Fric. lib. 1. tit.*

7. *defn.* 1. Leeuwen *cons. forens.* part. 2. lib. 1. cap. 26. num. 6. Wassenar *praxi. judic.* cap. 1. num. 14. & n. 8a. eamque sententiam Donellus, ut iuri civili convenientem, proposerit *comment. jur. civil. lib. 17. cap. 18. fere in mod.* tamen, quicquid forte huius aut illius fori peculiaris usus fert, Romani saltem juris fundamentis opinionem hanc quam maxime refragari, nullus dubito: magisque niti veritate potest, quae a Zangero de *exception.* part. 2. cap. 5. Andr. Gayl. *lib. 1. observat.* 11. num. 6. et *observ.* 59. num. 4. et seqq. Peckio de *jure sistendi* cap. 35. num. 2. Radelantio *Cur. Ultraject.* dec. 79. Petro Bort tract. *de arrestis* cap. 8. num. 29. tradita invenio; actori nempe post factam in jus vocationem & libelli editionem liberum amplius haud esse, ut derelicto eo, quem prius adivit, reum invitum ad alium vocaret iudicem, licet aequae competentem, eique contra facienti exceptione praeventiois seu litis alibi motae a reo opponi posse; imo reum jure petere, ut actor litem prosequatur, aut ad perpetuum condemnatur silentium. Cum enim actor ipse ab in jus vocatione facere incepit litis initium, arg. *J. ult. Instit. de pona temere litigant.* non potest non hoc suo facto censi iudicem talem agnovisse, tanquam liti finiendae idoneum ac competentem; non tantum, ubi ad unum ex pluribus foris competens, sed & si ad incompetens reum vocasset, quoties reus, qui iudicis incompetens exceptione in suum tantum favorem inducta, ac per ipsam in jus vocationem sibi nata, tueri se poterat, eandem praetermittere voluerit, apud iudicem non suum litigare paratus. Suadet ipsum reconventionis iure Romano probata fundamentum: nam cum iniquum videretur, actores eum dedignari contra se iudicem, cujus in agendo arbitrium censuerant observandum; & propterea ex ipsa conventionem per actorem facta protinus etiam ante litem contestatam nata reo esset reconventionis apud eandem iudicem faciendae potestas, sic ut mox a principio reconvenire non possit tantum, sed & debeat reus, quo lis utraque pari passu ad finem decurrat, *l. cum Popinianus 14. C. de sentent. et interlocut. novell. 95. cap. illud 2. l. qui non cogitur 22. ff. de judiciis.* Ant. Faber *cod. lib. 4. tit. 1. defn.* 11. et 39. Mynsingerus *cont.* 2. *observ.* 67. num. 7. Wassenar *praxi. judic.* cap. 1. num. 13. fieret profecto, ut jus reconventionis reo quassitum tolleretur & eluderetur prorsus actoris arbitrio, si in ejus esset potestate ad litem usque contestatam iudicis aditi jurisdictionem poenitentia subterfugere, & ad aliud forum litem transferre. Cui accedit, quod rei deterior esse non debeat quam actoris conditio, nec auctori licere, quod reo non permittitur, *l. non debet 41. ff. de reg. juris*, si ergo reus ad forum competentens, sive unicum sive ex pluribus reo competentibus arbitrio actoris electum, vocatus, impediatur ex solius in jus vocationis virtute litem ad alium transferre iudicem, etiam si vel militiae protinus nomen dedisset vel mutasset domicilium, *l. si quis, posteaquam 7. ff. de judiciis*, cap. *proposuit* 19. extra, de *foro compet.* cap. cum *lito 2. ut lite pendente, in Clementin.* rationis certe est, ut multo magis eadem auctori imposita censi debeat necessitas persequendi eodem in foro litem, ex in jus vocatione spontanea ac deliberata inchoatam. Sed & si reum ab auctore ad incompetens tribunal vocatum pro-

ponas, justum sanè fuerit, ut, quemadmodum reus ad principalem actoris intentionem excipiens, iudicis incompetentis censeatur agnovisse jurisdictionem, sic ut declinare deinceps haud possit; ita quoque vicissim actor in jus vocatione, & libelli intentionem continentis editione, sic forum illud dicatur agnovisse, ut non amplius ex poenitentia suae sola voluntate subducere se possit, ac ad aliud iudicium transire. Estque hæc sententia etiam manifestata ex lege per Cujacium restituta, quæ est 4. C. de in jus voc.

24. Debiliora vero sunt, quæ in contrarium videntur militare: Quamvis enim libelli mutatio actori permissa fuerit invito reo: quamvis etiam in jus vocationi litique motæ si actor ante vel post litem contestatam renunciare potuerit, ut in universum a lite recedere, nec apud eundem nec apud alium iudicem deinceps iterato movenda; nisi tamen interesset adversarii litem ceptam ad finem perducere, 1. postquam liti 4. C. de pactis. Sande decit. Fris. lib. 1. tit. 18. def. 1. Radelantius Curie Ultraject. decit. 79. num. 5. 4. Carpzovius defin. forens. part. 1. contrit. 11. defin. 9. quainvis denique actore non veniente, & reo vocato sese sistente, circumducendum tantum fuerit ex iure Pandectarum citationis editum, eoque circumducto instantia tantum editi perempta fuerit, ex integro autem litigari potuerit, 1. et post editum 75. §. 1. 2. ff. de iudiciis; tamen a litis renunciatione, vel libelli mutatione, ad translationem litis in aliud forum, derelicto priore, nulla sequela est. Et iure Pand. non apparet, reum, si perempta sola editi instantia ex integro deinceps conveniendus fuisset, invitum ad alium potuisse vocari tribunal, sed magis ad idem, utpote libera actoris voluntate semel electum. Ut sileam, iure novo Justiniano causam ipsam, actore post in jus vocationem ante litem contestatam absente ac citato, terminandam fuisse reo id urgente, novell. 112. cap. opinem 3. §. ult. (Adde 1. ult. in fine, C. de in jus vocando.) Andr. Gayl. lib. 1. observat. 59. n. 4. & seq. Ant. Mattheus de iudiciis disput. 7. res. 51. quod & a Leone confirm. novell. neque vero 109. ac Ultrajectinis haud displicuit, Instrucl. Curia Ultraject. tit. van de defaultem van den eysscher, art. 2. n. 25. Quæ autem hæcenus de actoris in jus vocationis, reive litem contestantis factio, tamquam prorationem tacitam continente, dicta sunt, locum non habent, si contra voluntatem suam alteruter litigantium ad id viribus præturæ compulsus, atque ita invitus, non obstante iuris sui allegatione, litem vel movere vel excipere coactus fuerit. Nam cum in errante & sic litem contestante incertum esset, an non, si scivisset, incompetenti iudici nihilominus se fuisset submitssurus, atque inde litis contestatio impèderet, ne aliud ad forum invito adversario lis transferretur, iure in casu illo dubio, uti ceteris quasi contractibus, consensu non improbabilem fingente ex facta litis contestationis, ut ante dictum, contra in reluctantem manifestum apparere animus iuri suo inherendi, & iudicem incompetentem declinandi. Ut proinde coacta litis contestatio præsumi per jus aut fingi non possit aliquem habere inviti assensum, nec ullam, cogenti & injuriam facienti tribuere potestatem in coactum, aut coacto sumum adimere fori jus, 1. 2. ff. de iudiciis. Neostadius Curia Holland. decit.

5. vers. suis buyten, & versus vter de oak. Si modo tanta cogentis fuerit violentia, ut nec appellationi a rejecta fori exceptione declinatoria deferre voluerit; cum alioquin vocato pateat appellationis remedium, si rejecta fori præscriptione, tamquam irremediabilis illato damno, gravatum se putet, ut in materia appellationis plenius tradetur, num. 14. in med. nec dici possit præturæ viribus compulsus, qui non utens juris remediis, acquievit iudicio iudicis se competentem declarantis, aut vocatus ne venit quidem; sed contempsit prætorem vocantem; contra 1. si quis in aliena 5. ff. de iudiciis. Nisi forte manifestissimus esset in iudice jurisdictionis defectus, & is, non obstantem condemnaverit ut contumacem: cum non possit non videri ita reus viribus præturæ iniquis condemnatus, ac propterea nec sententia talis effectum debeat sortiri, Christinaus ad leg. Mechliniens. tit. 1. art. 14. num. 12. & art. 16. num. ult. Ant. Faber Cod. libr. 3. tit. 12. defin. 43. in notis num. 5. Responsa Jurisc. Holland. part. 3. vol. 2. consil. 220. num. 3. 4.

26. Porro, uti tacita jurisdictionis prorogatio omnem deinceps excludat invito reo poenitentiam, ita nec poenitere potuit aut contra sua pacta venire, quisquis pactioe vel stipulatione expressa cavit, se non usurum fori præscriptione, qua sese propter cingulum militiæ, vel dignitatis, aut sacerdotii prærogativam, vel aliud peculiare privilegium potuisset tueri; eo quod iuri pro se introducto unusquisque recte renunciatur, & pacta conventa, quæ neque contra leges, neque dolo malo sunt inita, omni modo servanda sunt, 1. pen. Cod. de pactis. Lanb. Goris adversar. tract. 4. §. 2. Nec turbare quemquam debet, quod nudis ex pactis actio non detur, ut dicitur tit. de pactis. Non enim in tali prorogatione actio ex pacto datur aut formatur; neque persona iudicis ullam actioni ejusque finibus mutationem adfert; sed tantum actori tribuitur potestas experiundi alio in loco, quam in quo ex iure communi agendum erat: quemadmodum & contrario potestas actoris per loci mentionem stipulationi aut mutuo adjectam restringitur, ne possit summo iure agere in quovis loco, in quo reus ex iure communi forum competens sortitur, sed tantum in loco adjecto, 1. 1. ff. de eo, quod certo loco. Ubi ergo actor vi prorogationis pacto factæ reum vocaverit, ac ipsi fori iudicis que non competentis obijcit exceptio, pacti replicatione ius apud talem iudicem experiundi sibi potest asserere, pacto scilicet, quod actionem parere non poterat, ad exceptionem tamen & replicationem sufficiente. Adde Cujacium tract. 7. ad African. in pr. ad 1. 18. ff. de i. Interim haud leviter dictis refragari videtur Africani definitio in d. 1. 18. ff. de i. cum ait: si convenerit, ut alius prætor, quam cuius jurisdictio est, jus diceret, & priusquam adiretur, mutata voluntas fuerit, procul dubio nemo compelleretur ejusmodi conventioni stare. Sunt, quibus placuit, in d. 1. 18. non de unius poenitentia agi, sed mutua utriusque voluntate recessum esse a facta prorogatione, Corasius Miscellan. lib. 4. cap. 5. num. 4. & seqq. Wissenbac ad Pand. disp. 6. obser. 42. Quorum opinioni quo minus subscribam, facit, quod in d. 1. 18. decisio nominatim invenitur concepta de casu, quo necdum additione imploratum fuerat prætoris auxilium; unde a contrario additione jam

facta, penitendi potestas per Africanum exclusa censeri debet. At vero si utriusque mutata voluntas esset, ut illi ajunt, nullam sane rationem deprehendo, cur non etiam post additionem liceret mutare communi consensu, atque ita conventioni non stare. Scio, judicio quasi contrahi, finiendam illic esse litem, ubi habuit initium; sed non alio hac omnia sensu, quam quod nec invito reo actor ad aliud forum transferre litem possit; nec invito auctore reus id post litem contestatam desiderare. Ast ut utriusque consensu derelinquatur judex, apud quem litigari coeptum, & ad alium eatur, de causa eadem necdum per sententiam prioris terminata jus dicturum, id vero nec legibus interdictum, nec a ratione juris alienum puto. Illos certe, qui in arbitrum compromiserant, constat, potuisse eo derelicto ad judicium ire, iterumque spreta judicis auctoritate ad arbitrum redire, non aliter coercendos, quam quod prator non amplius spretum ab ipsis arbitrum adacturus sit ad causam receptam terminandam, *l. sed si in servam 9. §. ult. l. 10. l. 11. ff. de receptis, qui arbit. repper.* si autem a iudice ad arbitrum redire sit licitum, ratio non apparet, cur non litigantibus integrum fuerit, etiam a iudice, qui coeperat cognoscere, ad alium iudicem communi consensu litem transferre terminandam. Adde Donellum *comment. jur. civil. libr. 17. cap. 18. ante medium.* Judicio quidem inter litigantes coepto, quasi contrahitur inter contententes, sed & a contractu resiliiri posse consensu mutuo, docent principia. Ne nunc dicam, litem etiam per iudicem definitam, posse summo jure rursus apud alium ventilari iudicem, & actionem rursus intentari: non aliter, quam rei judicata exceptione elidendam, *§. item si in judicio 5. Instit. de except.* quam tamen exceptionem si omittendam putaverit, qui iterato erat ex eadem causa vocatus, dum forte sperat, novi iudicis iudicatum sibi magis profuturum; (uti certe omittere potest; quippe juri tantum favorile pro se introducto renunciatis) non dubium existimo, quin recte iudex posterior aditus iudicaturus sit, & sententia ejus exitum sortitum: uti exitum sortitur iurjurandum posterius adversus eum, qui, cum se prioris iurjurandi exceptione tueri posset, eadem omitta adversarium iterato in eadem causa jurare passus est, quale tamen iurjurandum æquale, imo majorem habebat auctoritatem, quam res judicata *l. in duobus 28. §. ult. ff. de iurejurando, junct. l. iurjurandam 2. ff. eod. tit. l. 1. ff. quar. rer. actio non datur, nihil in contrarium faciente, l. 1. C. quand. provoc. non est necesse, quippe quæ de litigantibus invitis iterato vocatis, & non obstante legitima defensione contra rei prius judicatæ auctoritatem condemnatis agit. Adde *tit. de re judicata num. 47.**

27. Quæ cum ita sint, nec, ut ingenue fatear, satis placeat, quæ aliquando placuit difficultatis hujus enodatio; non puto me erraturum, si vel dissensum veterum jurisconsultorum fuisse dicam, quem Justinianus sua sustulit decisione, ut id satis ipse innuit, in *d. l. pen. C. de pact. vel secundo tentaverim, dictam l. 18. ff. b. t. accipi comodo posse de mutata voluntate actoris, in qua distinctio de pratore jam adito vel etiarum adeundo locum invenit. Scilicet, prorogatio jurisdictionis ex conventionem per reum in gratiam actoris fieri solet, ut is reum tanto com-*

modis de persolvendo debito, per actionem posset interpellare: sed non perimit jus fori competentis ratione iudicis illius, apud quem reus, non facta prorogatione, fuisset conveniendus; adeoque, cum prius forte unus tantum iudex competens esset, prorogatio alterum priori addit, & ita actori tribuit electionem, an apud ordinarium, an apud eum, cui prorogatio facta, litigare velit. Cum ergo in *d. l. 18.* convenisset, ut alius prator, quam casus jurisdictionis erat, jus diceret; actor, quamdiu non adivit eum, qui ex prorogatione adiri poterat, mutare voluntatem potuit, & apud ordinarium iudicem, spreto toto prorogationis beneficio, litem adversario invito intentare, quod hodieque quotidianum. Ast ubi semel iudicem ex prorogatione competentem adiverit, & adversarium ad ejus vocaverit tribunal, sibi præjudicavit, ut uti lite necdum contestata, nec potest amplius, hoc iudice derelicto, quem semel agnovit, adversarium invitum ad alterum iudicem juris experiundi causa vocare, exceptione scilicet præventionis, litisque alibi motæ, ei opponenda, ut ante probatum. Concludo itaque *l. pen. C. de pactis*, de reo agente, excludere penitentiam, eo quod reus non potuit jus actoris ex conventionem quæsitum sua tollere voluntatis mutatione. At *legem 18.* actori ante additionem permittere voluntatis mutationem, eo quod is ista ratione suo tantum juri, ex prorogatione seu conventionem competentem, renunciat.

28. Ut autem prorogatio prorogantem tenet, ita & heredes ejus vi prorogationis talis obstringi, ut ad iudicem, non nisi ex conventionem mutua competentem, vocati sese stant, verius est; tum quia in defuncti jus universum, sive commodum, sive grave & onerosum succedentes, eundem repræsentant, una cum ipso finguntur persona, & ejusdem cum eo potestatis jurisque sunt, *J. heredem 59. l. hereditas 62. ff. de reg. juris*, tum quia unusquisque non sibi tantum, sed & heredibus suis plerumque paciscitur, *l. si pactum 9. ff. de probation.* tum denique quia hæres ibi conveniendus ac defendendus est, ubi defunctus debuit, *l. hæres absens 19. ff. de judiciis*, ac iniquum esset mortalitatis casum adimere actori jus ex conventionem quæsitum, Sander *decis. Frisic. libr. 1. tit. 1. def. 3. Argentæus ad consuet. Britann. art. 11. not. 3. num. 3. Christinaus ad Leg. Mechliniens. tit. 6. art. 7. num. 3. Peckius de jure citandi cap. 15. num. 1. & seqq. Leeuwen censur. for. part. 2. libr. 1. cap. 16. nu. 3.* Quamvis Ultrajecti morte prorogatis totam prorogationis vim, velut jus quoddam personale, extingui invaluerit, sic ut non nisi coram iudice suo ordinario hæres interpellandus sit.

29. Quid quod & illis in casibus, quibus ex mariti contractu in uxorem in totum vel pro parte actio nascitur, facta per maritum prorogatio, post ipsius obitum ipsam quoque viduam, quin & maritum ejus æcundum, jure mariti uxoris nomine conveniendum, obstringit, ad litem isto in foro suscipiendam, quod ex prorogatione mariti defuncti competens est redditum: fas enim est, ut ex ejus facto uxor jus suum omne metitur, hæcenus hæredi non absimilis, ex ejus quoque prorogatione devincta sit. Argentæus, & Sander *d. locis*. Ut tamen & hic in contrarium eant Ultrajectini, ne massariam quidem viduam ex mariti prorogatione obligatam censentes,

ne maritalis potestatis fictio ultra suos terminos operetur. D. Someren *de jure novocar. cap. 7. sect. 1. num. ult.*

30. An vero ex debitoris principalis prorogatione, instrumento contractus comprehensa, fidejussor quoque teneatur ad eundem venire judicem, tanquam & sibi competentem, si nullam ipse fidejussioni prorogationem addiderit, disceptari solet. In Hollandia quidem ex principalis debitoris prorogatione eum teneri judicatum asserit Simon van Leeuwen, *paratit. jur. noviss. lib. 2. part. 1. cap. 8. num. 6. versu, seu principalem*, sed num judicati illius ratio peculiaris fuerit, quod fidejussorum non interfuerit, declinatoriam admitti exceptionem, ut patet ex *appendice rerum judicatarum post consult. Juris. Holl. part. 3. vol. 1. pag. 41. in fine*, & in jure inter negotia, in quibus ad eundem iri debet judicem, ne contentia causa dividatur, non numeretur principalis & fidejussoria obligatio; verius est, deficientibus talibus negotii terminis, nihil fidejussori nocere debitoris prorogationem, nisi & de ipsius fidejussoris prorogatione speciali vel generali constet: fidejussionis enim in se spectata non hæc vis atque efficacia est, quod fidejussor ad debitoris principalis forum solutionis imperandæ causa trahi posset, sed tantum, ut ejusdem debiti exactionem subiret, arg. *l. Centum Capua 8. ff. de eo, quod certo loc. Ut ergo pro debitore simpliciter obligato fidejussor interveniens, non nisi ad proprium suum judicem vocari potest, etiamsi constaret, debitorem principalem ex jure communi sui proprii domicilii iudici ac jurisdictioni subjectum esse, ita nulla ratio est, cur prorogata subesset, cum ipse non prorogasset; nisi majorem prorogationi, factoque hominis, quam ipsius legis dispositioni, potestatem vellemus tribuendam esse. Quibus adde fidejussionem stricti juris negotiis annumerari, in quibus quod non est expressum, non censetur subauditum. Denique si reo jam in jus vocato, & ita prævento, fidejussor de sistendo judicæ solve cavens, non possit ad eundem vocari judicem, ad quem reus jam erat vocatus, sed fori servet privilegium, quamdiu ei non renunciavit; usque adeo, ut ne idoneus quidem censeatur fidejussor esse, qui alterius fori est, rejicere possit, nisi intercessionem addat fori proprii renunciationem, utrunque judicii firmandi causa intervenire manifestum sit, *l. 1. ff. si quis in jus vocat. non ierit*, Costalius *ad d. l. 1. Jac. Coren observ. 39. n. 14.* nulla sane ratio est, cur prorogatio solius principalis rei, fidejussorem efficeret prorogata jurisdictione devinctum.*

31. Ceterum non specialis tantum, sed & generalibus verbis facta prorogatio effectum sortitur, dum quis in instrumento se ac sua judicem omnium jurisdictioni subject, vel nulla fori præscriptione seu usum professus est, *l. pen. C. de pactis, l. 1. ff. si quis in jus voc. non ierit, l. contraxisse 21. ff. de obl. & act. Andr. Gayl. lib. 2. observ. 56. numer. ult. Ant. Matthæus de judiciis disput. 4. thes. 49. Wassenaar præf. jud. cap. 1. num. 10. in med. Consult. JCorum Holl. part. 4. consil. 269.* Nisi nominatim regionum quarundam lege specifica desideraretur prorogatio; qua ratione de Hollandica Flandricaque curia provinciali sancitum, & generalis prorogationis clausulam nullam ad ista tribunalia causam deferri posse; sed demum, si expresse contra-

hentes sese curiarum istarum jurisdictioni subjecerint, & quantitatem certam definitam lis in Hollandia excedat. *Ampliatio instructionis Curie Holl. 24. Martii anni 1644. art. 5. 6. instructio curia Flandrica art. 7. Groeneveegen ad l. 1. ff. de judiciis, Wassenaar d. cap. 1. num. 10. in pr. idemque de Camera imperiali testatur Mynsingerus cont. 1. observ. 88.* Ubi ergo neque lege neque consuetudine inveterata inducta invenitur prorogationis nominatim faciendæ necessitas, generalis sufficet: eoque fundamento, licet curia Hollandicæ nullus ex jure recentiore subiciatur per vulgatam formulam, qua quis se omnium judicum jurisdictioni submittere profitetur; tamen ejusdem formulæ vi ad alia tribunalia intermedia, præteritis infamis, recte vocabitur, veluti ad Delflandiæ, aliasque similes per Hollandiam præfecturas, Consult. JCor. Holl. part. 4. Consil. 269; & Ultrajectinæ curia jurisdictionem acquiri per generalem prorogationis formulam, sæpius in eadem curia, judicatum scio: eaque curiæ etiam Geldricæ constans praxis est.

32. Destituitur autem prorogatio effectum, si is, qui eam fecit, neque in territorio invenitur ipse, neque bona illic possideat arresto gravanda, quo jurisdictioni firmetur, arg. *l. ult. ff. b. r. at si in territorio moretur*, absque ulla rerum aut personarum prehensione, simplicis in jus vocationis efficacia, venire cogitur. Cum ergo provinciales curias præsidum vice fungi constet, & jurisdictionem per universam exercere provinciam; sequitur, omnes provinciarum incolæ, licet diversis in urbibus diversisque ordinariis sub iudicibus morantes, ex prorogatione legitime facta, venire ad superius tribunal debere simpliciter citatione vocatos, Sande decr. *Friic. libr. 1. tit. 1. def. 3. Groeneveegen ad l. 1. ff. de judiciis*.

33. Excutiendum restat, quot modis prorogatio fieri possit; qua de re quatuor potissimum casus tractandi, juxta modos quatuor, quibus jurisdictione per leges invenitur limitata; puta loco, tempore, personis, causis. Locus quidem ex juris Romani principis non videtur per prorogationem potuisse extendi, sic ut unius provinciarum præses, uniusve municipii magistratus in alterius præsidis, aut magistratus territorii jus diceret ex litigantium consensu. Quamprimum enim vel præses, vel urbis præfectus, aliisque similis suam provinciam aut jurisdictionis territorium egressus est, pro privato habetur, *l. præses provincie in sua 3. ff. de offic. præsid. l. ult. ff. de offic. præfecti urbi, l. observare 4. §. ult. ff. de offic. procons. & legati*. Sic ut nec ipse exercere, nec alteri mandare jurisdictionem possit, *d. l. 4. §. ult.* Et, nisi ita statuatur, inepte Marcianus monuisse videbitur in *l. 2. ff. de offic. procons. & legati*, proconsules statim quam urbem egressi fuerint habere jurisdictionem, sed non contentiosam, sed voluntariam. Si enim ex prorogatione inter consentientes potuissent contentiosam exercere, nulla hac in parte inter voluntariam ac contentiosam differentia fuisset constituenda, cum in contentiosa, ex concurrente prorogatione partium, æque consensus in eum esset, ac in voluntaria, nec voluntariam aliter quam ex partium consensu, exerceretur. Confer Vinnium *de jurisdictione cap. 10. num. 8. & seqq.*

34. Pari modo in ipsius magistratibus nec temporis intuitu extensio & prorogatio jurisdictioni vi-

detur admittenda, cum finito magistratus tempore se quisque abdicare debeat imperio, & successori locum facere, ita ut ipse deinceps tantum pro privato habendus sit, *l. eum, qui 13. ff. b. t.* atque adeo non isthac prorogatio esset, sed datio jurisdictionis, ei facta, qui nulli præerat iudicio; contra *l. privatorum 3. C. b. t.* Plane, si extra ordinem iudex a Principe petitus ac datus fuerit, (de quo Paulus 5. sent. 5. in pr. 8. nos antea) eique tempus certum ad litem finiendam præfinitum, possunt tempora, intra quæ litem dirimere jussus erat, litigatorum consensu prorogari, nisi specialiter prorogatio iussione principali fuerit inhibita, & de eo intelligendum esse Ulpianum in *l. consensisse 2. §. si & iudex 2. ff. de iudiciis*, abunde colligi potest ex mentione *iussionis principalis*, quæ in pedaneum a magistratu datum non satis quadrat, at omnino in eum, qui a Principe datus erat, & ut ante probatum, propriam habebat jurisdictionem. Ut proinde cavendum sit a Vinnio & aliis, *d. l. 2. §. 2. de pedaneo iudice intelliguntibus tract. de iurisdic. cap. 10. n. ult.*

35. De personis vero res expedita est, eas ex prorogatione subijci posse jurisdictioni ejus, cujus forum ex jure communi aut privilegio potuissent declinare, *l. 1. ff. si quis in jus voc. non ierit, l. pen. C. de passis*. Idemque manifestum est de quantitatē, in iudicando non excedenda, *l. inter convenientes 28. ff. ad municipalem, l. de qua re 74. §. 1. ff. de iudiciis*. Christianus ad *Leg. Mechliniens. tit. 1. art. 16. num. 5. & seqq. Anton. Faber Cod. lib. 3. tit. 12. defin. 46. Joh. Papon. libr. 7. tit. 7. arrest. 52. Vinnius de iurisdic. cap. 11. nu. 3.* nisi tamen iudicibus delegatis seu mandatis jurisdictionis causæ minores demandatae fuerint, justitiæ promptius facilisque administrandæ gratia, majoris quantitatis negotiis ordinario iudicio reservatis, ut id nunc fere in urbibus majoribus Hollandiæ vicinarumque regionum, quin & in ipsis provincialibus curiis obtinere constat; quo casu prorogatio vix admittenda ex ante dictis, ne in subsidium constituti ea ratione ad se magnam traherent juris dicundi partem, eamque ordinariorum iudicum subducerent examini; dummodo non aliud praxi aut municipali lege cautum sit. Vide Christianum ad *Leges Mechliniens. tit. 1. art. 16. num. 2. & seqq.*

36. Sunt autem causæ variz, in quibus prorogatio jurisdictionis, licet illis facta, qui alicui præsent iudicio, nullus tamen momenti est. Sic enim Hollandiis placuit, in causis assecurationis omnem quiescere debere prorogationis effectum, quantacunque fuerit pecunia, de qua lis est. *Nader Ampliat. van d'instru. van den Hogen en provinc. Rade 24. Martii 1644. art. 8.* in cæteris non aliter Curia provinciali nominatim factam prorogationem admitti obtinuit, quam si, cum prorogantes simul eidem ordinario seu quotidiano subessent iudici, litigaturi sint de debito in urbibus majoribus trecentos, in minoribus centum & quinquaginta, in præfecturis sexaginta, in pagis vero quadraginta florenos excedente. At si diversis subessent iudicibus subalternis ejusdem provincie, rara jussa est esse prorogatio circa debitum in urbibus excedens centum, aut ruri quinquaginta florenorum quantitatem, *d. Ampliat. 24. Martii 1644. art. 5. 6.* Zelandis quoque omnis improbatæ prorogatio jurisdictionis inter eos, qui uni

ordinario subsunt, iudici inferiori; tum datum admissa, si sub diversis habitent iudicibus, & expressim sese Curia provinciali subjecerint, *provisioneel accord tusschen Hollan en Zeeland 7. Martii 1607. art. 3. vol. 2. placit. Hol. pag. 774.* ad hæc Universitatis nostræ studiosis, peculiare forum Academicum habentibus, denegata prorogationis faciendæ licentia, nisi majores annis viginti quinque speciale fecerint sui fori privilegiati renunciationem. *Ampliatio articuli 39. statutorum Acad. Lugduno Batavæ 24. Martii 1662.*

37. In criminalibus denique causis frustranea plerumque est prorogatio; cum reus criminis comprehendendi ubique possit; & reatus omnem plerumque dignitatem excludat, faciatque cessari fori præscriptionem, *l. 1. C. ubi Senatores vel Clariis. l. 1. C. ubi de crimin. l. præres 3. l. congruit 13. ff. de offic. præsid. de qua plura tit. de iudiciis & foro compet.*

38. Ceterum quia jurisdictione concessa, ea quoque concessa censetur, sine quibus illa explicari non posset, *l. 2. ff. b. t.* non mirum, coherere imperium, quod nihil aliud est quam jubendi, cogendi, coercendique potestas, *arg. l. munus 214. l. potestatis 215. ff. de verb. signif. junct. l. ult. in fin. ff. de offic. ejus, cui mand. est iurisd. l. imperium 3. ff. b. t.* adeo ut & ipsis actibus voluntariæ jurisdictionis imperium non desit; nam adoptionem imperio magistratus fieri, ait Imperator *§. 1. Instit. de adopt.* non quod magistratus ad adoptionem quinquam adigat; sed quatenus illam adoptionem, quæ primitus a libera adoptantis & adoptati voluntate profecta est, sua auctoritate prætor tuetur, ne quis contrarietur iis, quæ eo auctore atque superstitute gesta sunt: eo fere modo, quo & iudex sententiam fert, aut in iudiciis divisorii rerum distributionem facit, secundum id, quod inter litigantes convenit pronunciantium esse, *l. si convenieris 26. ff. de re iudicata, l. iudicem 21. ff. comm. divid.*

39. Est autem imperium vel merum vel mixtum. Merum est, *habere gladii potestatem ad animadvertendum in facinorosos homines, d. l. 3. ff. b. t.* specie scilicet excellentiore modoque animadversionis frequentiore posito pro genere; uti telli tignique denominatio omne instrumentum quo homo occidi potest, omnemque aptam ædificationi materiam completitur, *§. item lex 5. Instit. de public. iudic. §. cum in suo 29. instit. de rer. divis.* poenam enim gladii in irrogando ultimo supplicio magis frequentatam fuisse, quam alios mortis naturalis inferendæ modos, constat ex *l. aut damnum 8. §. vita adimitur 1. ff. de penis 1. 1. pr. ff. de abigis*. Alioquin plures imperii meri gradus esse, eoque pertinere non tantum summum supplicium seu mortis naturalis irrogationem; sed & mortem civilem, damnationem in metallum ac deportationem inflegendam; relegationem quoque, & in opus publicum damnationem, fustiumque ictus (& secundum mores hodiernos ad carceres perpetuos damnationem) nequaquam dubium, *l. capitalium 23. pr. & §. 1. ff. de penis, l. nemo potest 70. ff. de regul. juris, solent 6. in pr. ff. de offic. procons. & legati*. Unde &, quia legato proconsulis nec a lege datum erat merum imperium, nec a proconsule mandari poterat, ei animadvertendi, coercendi, & atrociter verberandi jus denegatum est, *l. si quid erit 11. ff. de offic. procons. & legat. junct.*

l. 1. §. 1. ff. de offic. ejus, cui mand. est jurisdic. denique & poenas pecuniarias publicis ex criminibus irrogandas non perperam ad merum reduxeris imperium, arg. l. delegati §. ff. de interd. & delegat. junct. l. 1. ff. de offic. ejus, cui mand. est jurisd. Vinnius tract. de jurisdic. cap. 1. numer. 5.

40. Non tamen imperium hoc merum in solo consistit naturali facto animadversionis, sic ut omnis desset jurisdic. sed magis in animadvertendi potestate, cui conjuncta est potestas examinandi & condemnandi vel absolvendi, causa cognita, reos criminum, sic ut procedens causa cognitio & examen indissolubili nexu huic cohaereat imperio, atque inde etiam extraordinarium mandati genus fuisse dicatur, quo proconsul, qui merum non potuit mandare imperium, legato mandabat custodiarum cognitionem, ut scilicet in praeditas custodias remitteret ad proconsulem, innocentes deinde liberarum, nocentes damnaturum, l. solent 6. in pr. ff. de off. proc. & legati. Adde Wissenbach ad Pand. disput. 6. tb. Vinnium d. cap. 1. num. ult. Ut proinde errare videantur qui merum imperium dictum arbitrantur, tanquam separatum ab omni jurisdic. cum nullum omnino, sive in Republica sive Imperatoribus tempus fuerit, quo assertionis istius veritas obtinuit. Quod enim attinet Principum Romanorum tempora, merum imperium sub jurisdic. appellatione fuisse comprehensum, ipsamque judicii publici executionem jurisdic. Jurisconsultis fuisse dictam, superius abunde in divisione jurisdic. in civilem & criminalem adstructum fuit. Et quamvis in libera Republica consulis vetitum fuerit, injussu populi de capite civis Romani jus dicere; tamen, quotiescunque jus dicebatur, jurisdic. cum imperio mero conjuncta exercebatur, sive populus ipse sive quaestores parricidii, sive quaestionibus perpetuis factis praetores judiciorum criminalium exercendorum curam haberent: de quibus vide plura apud Polletum Historia fori Romani lib. 3. cap. 7. Carolum Sigonium de judiciis lib. 2. cap. 4. & 6. Rectius merum imperium cum D. Noodt de jurisdic. lib. 1. cap. 4. ex eo dictum suspiceris, quia ad ultionem laesae disciplinae pertinet, & severitatem judicis ac vim requirit, & ob id vehementius & insignius habetur, seu ut Gudelinus de jure noviss. lib. 5. cap. 13. vers. apertissime autem seu, num. 18. propter elucens in re tam gravi praecipuum quoddam jus potestatis, quo sensu apud Latinos merum pro summo accipi ibidem docet D. Noodt. Et certe, cum in civilibus in subsidium demum potestati judicis locus sit, si quis refractarius ea, ad quae sine judice sponte sua praestanda, facienda, danda, restituenda obstrictus erat, praestare nolit; amplius illic transigere, indebitum solvere, praevicari, colludere auctori cum reo non sit inhibuit, ut vulgo notum; quin & conveniri possit, qualem judex sententiam dicturus sit, sic ut quod litigantes maluerint, sequi in judicando judex teneatur, l. si conveniri 26. ff. de re judicat. l. judicem 21. ff. communi dividundo. Omnia denique judicia civilia sint absolutoria, quoties auctori reus in quacunque judicii parte sponte satisfecerit, §. ult. Instit. de perpet. & tempor. action. Contra in criminalibus omni ex parte vis atque coactio apparet; in quantum nullus delinquens natura vel lege obstrictus est, ut sponte ad supplicium a lege constitutum

se, membrisque sua offerat; sed coactionem judicis, malumque passionis, quod infligitur ob malum actionis, (uti poenam definit Grotius de jure belli & pac. libr. 2. cap. 20. num. 1.) tenetur expectare; sic ut nec audiendus sit criminis reus perire festinans, sed pro eo etiam invito appellatio per alium facta admitti debeat, l. non tantum 6. ff. de appellat. ad haec invitus reus carceri, vinculis, militari, aut alteri custodiae committitur, quaestionibus subijcitur, sententiam executionemque patitur, invitus accusator vi inscriptionis in crimen in accusatione perseverare cogitur; custodia similitudinem saepe subire, saepe quaestionibus ea, quae detulit, docere adigitur, nec impune desistit, praevicatur, colludit cum adversario, sed magis ex calumnia similitudinem supplicii debet metuere. Adeo ut quocunque respexeris, sive accusatorem sive reum consideres, ubique vim, coactionem, imperium merum, durum, vehemens, severum offendas.

41. Qui vero merum hoc apud Romanos imperium exercuerint, ex iis quae lib. 1. de magistratuum singulorum potestate & officiis dicta sunt, abunde patet. Magistratibus quidem municipalibus illud ex jure Romano non competisse, sed solis majoribus, velut praefecto urbi, proconsulibus, prasidibus, similibusque in aperto est; cum ne omnes quidem mixti imperii partes ad eos pertimerint, nec facere potuerint ea, quae magis imperii erant, quam jurisdic. nis, l. ea quae magis 26. ff. municipale. Sed mores auxerunt hodie multum jura ac potestatem civitatum, ita ut plerique urbium ac municipiorum judices non civilem tantum jurisdic. sed & merum imperium exercere possint; quin & multi toparchae liberi, uti & illi, quos bene natos (Wolgerbrömann) appellant, in variis Hollandiae praefecturis, Baillivum sibi adjunctum habentes. Et quo quidem hi omnes nomine ac jure proprio; cum ex adverso Curia provincialis Hollandiae non suo, sed Ordinum nomine imperii meri actus expediat. Antonius Matthaeus de auctoritatib. lib. 1. cap. 3. num. 2. 8. 9. Simon van Leeuwen consur. for. part. 2. lib. 1. cap. 7. num. 9. & 11. Groenevegeen ad l. 26. ff. ad municipale, & ad rubric. Cod. de defensorib. civitat.

42. Mixtum imperium est, quod jurisdic. cohaeret, seu cui inest jurisdic. l. imperium 3. ff. b. t. l. 1. §. ult. l. ult. in fine ff. de offic. ejus, cui mandata est jurisdic.; cum vana atque elusoria sit omnis jurisdic. nisi nervos habeat imperii, quibus ad obedientiam adducantur contumaces, & executionem decreta sortiantur. Ad quod imperium mixtum, cum jurisdic. civili conjunctum, constat, non modo judices dandi, eosque ad judicandum adstringendi potestatem, sed & in integrum restituendi, ad praetorias cautiones adigendi, in possessionem mittendi, judicum a se datorum sententias exsequendi jus reducendum esse l. Imperium 3. l. 4. l. cum, qui 13. pr. & §. 1. ff. b. t. l. cum praetor 12. §. 1. l. venditor 69. in fine ff. de judiciis l. 1. l. dies 4. §. duas 3. ff. de damno infecto; praecipue vero, quacunque jurisdic. civili explicanda, velut adminicula subserviunt; ut pignorum capio, mulctae indictio, manu militari facienda ablatio, l. sacrilegi 9. §. ult. ff. ad leg. Jul. peculatus §. pen. Instit. de satisfact. tut. l. 2. §. 1. ff. si quis in jus voc. nom

ueris, l. unic. pr. ff. si quis ius dic. non obtemp. l. qui restituere 68. ff. de rei vind. l. pen. ff. ne vis fiat ei, qui in possers. missus, carcer quoque & militaris custodia, si debitoris obarati solutionem detrectent, nec satisfiat creditor, nec bonis cedatur, l. 1. C. qui bonis ced. poss. l. nemo 2. C. de exact. tribus. Quamvis hæc posteriora, criminum reis decreta ad merum imperium haud dubie spectent, l. 1. l. 3. de custodia & exhib. rerum.

43. Licet autem mixtum imperium, seu cogendi coercendique potestas nexu tam firmo cohaereat jurisdictioni, ut separari a se mutuo non possint, & jurisdictione sine modica coercitione nulla sit, leg. ult. ff. de offic. ejus cui mandata est jurisdictio. atque inde etiam, ea, quæ in una lege adscribuntur imperio, in altera dicantur jurisdictionis esse, ut puta, iudicis datio, leg. imperium 3. ff. hoc tit. junct. leg. cum prætor 12. §. 1. ff. de iudiciis, in integrum restitutio, leg. ea, quæ 26. pr. & §. 1. ff. ad municipal. junct. l. in causa 16. §. ult. ff. de minor. 25. annis, adoptio §. 1. Instit. de adopt. junct. l. 2. ff. de off. procons. & legati, coactio hæredis fiduciarii ad adeundam restituendamque hereditatem, l. ille, a quo 13. §. temporium 4. ff. ad Senatuse. Trebell.; re ipsa tamen, & accurate loquendo, distincta est imperii & jurisdictionis natura; sic ut etiam alia negotia magis, alia minus adjunctum habeant imperium, indeque vel magis imperii, vel magis jurisdictionis esse censeantur, l. jubere 4. ff. b. t. l. ea, quæ 26. ff. ad municipal. usque adeo, ut & magistratus municipales dicantur sine imperio & potestate esse, l. nec magistratibus 32. ff. de injuriis, non alia, ut opinor, de causa, quam quia Ulpiani & Pauli tempore ipsis denegabantur ea, quæ magis imperii sunt, quam jurisdictionis, d. l. ea, quæ 26. ut ut expeditum sit, eos non omni jurisdictione mixtæque imperio fuisse destitutos, l. magistratibus 12. ff. b. t. l. 1. l. dies 4. §. duas 3. ff. de damno infecti. l. ius dandi 3. ff. de iur. & curat. dat. ab his §. nos autem 5. Instit. de Attil. ius. l. ult. ff. de decretis ab ordine fac.

44. Sed ut apertius constet, distinctam fuisse jurisdictionis & imperii mixti naturam, evincunt id evidenter verba Ulpiani in l. muto 6. §. 2. ff. de tutelis, qui tutelæ dationem neque imperii, neque jurisdictionis esse dixit. Removet nempe duo, ad quæ reduci posse tutelæ dationem negat, imperium & jurisdictionem. Nec recte exceptis, id ita in municipalibus, non aliis magistratibus obtinuisse; cum datio tutoris, de qua illic sermo, æque, imo magis majoribus, quam municipalibus ex lege competierit. Evincit insuper l. ult. §. 1. ff. de off. ejus, cui mand. est jurisd. ubi Paulus mandata jurisdictione etiam imperium, quod non est merum, videri mandatum, ait. Sane si imperium naturaliter esset ipsa jurisdictione, quæ, quæso, posset superesse dubitandi ratio, an mandata jurisdictione etiam imperium videretur mandatum? quorum de eo, ut de re, quæ sua non carebat hesitatione, responsum dubitanter verius id esse? quorum peculiaris nota Pauli in l. 1. §. ult. ff. eod. tit. ubi post Ulpiani verba, Paulus notat, & imperium, quod jurisdictioni coheret, mandata jurisdictione transire, verius est? Nec aliud indigitatur in l. 2. ff. b. t. in qua Javolenus tradit, ei, cui jurisdictione concessa est, ea quoque concessa videri,

sine quibus jurisdictione explicari non potuit. Explicatur scilicet jurisdictione mediante imperio, seu cogendi ac coercendi modica potestate; defenditur penali iudicio, ac multa, similibusque, l. 2. §. 1. ff. si quis in ius vocat. non iur. & notanter Ulpianus in l. un. ff. si quis ius dicenti non obtemp. omnibus, inquit, magistratibus secundum ius potestatis sua consensus est jurisdictionem suam defendere penali iudicio. Defendunt jurisdictionem, idque penali iudicio, & hoc secundum ius potestatis sua, id est, secundum illud imperium, quod ipsis concessum est: potestas enim, ut Paulus ait, in magistratibus datur, quæ imperium, l. potestatis 215. ff. de verbor. signif. Denique hanc sententiam confirmat abunde loquendi modus, quo jurisdictioni coheret imperium, & imperio inesse jurisdictionem, jurisconsulti dixerunt, l. 1. in fin. ff. de off. ejus, cui mand. est jurisd. l. imperium 3. ff. b. t. Ut enim pacta adjecta dicuntur inesse stipulationi, inesse bona fidei iudicii, l. lecta 40. ff. de reb. credit. l. item quia 4. §. ult. l. turis gentium 7. §. quinimo 5. ff. de pactis; & tamen contractuum ipsorum, pactorumque iis adjectorum diversa natura est, ac pacta sine contractu, contractus sine pactis subsistunt; licet pacta talia ac contractus junctim operentur, quatenus ex contractu quidem actio datur, sed ex pacto adjecto formatur, d. l. 7. §. 5. adeoque vel ad alia datur, quam ad quæ natura contractus tendebat; vel debilitatur, aut in totum eliditur exceptione dilatoria aut peremptoria pacti per reum opponenda, §. præterea 3. Instit. de exception. ita quoque imperium, quod coheret, & cui inest jurisdictione, natura a jurisdictione differt; aliusque, accurate loquendo, est actus jurisdictionis, alius vero actus coactionis & imperii. Scilicet iudicis datio ex more veteri, datio tutoris, examen & cognitio cum subsequente sententia; jussu, vel decreto magistratum, proprie actus jurisdictionis sunt, quibus si sponte pareatur a litigantibus, imperio & coactione seu coercitione haud opus est: sed si resistant, succedit imperium seu coactio ejus, qui jubendi potestatem habuerat; dum captis pignoribus, indicta multa, manu militari, aliisque modis, quibus jurisdictione explicari solet, adigit iudices tutoresque datos ad obeundum munus impositum, litigantes refractarios ad sententiam, jussus, aut decreti interpositi implementum. Ita in l. si infamia 15. §. ubi autem 23. ff. de damno infecto, post jussum sequitur de possessione dejectio & in l. restituere 68. ff. de rei vindicat. qui restituere jussus, iudici non parer, si quidem habeat rem manu militari officio iudicis ab eo possessio transferretur; præcipue vero in l. pen. ff. ne vis fiat ei, in possers. missus ubi, si quis missus fuerit in possessionem fideicommissi servandi causa, & non admittatur, potestate ejus inducendus est in possessionem, qui eum misit: & paulo post, sed melius erit dicere, extra ordinem ipsos iure sua potestatis exsequi oportere decretum suum, nonnunquam etiam per manum militarem. Adde Vinnium de jurisd. cap. 7. Quin imo, non a vero me aberrare putem, si unum eundemque actum, habita ratione alterius actus antecedentis ad imperium pertinere dixerim, qui ad actum alium sequentem relatione habita, non tam imperii, quam jurisdictionis erit. Quod in cautione legatorum, vel damni infecti nomine manifestum est. Prætor scilicet causa cognita cave-

ri jubet legatario, aut damnum ex re vitiosa ma-
tuenti, atque ita jurisdictionem exercet. Jussui huic
si non pareatur per heredem, aut rei vitiosa domi-
nium, adigit eum cogitque prator ad decreti imple-
mentum missione in possessionem; quam dum facit
ad cautionem contumaci extorquendam, actum imperii
& coercionis exercere dicendus est. Sed si ne
sic quidem cavere jussus induci possit, ut caveat,
verum ex adverso missum a pratore admittere de-
trectet, rursus prator missum, at non admissum jure
potestatis suæ inducit in possessionem manu mili-
tari, atque ita exsequi dicitur decretum suum, quo
jusserat, ut in possessionem iret is, cui contumaci-
ter non cavebatur, d. II. Decretum ergo missionis in
possessionem est imperii, in quantum interponitur ad
extorquendam cautionem a pratore injunctam; rur-
sus idem illud missionis decretum jurisdictionis actus
est, in quantum prator ad decreti istius implemen-
tum suo utitur imperio & potestate, per inductionem
in possessionem manu militari intercedente. Leve
vero est, quod jam dictis regeritur, *in esse* in jure
nostro perinde accipi, ac si diceretur *unum idemque
esse*: sic dolo fraudem inesse l. juris gentium 7. §.
sed si fraudandi 10. ff. de pactis. Esto enim, quod
isthoc in exemplo verbum, *in esse*, eo sensu valeat;
tamen, cum abusiva prorsus atque insolita ea verbi
in esse significatio sit, ad casus alios in dubio haud
porrigenda; non sane ad imperium & jurisdictionem,
in quibus neque ulla tali evidentia naturali constat,
quod unum idemque sint, atque quidem natura cer-
tum est, *doli & fraudis* in solo nomine, non re di-
versitatem esse; neque hanc verbi *in esse* interpreta-
tionem patitur alterum ei simile, puta, *coherere* im-
perium jurisdictioni; cum ratio non patiat, ut id,
quod coheret, cum eo, cui haeret, dicatur idem.

45. Prætereundum autem non est, nostris ac gen-
tium plerarumque moribus jurisdictionem & imperi-
um saepe considerari tanquam quid patrimoniale,
quod rei, castro, territorio coheret, & una cum re
principali etiam pignori obligari, ac ad universales
aut particulares successores ducum, principum, co-
mitum, baronum, nobilium, aliorumque similium jure
successionis, legati, donationis, venditionis, per-
mutationis, aut præscriptionis, transferri potest: cu-
jus etiam jurisdictionis, velut rei incorporalis intui-
tu actio confessoria aut negatoria, interdicta uri pos-
sidentis aliaque retinendæ vel recuperandæ possessio-
nis remedia locum habent adversus eos, qui jurisdic-
tionis terminos excedunt, vel eam exercent, quæ
ipsis non competit. Dividiturque vulgo barbaris de-
nominationibus in *altam*, *mediam* & *bassam*, ad
quas revocantur omnia, quæ jure Romano imperii
jurisdictionis ac notionis appellatione veniebant; ita
ut alta quidem seu summa jus gladii merumque im-
perium complectatur; media tutelæ dationes, mul-
tandi, subastandi, annonæ curandæ, judicium eli-
gendorum, prætorum ruralium constituendorum jus;
bassa vero seu infima causarum pecuniariorum co-
gnitionem & definitionem similique contineat; li-
cet in hisce subinde ita varient locorum singulorum
usus, ut certa ac generali definitione satis exacte
comprehendi nequeant. Vide Gudelinum de jure no-
viss. lib. 5. cap. 13. in fine, Argentæum ad consuet.
Britanni. art. 446. gl. 2. Vinnium de jurisdic. cap.
1. num. 1. & cap. 4. num. 4. cap. 8. num. 2. in

fin. Neostadium Curie supr. decis. 63. in fine. Damm-
bertum Goris advers. tract. 4. §. 3. Sensionien van
den Hoogen en Provincialen Rade dec. 54. Simon van
Leeuwen con. for. part. 2. lib. 1. cap. 3. n. 8. Groe-
nevegen ad tit. C. ubi conveniat, qui certo loco dare
promisit, & ad l. 4. C. de modo multarum, Pau-
lum Voet ad princ. Ins. it. de justin. & jure num.
ult. Burgundum ad consuet. Flandr. tract. 9. Joh.
Papon lib. 7. tit. 7. arrest. 33. in notis Clariss. D.
Vitrarium in Institutionibus juris publici Romano
Germanici lib. 3. cap. 15. & seq. præcipue 20. Et
quo modo mediante pretio & titulo emtionis multi
in Belgio vasalli jurisdictionem & merum imperium,
etiam delicti gratiam faciendo potestatem impetrave-
runt, patet ex iis, quæ occurrunt in d'ordonnantie op
de criminele justitie van Kon Philips anno 1570. art.
14. ac mul. seqq. & plenissime tractantur apud C.
Anton. Matthæum de jure gladii cap. 5. & multis
seqq. prolixissime denique de alta seu summa, me-
dia, & ima jurisdictione materiam explicuerunt plures
haud ignobiles consuetudinum explanatores: Chop-
pinus ad leges Andium tot. lib. 1. Chassanæus ad
consuet. Burgund. rub. 1. Bort van boege en amb-
chis boerlijken.

46. Exercentur jurisdictio in eos tantum, qui sunt
in territorio, vel ibi bona habent, sic ut vel per-
sonæ vel bonorum intuitu subiecti sint: si enim ra-
tione personæ suæ subsint, recte iudex iis jus dicit,
etiam de rebus extra territorium sitis. Plane si quem
nec personæ nec bonorum respectu subesse constet,
extra territorium jus dicendi impune non paretur, l.
ult. ff. b. r. ac jure fecisse censi debet, qui ab al-
terius loci magistratu aut apparitoribus & ministris
ejus extra territorium ejus in loco alio vim aut ag-
gressionem passus, sub obtentu & fiducia magistra-
tus violenter resistit. Fabius de Anna Matthæus de
criminibus lib. 48. tit. 14. cap. 1. num. 2. Chas-
sanæus ad consuet. Bar. rub. 1. §. 7. verbo, *simplicis
resistentia*, n. 9. & seqq. Mynsingerus cent. 5.
observ. 18. consult. Jurisc. Holl. par. 5. consil. 100.
pag. 333. & seqq. incipit Wy ondergerbreven. Qua
ratione etiam sæpe condita per Ordines generales
placita, quibus incolæ pagorum, urbibus per nostras
devictis respondentium, prohibiti ullis parere
mandatis aut jurisdictionibus hostium, sed tantum
Ordinum, qui ipsas urbes suis prædiis tenebant
ac possidebant, vol. 2. placitorum Holl. pag. 1169.
& seqq. usque ad pag. 1190. sufficit autem, in in-
itio aliquem fuisse jurisdictioni suppositum, licet pen-
dente lite per migrationem, aut dignitatis mutatio-
nem, vel incrementum subesse desiderit, l. pen. ff. b.
r. l. si quis posteaquam 7. ff. de judic.

47. Est tamen casus, in quo præses rogatus in
suo territorio jurisdictionem impertitur adversus eum,
qui in prædiis alterius moratur provincia, favore
libertatis, l. non tantum 51. §. sed Articuleiano ff.
7. de fideicom. libert. Sunt & casus, quibus extra
suum territorium existens magistratus jurisdictionem
exercent. Sic proconsul in aliena provincia jurisdic-
tionem voluntariam, l. 2. ff. de off. proconul. & le-
gati; et singulari jure per Albertum Bavariz ducem
Hollandiæ comitem Delphensis urbis prætori conces-
sa potestas apprehendi sceleratos totis viginti decem-
pedis extra urbis territorium, vide consult. Jurisc.
Holl. par. 5. consil. 223. 224. Neque etiam novum,

ut ex consensu magistratum, qui alioquin jure soli in aliquo loco, puta, civitate jurisdictionem habent, alii jurisdictionem ibidem exerceant, concessio ipsis per magistratum urbanum territorio, ut ibi secundum suam jurisdictionem judicent & executionem faciant in causis civilibus & criminalibus ad notionem urbani magistratus haud pertinentibus. Sic Magistratus Leydensis id indulsit praefecto & superioribus aggerum & regionalis Rheno-landicae judicibus, *Accord tusschem de Haemraden en de Stadt Leyden 28 Novemb. 1595 art. 20. volum. 2. placit. Holl. pag. 1353 & 1354.* Idem magistratus urbanus Hulstae in Flandria regionis Hulstanae judicibus intra sua concessit monia. *Acte van approbatie van't contract. tusschen de regeerders van de Stede Hulst en Hulsterambach 16 Maai 1654, d. vol. 2. placit. Holl. pag. 1228 & 1299.*

48. Quomodo autem extra territorium, ita & supra jurisdictionem suam jus dicenti impune non pareatur, *l. ult. ff. b. r.* dum forte potestas judicantis ad causas, certam quantitatem haud excedentes, per leges aut consuetudines, ita adstricta est, ut nec prorogationem patiatur: quippe quo casu sententia, a tali iudice supra eam quantitatem lata, nullius momenti est, ne ad summam quidem concurrentem usque valitura. Etiam enim neglecta donationis insinuatio efficiat, ut ultra quingentos aureos facta liberalitas quantum ad summam quingentos excedentem inutilis sit, sed ad quingentos usque nihilominus subsistat, *l. sancimus 34. C. de donation. id tamen ad sententias producendum non est; quippe quarum causa individua est, sic ut non possit ex uno iudicio res judicata in partem valere, in partem non valere, l. in hoc iudicio 27. ff. famil. ercisc. nisi diversa contineret capita, sibi invicem haud connexa, quorum quaedam, non omnia, superant iudicis potestatem, arg. l. etiam si patre 29. §. ex causa 1. ff. de minor. 25. annis l. quaedam mulier 41. ff. famil. ercisc. Rebuffus ad consil. regias tom. 1. tract. de sentent. provisional. art. 2. gloss. 4. n. 7. Costallus ad l. ult. ff. b. r.* Quoties autem de quantitate ad jurisdictionem pertinente quaeritur, semper quantum petatur inspiciendum est, non quantum debeatur, *l. pen. in fin. ff. b. r.*

49. Quod si idem cum eodem pluribus actionibus agat, quarum singularum quantitas intra jurisdictionem judicantis sit, coacervatio vero omnium excedat modum jurisdictionis ejus, non coacervatur, sed singulae summae spectandae sunt, nec videbitur quid esse supra iudicis jurisdictionem, *l. si idem 11. ff. b. r.* nisi plures petantur quantitates ex eadem causa debita, veluti plurium annorum usura ejusdem sortis intuitu solvenda, vel plures ejusdem litis consortes sint, sive actores, sive rei, de una simul litigantes re vel quantitate, summam definitam excedente: vel duplicibus agatur actionibus familiae eriscundae, communi dividundo finium regundorum; quia, etsi unusquisque de parte sua, iudicis jurisdictionem non superante litiget; tamen & tota res in iudicium deducta est, & vel uni in divisorii iudicii adjudicari potest, *d. l. si idem 11. §. ult. ff. b. r.* Costallus, & vulgo DD. ad l. 11. ff. b. r.

50. Non etiam sibi vel suis quisquam recte jus dicit, non uxori, non liberis, non libertis, non domesticis ceteris, quos secum habet, ne ex magna,

qua in tales ducitur affectione, iniquum decernat, aut sibi ipsi per injuriam adversarii prosit. Adeo ut ne corpora quidem ac societates mercatorum speciali privilegio munitae, & jurisdictione per majestatem donatae, recte jus dicant in eos, quos contra privilegia sibi concessa negotiati esse, aut aliud quid commisisse constiterit, unde per sententiam lucrum aut damnum ipsi accederet societati: cum in re propria iniquum admodum sit, alicui tribuere licentiam sententiae, *l. qui jurisdictioni 10. ff. b. r. l. unic. C. ne quis in sua caus. judicet. l. ille, a quo 13. §. pen. ff. ad Senatuse. Trebell. Consult. jurisc. Holl. par. 5. cons. 104.* atque ita etiam acerrima quadam de violatis societatis Indiarum occidentalis privilegiis disceptatio coram ordinariis Urbis Amstelodamensis iudicibus instituta fuit, de qua *d. par. 5. consil. Holland. consil. 232. & multis seqq. Adde tit. de iudic. n. 45.*

51. Adversario tamen consentiente, ut sibi suisque quis jus dicat, aut iudex in sua suorumque causa sit, nequaquam absurdum; cum nulla volenti fiat injuria, nec ulla ratio sit, cur pater filio arbitrer ex compromisso esse posset, iudex esse ex consensu non posset, arg. *l. quin etiam 6. ff. de receptis qui arb. recep. & de tali casu consensus & conventionis commodum accipietur, quod in l. in privatis 77. ff. de iudiciis dicitur, in privatis negotiis pater filium, vel filius patrem iudicem habere posse.* Nisi enim adversarius consentiret, haud dubie vulgata iudicis suspecti exceptione se posset tueri, & adversarii sui patrem aut filium iudicem declinare. Et hoc quoque consensus fundamento nititur, quod filius, imo filius-familias magistratus patrem haeredem fiduciarium, ac haereditatem suspectam dicentem, cogere potuit ad adeundum & restituendum; fideicommissario scilicet sponte talem filiumfamilias interpellante, nec suspicionis causam habente; cum patri nullum ex editione coacta damnum lucrumve esset accessurum, *l. ille, a quo 13. §. ult. & l. 14. ff. ad Senatuse. Trebell.* Praetor tamen, si dubitetur, an ipsius sit iurisdicatio, de eo ipso cognoscit ac iudicat; & hactenus sibi jus dicere videtur aestimans, an sua sit iurisdicatio, *l. si quis ex aliena 5. ff. de iudiciis, l. ex quacumque 2. ff. si quis in ius voc. non ioverit, in voluntaria quoque jurisdictione nihil impedit, quo minus sibi quisque jus dicat, ut ante monitum ex l. un. in fin. ff. de off. consulis, l. si consul. 3. & 4. ff. de adopt. l. an apud se 5. l. si rogatus 20. §. ult. ff. de manumiss. vind.* Denique si ipse Princeps sit, qui superiorem non agnoscit, necessitatis ratio dicat, hunc sibi jus dicere, ut sibi leges ipse figit; sic Princeps inter fiscum ad se spectantem & legatarios super caducitate legatorum iudicasse proponitur, in *l. proxime 3. ff. de his, qui in testam. de lent.* Tiberius ipse ex persona servi sui haeres, inter se ac servi sui substitutum constituit, haereditatem inter se ex capite servi instituti, & substitutum a quois esse portionibus dividendam, *l. & hoc Viberius 41. ff. de hered. inst. §. ult. Insti. de vulg. substit.*

52. Ad haec par in parem nullum habet imperium aut jurisdictionem, multoque minus in superiorem, sic ut ne voluntariae quidem jurisdictionis actus apud eum cui par imperium est, veluti collegam, expediri possint, *l. apud eum 14. ff. de manumissionibus, l. apud filiumfamilias 18. §. 1. ff. de manumiss.*

vindict. l. nam magistratus h. ff. de receptis qui arbit. recep. l. iudicium 58. ff. de iudiciis, l. ille, a quo 15. §. pen. ff. ad Senatusc. Trebell. ut tamen in actibus jurisdictionis contentiosæ id fieri possit, si sese pares aut superiores sponte subiciant, d. l. 15. §. pen. ff. ad Senat. Trebell. Vide August. Barbosa axiom. juris usufreq. 174. ibique DD. His consequens est, in casu quo duo sunt ejusdem territorii domini, & jurisdictionem tanquam quid patrimoniale, pro indiviso habent ac exercent, non posse unum ex his suum socium jurisdictionis in eo territorio delinquentem coercere, sed magis in hisce similibusque aliis potestatis superioris jurisdictionem spectare punitionem, arg. d. l. 18. §. pen. ff. ad senatusc. Trebell. Andr. Gayl. de arrestis cap. 4. num. 7. Cæcærius variar. resolut. part. 2. cap. 2. n. 74. Cum vero magistratus unusquisque in suo tantum territorio imperium habeat, ac extra illud pro privato habendus sit, l. præter provincia in sua 3. ff. de offic. præsidis, l. ult. ff. de off. pref. urbi, regula superior non impedit, quo minus inferior dignitate magistratus in suo territorio jurisdictionem, coactionem, & coercionem exerceat in eos, qui in ipsius territorio aut litem foveant aut deliquerunt, cum ipsi alterius territorii magistratus essent æquali vel majore præditi potestate. Idemque de ministris, ipsorum mandato instructis, & ita peccantibus, statuendum est; nisi aliud inter plures eadem summo Principi subjectos, sed diversis ejus territorii æquali vel dispari potestate præpositos, auctoritate principali vel usu inductum appareat. Vide Guidonem Pap. decis. 328. ibique Ranchini & aliorum notas. Boerium decis. 9.

53. Quibus vero modis prohibetur jurisdictio, puta, per actum variorum ad jurisdictionem spectantium exercitum, per erectionem furcarum, exactionem gabellarum, ut loquuntur; an per testes, an & singulares hic audiendi sint, aliaque vide apud Mascardum de probationibus conclus. 948. Illud non prætereundum, si inter duos prætores, baillivos, similesque lis sit de terminis & limitibus suæ jurisdictionis; eos suo, non publico sumtu, hanc litem debere persequi, nisi illam ex Ordinum, vel supremæ aut provincialis curiæ, vel cameræ rationum decretum susceperint, instruct. Curia suprema art. 95.

54. Finitur jurisdictio morte ejus, cui concessa est, quoties secundum Romani juris principia ut jus personale ossibus personæ adhærere consideratur: sic ut etiam mandata jurisdictionis morte mandantis evanescent, quoties ea supervenit, antequam res ab eo, qui mandata erat jurisdictio, geri cœperit, l. & quia 6. ff. b. t. Etsi enim iudices pedanei, a præside dari, soleant etiam in tempus successorum ejus durare, et cogi pronunciare, l. venditor 49. §. 1. ff. de iudiciis; non tamen ad mandatarios jurisdictionis id producendum est; cum mandatarius vicem mandantis gerat, eumque repræsentet, ac jure ejus et potestate utatur; quæ potestas, morte mandantis extincta, non ultra per mandatarium repræsentari potest. At judex pedaneus, semel ex more judiciorum recte datus, proprio nomine agit quicquid agit, nec tantem repræsentat, sed propriam notionem habet, a vita vel morte dantis hæud dependentem. Vinusius de jurisdict. cap. 12. nu. 2. Aliter sese res habet, si prædio adhærrens & in commercio & patri-

monio cujusque existens jurisdictio ad alios, venæpecus aut ovile transire solet. Perit insuper lapso tempore, ad quod concessa erat, arg. l. consensisse 2. §. si & judex 2. ff. de iudic. l. eum, qui 15. §. 1. ff. b. t. quo pertinet, quod omnes magistratus lege lata olim jussi fuerunt se abdicare; quod cum decemviri anno lapso detrectassent, sibi magistratum prorogantes, turbatum hæud levium causa fuit, l. 3. §. & cum placuisset 24. ff. de orig. jur. plane sive Principis consensu ante finitum administrationis tempus & successione datum nulli licuit privata auctoritate sese abdicare, præsertim in provinciis; tum quia utilitas provinciarum exigit, esse aliquem, per quem provinciales sua explicant negotia; tum etiam, ne illæ rectore destituta libidini malevolorum essent expositæ, l. prin. ff. de offic. præsid. junct. l. meminisse 10. ff. de offic. procons. & legati.

55. Cessat præterea revocatione ejus, qui concessit; dum vel mandans mandatum revocat, quod potest, ex vulgata mandati natura, arg. l. & quia 6. ff. b. t. vel magistratui ante tempus successorem Princeps dedit, l. diem functo 4. ff. de off. assessor. arg. l. iudicium solvitur 53. ff. de iudiciis, sic ut læsa majestatis reus censeatur, qui de provincia, cum ei successum esset, non decessit, l. quive de provincia 3. ff. ad leg. Jul. Majest. Quæ quidem evocatio & ademptio in hodierna quoque jurisdictione patrimoniali locum invenire potest; si quis enim notabilem contumacemque concessæ jurisdictionis abusum commiserit, sceleratos recipiendo, subditos opprimendo, penæ loco omni potestate & jurisdictione eum exuendum esse, sancitum fuit Ordonnantie op de crimine Justitie van. Kon Philips anno, 1570. art. 23. Quod tamen aliquando tum in Belgio, tum in Gallia rebus judicatis ita temperatum fuit in partem mitiorem, ut ipse tantum, qui abusus erat, exercitio privaretur, hæredibus ejus post ejus obitum relicta liberrima potestatis exercendæ licentia; eo fere modo, quo olim ob nimiam dominorum in servos savitiam & dominicæ potestatis abusum non quidem in totum ipsis adimebatur jus quæsitum, sed venditio injungebatur; ut ita careret potestate dominica, qua fuerant abusi, pretii tamen intuitu jus haberent illibatum, §. ult. Inst. de bis, qui sui, vel alien. juris. Rodenburch de jure conjug. tract. prælimin. de statut. diversis. tit. 2. cap. 5. num. 17. fere in fine. Joh. Papon. lib. 13. tit. 1. arrest. 13. Gregorius Tholosanus syntag. juris civilis libr. 6. cap. 20. num. ult. Certe, cum jurisdictionis fere hodie jure feudi competat, ac prædii cohæreat feudalibus, isthæc in jurisdictione ob abusum adimenda mitigatio maxime conveniens est illorum populorum moribus, quibus visum fuit, ne plicatis quidem ob delictum bonis ceteris, publicari feudalìa, tamquam a genere & majoribus profuentia, nequaquam ultimo possessori accepto ferenda, adeoque nec ex delicto ejus generi ac familiæ adimenda, arg. l. eum qui 4. ff. de interdict. & relegatis, ut de Hollandiæ usu Grotiu manud. ad jurispr. Holl. lib. 2. cap. 43. num. 7. De Flandrico ac Brabantino usu Christinaus vol. 1. decis. 300. num. 25. Adde Zoesium de feudis cap. 16. num. 56. 57. Responsa jurisr. Holl. part. 4. consil. 420. fere in med. Petrum Bort de feudis Holland. part. 7. tit. 1. cap. 9. n. 5. & seqq. pag. mihi 353. & tit. 2. cap. 2. num. 11. & seqq. pag. 339. Conveniens quo

juribus eorum, quibus placuit ob delictum & feloniam vasallum quidem emolumento feudi privandum, sed ad heredes ejus, ipso extincto, intacta omnia jura reditura. Uti id de Gallorum more testatur Papon. lib. 8. tit. 3. arrest. 17. Charondas lib. 2. responsor. cap. 16.

56. Denique, ut præscriptione jurisdictione introduci potest, ita & præscriptione contraria tolli.

57. Ad tuendam autem jurisdictionem varia edicta a prætore proposita. Primum est de albo corrupto, constituta in eum, qui dolo, non rusticitate corruptus, pena quingentorum, vel ut alii legunt, quingenta aureorum; quæ populari in factum actione petitur, cujusvis intersit, album in usum totius populi ac singularum propositum, non corrupti. Si quis in are non habeat, pelle luit. Et pluribus corruptentibus, præstatione pœnæ per unum facta, ceteri non liberantur, licet unius domini familia corruerit; secus, si familia tantum dedisset corrumperendi consilium, quo casu velut ex uno facto sufficeret una pœna præstatio. Nec interest, ipse corruerit, an corrupti mandaverit; nec, an corruerit, an vero in totum sustulerit; nec, an corruerit postquam illud jam esset propositum, an vero antequam, vel dum proponeretur, *l. si quis id 7. l. 8. 9. ff. b. r.* Videtur autem hæc in factum actio ad eos quoque extendenda, qui vel Principum vel præfectorum pratorio edicta (de quibus *tit. de off. præf. pratorio*) corruerint, cum majori instructi potestate etiam pati videantur tali corruptione injuriam atrociorē, ad minimum pari pœnæ genere coercendam. Cum vero moribus hodiernis pleraque delinquentium pœnæ sint arbitrariæ, consequens fuit, eos, qui Principum aut Ordinum edicta, curiarum portarumque valvis affixa, uti & edicta citatoria, aliaque publica auctoritate in locis celebrioribus proposita programmata, licet non perpetuæ jurisdictionis gratia, corruerint dolo malo, extraordinaria coercionē pro modo admissi arbitrio judicis multandos esse. *Instruct. voor de deurevaardes van de Staten van Zeeland 20. Julii 1607. art. 31. vol. 2. placit. Holl. pag. 136. Menochius de arbitrar. judic. lib. 2. casu 281. Groenewegen & Busius ad l. 7. ff. b. r. Paulus Voet ad §. 12. Instit. de action. num. 4.* adeo ut ne dominus quidem, cujus res per errorem, tamquam ad Titium pertinens, proscripita erat auctoritate publica, impune deiciat libellos proscriptionis affixos; cum potius interbedere debet venditioni. Secus si privata tantum auctoritate Titius rem meam tamquam suam publice venalem proscripsisset; nam cum unumquodque naturaliter sic resolvatur uti ligatum est; nihil impeditur privatim avelli programma per eum, cujus in præjudicium privatim affixum est: publice vero removeri, quæ publica ex potestate habuerunt initium. Sic enim quod privatus in nostro fecit, privata licet rescindere auctoritate; quod vero permissu prætoris factum, non nisi eodem permittente tollere licet, *l. quemadmodum 29. §. 1. ff. ad leg. Aquil. l. sed si inter 27. ff. de servit. præd. urban. l. fluminum 24. pr. vers. quid ergo ff. de damn. infecti. l. ult. §. si ad januam 2. ff. quod vi aut clam; similiter signa rebus alienis privatim imposita tollere domino rerum licet; non item si judicis auctoritate id factum appareat, l. 1. 2. C. ut num lic. sine jud. auct. signa reb. impon. alienis, Voet ad Pandect. Tom. 1.*

Anton. Matthæus de aucton. libr. 1. cap. 8. n. 21. 22.

TITULUS II.

Quod quisque juris in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur.

SUMMARIUM.

1. Cur illi, qui jus novum dederunt vel impetrarunt, puniendi sint, & cur heredes quoque eandem pœnam subire debeant?
2. Ad cujus petitionem jure novo utatur, qui illud dedit aut impetravit? Et cui noceat assessorum, tutorum, procuratorum, filiorumfamilias, similitumque factum?
3. Quibus casibus cesset hac pœna?
4. Edicti hujus aequitas laudatur; & hac occasione agitur de jure talionis & retorsionis; quid illud sit?
5. Traduntur regulae generales, secundum quas vel æquum vel iniquum erit, isto uti jure retorsionis.

1. CUM novum non esset, ut magistratus vel gratia, vel odio, vel pretio corrupti, vel prece exorati, actionem dantes, vel exceptionem admittentes, quæ danda aut admittenda non erat, vel novo & insolito more judicii formulam captiosam præscribentes, erubescenda varietate pro arbitrio jura justitiamque, quantum in se erat, immutarent; neque minus peccarent, qui talia a magistratibus petebant ac impetrabant: hisce merito per edictum prætoris occursum fuit, ac cautum; ut si vel magistratus jus novum statuisset, vel a magistratu privatus impetrasset, pœna loco tum ipse, tum heredes ejus eodem jure deberent uti, *l. 1. §. 1. l. si quis 3. §. quod autem 5. b. r.* licet enim actiones pœnales contra heredes non dentur, seu inchoentur, *l. constitutionibus 83. ff. de oblig. & act. §. 1. Instit. de perpet. & tempor. action.*; si tamen pœnæ semel in defunctum statuta sint, (sicuti in hac materia juris veteris seu communis dispositio ipso jure protinus denegata fuit jus novum dantibus aut impetrantibus) nihil impedit, quominus deinceps in heredes continuentur. Quo fundamento etiam nititur, quod, cum res ob fraudatum vectigal ipso jure cadat in commissum, & statim desinat ejus esse, qui fraudavit, defuncto fraudatore ante litem motam, fisco nihilo minus ipsius rei persecutio adversus fraudatoris heredes concessa est *l. commissa 14. ff. de publican. & vectigal.* ut proinde aliud in penis sententia judicis adhuc infligendis, aliud in iis, quæ ipso jure impositæ, obtineat. Adde Hugonem Grotium in Responsis Juriscons. Holland. part. 3. vol. 2. consil. 165. in fine. Ant. Matthæus de auctonibus libr. 2. cap. 4. num. 23. ante med. Donellum ad l. unic. C. ex delictis defuncti. in quantum heredes teneantur num. 49. et seqq.

2. Utitur autem quisque jure novo, quod dedit vel obtinuit, non tantum ad læsi, sed & alterius cumjuscumque petitionem, *l. si quis 3. §. hac pœna 2. ff. b. r.* sic ut hujus pœnæ persecutio popularis videatur. Nec mirum, cum populi totius intersit, leges inviolatas servari; quas tamen contraria velut consuetudine mutari contingeret, si frequenter jus no-

vum impetraretur. Planè in hisce assessorum suggestio ipsis, non prasidi damnosa est, *l. hoc edicto 2. ff. b. t. & tutoris, curatoris, procuratoris, filiisfamilias impetratio neque pupillo, neque minori, neque domino, neque patri nocet, nisi dominus, paterve id mandasset aut habuisset ratum, l. si quis 3. §. si procurator 1. §. si filius 4. ff. b. t.* Ut nec fidejussoris impetratio reo principali nocet; licet ex adverso impetratio per reum principalem facta fidejussori præjudicet, *l. si quis 3. §. si is, pro quo 3. ff. b. t. arg. l. mora rei 83. ff. de verbor. obligat.*

3. Cessat tamen hæc pœna, si magistratus, jus novum statuere volens, impeditus fuerit, aut decreverit adversus jurisdictioni suæ non subiectum, *l. 1. in fine ff. b. t.* vel privatus postulaverit quidem, sed non impetraverit; neque enim hic conatus puniendus fuit, cum injuria effectum non habuerit. Impetrasse tamen nocebit, licet impetrans jure novo non fuerit usus, *l. 1. §. 1. l. si quis 3. pr. ff. b. t.* si modo simul postulaverit, *d. l. 3. pr.* Similiter ex hoc edicto non tenetur, qui contra eum, per quem jus novum datum aut impetratum fuerat, eodem jure usus fuit; cum non peccet, qui quid agit edicti auctoritate munitus, *l. ult. ff. b. t.* Nec is, qui hujus edicti auctoritate poterat non solvere, si solverit, repetitionem habet, eo quod naturalis subest obligatio, inhibens indebiti conditionem, *l. 3. §. ult. ff. b. t.*

4. Summa autem æquitate suffulta est hujus edicti dispositio: qui enim aspernabitur, aut indignabitur, idem jus sibi dici, quod ipse aliis dixit, vel dici efficit, *l. 1. pr. ff. b. t.* injuria certe non est (ut ait Seneca 3. *de ira cap. 50.*) pati, quod prior feceris. Hujusque tituli fundamento nititur vulgarissimum jus talionis & retorsionis, quo magistratus sive rogatus, sive sponte ex officio, factum, quo persona aut res læsa est, simili facto pensat, ad juris sui publici, aut privati juris subditorum tutelam. Quod, uti jure divino multifariam probatum, *Genes. 9. vers. 6. Levitici cap. 24. vers. 17. 18. 19. 20. 21. & jure Romano olim in injuriis, nec non publicis in accusationibus vi subscriptionis in crimen, aliisque multis usurpatum fuit; ut patet ex §. pœna 7. Instit. de injuriis, l. nullus 2. C. de exhib. & transmitt. reis, l. ult. C. de accusationib. l. si cui ff. de accusation. l. cum in eo 44. ff. de pactis, l. cum hereditas 59. ff. de admin. & peric. tutor. leg. altius ff. si servit. vindic. ita & hodie in quamplurimis publicis privatisque negotiis usum habet; neque dubium, quin Princeps quisque & legislator ex juris rigore possit alieni Principis subjectis talia onera imponere, talia denegare beneficia, talia denique jura in universum in eos eorumque bona exercere, qualia ille Princeps alter aut legislator in Principis retorsione utentis subditos censuit exercenda. Uti id multis exemplis ac casibus demonstrat Berlichius conclus. prælicab. part. 3. conclus. 51. Wesembecius parat. Pandect. b. t. in fine. Hahnus ad Wesembecium d. loco. Sed quia exempla omnia ab illis recensita non pari nituntur æquitate & prudentiæ in legislatore requisitæ ratione; rectius fuerit generales concipere regulas ac requisita, quibus concurrentibus justum videri potest remedium retorsionis.*

5. Ante omnia ergo id observandum puto, non alias posse juri retorsionis locum esse, quam si is,

adversus cujus subjectos Princeps alter aut magistratus jus illud exercere desiderat, tale quid in hujus subjectos jam constituerit; at nequaquam, si non in hujus, sed tertii subjectos id fuerit decretum. Quæ ratione si Lipsienses a suis nundinis arcuerint Francofurtenses, hi quidem eodem jure Lipsienses a nundinarum suarum communione arcuerint, at nequaquam Belgas extra partes positos, & tum Lipsienses, tum Francofurtenses ad suas nundinas aditum commercique jura præbentes. Vide Berlichium part. 5. conclus. 31. n. 27. 28. Deinde regulariter haud admittendum hoc jus, quoties non in odium aut invidiam peregrinorum, jus quoddam durius rigidiusque constitutum est, sed generaliter in omnes sive subditos, sive exteros; sic ut non alio loco habeantur, aut iniquiore jure exteri, quam cives & indigenæ domi fruantur. Non enim extranei justam quandam sibi merito finxerint indignationis causam, cum ipsis eodem cum civibus jure uti licet. Jacob. Thomingius decis. 26. n. 6. Cum ergo per Hollandiam vigeat tributum partis pretii quadragesimæ in immobilium venditionibus, ut & vicesimæ in collateralium & extraneorum successione, ad sublevandas fisci angustias, sive Hollandi emtores aut venditores successoresve universales, aut particulares fuerint, sive peregrini illis in locis foverentes domicilium, in quibus hujusmodi tributa ignorantur; durum sane fuerit, Hollandiæ emptoribus, aut successoribus in immobilia defunctorum bona, sita in locis tributi hujus usu carentibus, imponi hanc vicesimæ aut quadragesimæ necessitatem. Inficias quidem non eundem, quin summo jure loci cujusque Princeps id possit constituere, ne plus peregrini inde auferant, quam Princeps ipsorum patitur a peregrinis ex suo territorio aliorum deferri; ut ita ipse suos subjectos peregrinis, vel potius peregrinos suis subjectis æquet, & efficiat, ne melioris sint conditionis peregrini, quam cives proprii. Quæ ratione Saxoniz constitutiones, ne peregrina cognata plus ex gerada cognata in Saxonia defunctæ ferat, quam leges loci, in quo successura commoratur, patiuntur per peregrinas ex gerada seu mobilibus utensilibus mulieris ibidem defunctæ tolli & abduci, defendit Thomingius d. decis. 26. num. 13. 14. 15. 16. & passim tot. decis. Berlichius d. part. 5. conclus. 51. num. 21. & seqq. Eodemque fundamento nititur, quod, cum multorum locorum statutis jus *issus* vel *exus* introductum esset, quo inter alia disponitur, certam partem bonorum, in quæ non cives, sed peregrini succedunt, publico inferendam esse, & ea portio in plerisque locis decima, in paucioribus quinta esset definita; statutis quibusdam cautum inveniatur, decimam quidem partem a peregrinis succedentibus pendendam esse; sed si lex loci, in quo peregrini successores domicilium foverit, graviolem pensionem, puta, quintam, a peregrinis succedentibus exigat, tunc illos ipsos etiam jure *issus* pati debere quintæ partis detractionem, retorsionis lege. Nec dubium, quin & in universum defendi possit, quoties in uno loco statutum vigeat prohibitorium, cujus dispositio nec pacto expresso in contrarium concepto per subditos aut exteros mutari posset, nec alterius loci statutum eligi ac comprobari pateretur, (de quo nos latius de statutis) toties alterius loci magistratum, qui sua jura alibi exclusa videt & prohibita, vicissim quoque

peregrinis istius loci, ubi prohibitorum statutum viget, denegare posse sui statuti beneficium ac dispositionem, retorsionis jure, si inaequalitas certa maneret, & deterioris conditionis semper essent cives quam peregrini, illo jure retorsionis non adhibito. Si tamen non certo constaret, unius loci subditum semper in damno huiusmodi, alterius loci subditum lucrifacitum, sed incertus esset ex variantibus diversorum locorum statutis lucii damnae eventus, nulla ratione consultum fuerit, ut adversus externos jure retorsionis ac dispositione legum, quae in loco domicilii exterorum vigent, ne inextricabilibus implicaremur molestiis ac difficultatibus, inter vicinas praecipue gentes omni studio evitandis. Licet ergo ex iis, quae de summo jure ac potestate statuta continentur in suo territorio diximus, manifestum evadat, nihil ob stare, quo minus in Hollandia lex conderetur, ne Geldei, neve Flandri libere de praediis Hollandicis testentur, quia nec Hollandis id licet de Geldricis Flandricis rebus: aut quo minus caveatur, ne Ultrajectini in quartu gradu collateralium positi jure representationis veniant ad bona Hollandica cum suis patris magnis, quia nec Ultrajectini tali casu Hollandos in tali gradu positos admittunt ad res immobiles Ultrajectinas vi representationis: vel ne Ultrajectinis in bonis pater Hollandus, civis loci jure Scabinico utentis, suo filio civi Ultrajectino succedat, quia vicissim pater Ultrajectinus filio, civi Hollandiae, quae Scabinico jure gaudet, non esset successurus: tamen propter incertum mortalitatis & successionis eventum, & inde dependentem incertitudinem, an alterius loci statuta de successione ex testamento vel ab intestato peregrinis magis aut minus profutura sint, quam statuta loci, in quo domicilium fixerunt; satius longe fuerit, utrimque incertum successionis lucrum damnumve pensari, & aequalem peregrinis ac indigenis poni ac conservari succedendi rationem. Idemque in ceteris quamplurimis iudicium esto.

TITULUS III.

Si quis jus dicenti non obtemperaverit.

SUMMARIA.

1. Qui ius dicenti non obtemperat, quomodo Jure Romano ac moribus coerceatur? explicatur l. 1. §. 1. ff. de t.
2. Hanc in factum actionem non popularem, sed privatum esse.
3. Ut puniatur, qui ius dicenti non obtemperavit, aut mandatis praestitit, non amio inquiritur, an jure, an injuria iudex abductionem vel ablationem rei praecipit.

1. **N**on obtemperare dicitur jus dicenti, qui id, quod extremum est in jurisdictione, non fecit, dum rem abduci vel auferri mandato iudicis passus non est, sive actor, sive reus sit; l. 1. §. 1. & 3. ff. de t. elliptica locutio, & sensus legis imperfectus, nisi post verba passus esse subaudiatur, hoc edicto vel hac pena non tenetur. Scilicet, si videtur jus dicenti non obtemperasse, qui, quod extremum est in jurisdictione, non fecit. Valuit, si quis rem mobilem vindicari a se passus non est, sed duci

eam vel ferri passus est, hoc edicto non tenetur; ceterum si et sequentia recusavit, tunc non obtemperasse videtur. Adeoque quisque recte ius suum adversus alium rem vindicantem tuetur, nec videri potest in iudicem contumax. Verum si non tantum pati noluerit rem vindicari, sed nec abduci vel auferri, & ita sequentia, abductionem nempe, recusaverit pati, edicto obstrictus est. Cujacius lib. 24. observ. 25. Contra quem ob id personalis in factum actio competit, non tantum ad id quod interest, sed quanti ea res est in iudicium deducta, licet non iure petita, l. unic. §. ult. ff. de t. l. contumacia 53. ff. de re iudicata, arg. l. si per 5. §. in eum 1. ff. ne quis eum, qui in ius voc. vi eximat. & cum meram poenam contineat, neque post annum, neque in heredem datur, l. 1. §. ult. ff. de t. neque contra pupillum, minorem, dominum, ex tutoris, curatoris, aut procuratoris facto, d. l. unic. §. 2. ff. de t. hodie tamen cessare hanc poenam, ejusque loco contumacem litis damno coerceri, auctor est Groenewegen ad d. l. 1. §. ult. ff. de t. sic ut auctor id, quod sua interest, nunc consequatur, eo modo, quo id in actione ad exhibendum & multis aliis secundum ius Romanum obtinuit. Vide l. ult. §. 1. ff. de appellation. h. qui restituere 68. ff. de rei vindic. l. 1. §. de hac verba 5. ff. ne fiat ei, qui in possessione missus.

2. Accommodat autem magistratus hanc actionem non cuilibet ex populo, (uti ex superioribus edictis de albo corrupto, & jure novo dato vel impetrato) sed potius adversario laeso: licet enim magistratus hoc penali iudicio suam dicatur neri jurisdictionem, l. 1. §. pr. ff. de t. non tamen primario hic vindicatur laesa jurisdictio, sed potius ius privati. Unde &, an poena, an id, quod interest, hic veni- ret praestandum, disceptatur, d. l. 1. §. ult. ff. de t. cum tamen in actionibus popularibus, qua talibus, ista de persequendo eo, quod interest, disceptatio non possit locum habere. Eoque facit, quod, licet violenta exemptione rei in ius vocati, & repulsione ejus, qui per praetorem in possessionem missus est, aequae & magis laedatur magistratus auctoritas, quam si quis rem abduci non pateretur: actiones tamen ob id competentes nequaquam populares sint, sed solis laesis concessae, l. 1. §. ult. ff. ne vis fiat ei, qui in possessione missus, l. si per 5. §. in eum 1. ff. ne quis eum, qui in ius voc. vi eximat.

3. Neque quantum ad hanc actionem attinet, anxie inquirendum, utrum jure, an injuria iudex abductionem aut ablationem aliudve simile decreverit; cum etiam iniqua praecipienti iudici obtemperandum sit. Hinc, cum quis curiae mandato penali, cedere fundo conductus, & si se opponeret, mandato ad tres septimanas rato manente, iudicio adesse juberetur, nec tamen mandato iudicis obtemperaret, jure condemnatus fuit omnia reparare attentata; eo quod ab iniquo praecepto debilisset appellare; Neostadius Caria sup. dec. 28.

TITULUS IV.

De in ius vocando.

SUMMARIA.

1. Quid sit in ius vocare, quae vocare possit, an universitas?

2. Quo modo quis de domo sua vel ecclesia in jus vocari possit, vel non?
5. Nemo vocandus dum funus, aut uxorem ducit, aut sacra facit: potest tamen vocari ante vel post sollemnia funeris &c. in aditu redituque. Quales sint, qui propter loci religionem inde se movere non possint?
4. Vocari nequeunt furiosi, minores sine curatore: quid juris si impetraverint veniam aetatis?
5. An magistratus? & quid moribus?
6. Patroni & parentes non possunt vocari sine venia; & quid hodie servetur? qua pena sit vocantium sine venia? & quando illa cesset?
7. Parentum nomine hic veniunt etiam naturales, essi turpes persona sint; siue suo, siue tutorio, aliove simili nomine pro pupillis conveniantur; quid juris, si filius curatorem patris sui furiosi vocet?
8. An socer aut socrus vocari sine venia?
9. An vitricus aut noverca?
10. An uxor maritum sine venia?
11. An assallus dominum directum? an subiectus Principem? aut Principis ministros, veluti erarii quæstores, fisci advocatos?
12. Quid juris in præceptoribus, susceptoribus de fœne baptismatis, fratribus?
13. Qua forma olim, qua postmodum, qua denique hodie fieri solite in jus vocationes per apparitores, intra iudicis territorium, non extra.
14. Quis effectus vocationis legitime factæ? quid juris, si defectu quodam labores vocatio? quid, si res non recte vocatus sponte venerit?
15. Quo modo hodie impetretur decretum generale vocandi debitores plures (mandement van debitis) quandiu id duret, & ad qua debita spectet?
16. Quid sit in jus vocatio edictalis, & quando locum habeat?
17. Quid sit hodie realis in jus vocatio, seu arrestum? quod potentior sit, quam verbalis in criminibus.
18. Arrestum fit vel jurisdictionis fundanda, vel rei servanda causa. Hac jure quoque civili probata, & acquisita.
19. Rei servanda causa fit etiam post litem contestatam, etiam alio in loco, & alterius iudicis jussu, quam ubi lis coepit, licet lex loci improbet arresta jurisdictionis ergo, aut personas jubeat ex privilegio ab arresto immunes esse; persona etiam recte sistitur, etsi res sit arresto jam detenta, & vice versa.
20. Arrestum rei servanda causa etiam ante diem aut conditionis obligationi adjecta existentiam recte fit, nec inducit litem pendentiam.
21. Non tamen, nisi post debitum contractum nova fuga aut interpositionis suspicio nascatur.
22. Quo fundamento nitantur arresta jurisdictionis fundanda gratia?
23. Repugnans principiis juris Romani.
24. Omni in loco fieri possunt, an & in castris? omni tempore, etiam feriis divinis, ac de nocte; non tempore mundinarum majorum.
25. Arresti locus in additionibus in personam. An, si in rem agatur? & quid si tunc testes testimonii causa sistantur? quid si simul in rem & in personam actio competat ejusdem rei vel debiti intuitu?
26. Non in additionibus in personam, quæ certi iudicis jurisdictioni, ad exclusionem iudicam ordinariarum commissa sunt; nec in obligationibus ex die vel conditione adhuc pendentibus.
27. Quo modo, qua forma, & auctoritate arresta fieri debeant, qua generaliter observanda? remissiones: servandu consuetudo loci, in quo arrestum fit.
28. Nemo auctoritate privata res aut personas sistere potest, nisi periculum in mora sit.
29. Reditus & pensiones immobilium, quorum dies jam cessit, an arresto gravari possint auctoritate iudicis, in cujus territorio debitor reddituum aut pensionum fovet domicilium?
30. Ordinarii iudices, licet superiores, non possunt concedere generaliter licentiam sistendi promiscue cives alteri Principi parentes; id maiestatis est.
31. An, & quo usque pagani iudices arresta decernant jurisdictionis causa; & quid possint Hagenses?
32. Qui in territorio alieno ex concessione tribunal habent, non recte decernunt arrestum personarum aut rerum, isto in territorio sitarum; Curia Brabantina Hage, Flandrica in Zelandia iudicant, si Brabantii, Flandri, eorumque bona in Hollandia aut Zelandia sint.
33. Qui in jus vocare possunt, etiam sistendi jus habent. An procurator ad agendum datus? an generalis cum libera? an sine mandato pro conjuncta persona?
34. An minores, an uxores sine curatorum, aut maritorum auctoritate, si caveant de rato?
35. Arresto detineri possunt, qui in jus vocari; etiam bares cura beneficio inventarii; hodie etiam famina; Frisco etiam Hollandum; licet alias in Fritia non probetur sistendi jus jurisdictionis causa.
36. Sisti nequeunt, qui nequeunt in jus vocari; minores, nisi veniam aetatis impetraverint; non mulieres in maritali posite potestate. Quid si publica mercatoris sim?
37. An tutores, curatores, procuratores, testamentorum executores?
38. An quis sistere possit debitorem sui debitoris?
39. An, & quatenus arresto detineri possint milites, quique annonam, & alia ad castra debebunt; advocati & reliqui curiarum suppositi, consilarii Curiarum, Professores, per hostes pulsi in Hollandia heremes, delegati ad comitia Hollandia?
40. An sisti possit, qui testimonii perhibendi vel tutelæ reddenda causa evocatus est? An debitor, qui transactionis causa a creditore est evocatus, vel sponte venit; et quid juris, si securitatis scriptum debitor impetravit? an, qui funeris, aut uxoris ducente causa, accedit, recedit, vel in ipso loco bares?
41. An sisti, qui appellationis vel alterius litis persequende causa in aliquo loco est? an per unum jure vel injuria detentum, per alium sisti possit; et an semel laxatus, iterum ab eodem vel ab alio sisti in continenti queat?
42. An studiosi, eorumque bona?
43. An legati exterarum gentium?
44. An delegati ad federata Belgii uniti collegia per singulas provincias?

64. *An duo Hollandi, duo Ultrajectini, duo Zelandi, se invicem extra suam provinciam, an duo ejusdem civitatis incolae se invicem extra suam civitatem? Quid juris circa privilegium de Brabantinis non sistendis? An Zelandus Hollandum, et vice versa? hac occasione de variis conventionibus inter Hollandos, Zelandos Ultrajectinos, Slusane urbis et territorii (tuyve) incolae.*
65. *Conventiones ille non impediunt, quo minus arresta fiant rei servanda causa, etiam liti causa per eos, quibus ab Hollando contra Hollandum actio cessa est.*
66. *An parentes a liberis sisti possent?*
67. *An noverca, frater, illustres, nobiles, doctores?*
68. *Bonis debitoris arresto detentis jurisdictionis causa, non potest ipse debitor, non suspectus, pendente lite detineri.*
69. *Non est semper verum, non posse sisti res eorum, qui ipsi sisti prohibentur, aut vice versa; quod exemplis illustratur in bonis minorum, debitorum debitoris; licet hic debitori debeat sub conditione, vel ex die.*
70. *Sisti possunt annui redditus, etiam feuda per iudicem non feudalem, si litigandum sit de controversia non feudali. Non tamen sortis aut redditus apud ararii quæstores, nec pecunia apud mensam argentariam Amstelodamo deposita; ne per ambages quidem; nec alimenta in futurum debita.*
71. *An stipendia sociorum nauticorum, aut professoribus, sacrorum ministris, advocatis, medicis, militibus, aliisque debita?*
72. *An res hereditaria statim a morte debitoris? An ipsa cadavera?*
73. *An res aliena per debitorem possessa, ut ita fundaretur jurisdictioni?*
74. *An res debitori cum alio communes, et quid in navi cum multis communi?*
75. *An res debitoris, quam is alteri pignori dedit?*
76. *An quis rem propriam? et, quid si alius in re nostra jus habeat? quid si alteri nos debeamus? an jurisdictionis causa, sub nobis ipsis sistere possimus, quod debemus, quodve nostrum est?*
77. *Cessat jus sistendi res debitoris, jurisdictionis gratia, ubi curator bonis datus est.*
78. *Privilegium immunitatis ab arresto, ante litem contestatam allegari ac probari debet; etiam a iudice, cujus est jurisdictio, recte petitur, ut is jam contra arrestum non iure factum suatur.*
79. *Quis in effectus arresti recte facti? quo modo coercemur, qui arresto violato fugerunt, aut fugientibus opem tulerunt; cui multa cedat?*
80. *Quis effectus arresti mobilium & immobilium? qua pana non obtemperantium? mobilia tamen jure domini transire, si per dominum, non obstantes arresto, alienentur.*
81. *Quis effectus, si apud debitorem debitoris arrestetur debitum? et an ille, non obstantes arresto, debitum solvere possit?*
82. *Arrestum plerisque effectus habet communes cum in jus vocatione; etiam quantum ad liti pendentiam, preventionem, et prescriptionis interruptionem; nisi arrestum faciens die dicto se non sistat, et ita deserat.*

64. *Arrestum apud nos nec jus pignoris tribuit, nec prelationem; nec impedit, quo minus hypotheca legales fisco, pupillis, et similibus nascantur: sicut in Saxonia.*
65. *Qua cautione interposita, laxatur arresti vinculum, remissive: et quid petere possit detentus, si arrestans non prosequatur arrestum?*
66. *Initium iudicis est in jus vocatio, sine qua sententia subsecuta est ipso jure nulla, nec sustinetur in favorem non citati.*
67. *Vocatus ad unam causam, ad alteram respondere non compellitur; si tamen sponte respondeat, valet iudicium.*

1. Summa nititur æquitate in jus vocatio, ne inauditus quis condemnatur: est enim in jus vocare juris experiundi causa adversarium vocare ad eum, qui jurisdictioni præest 1. ff. b. t. l. 2. ff. si quis in jus voc. non ierit, ac improprie quandoque dicitur in iudicium vocare, l. fideiussor. 2. ff. prætor ait 2. ff. qui satisd. cog. l. 1. ff. ult. l. tutor pro pupillo 28. ff. de admin. & peric. tut. neque enim vocatio fieri poterat ad iudicem pedaneum, apud quem quæ gerebantur in iudicio, proprie dicebantur geri; sed ad eum solum, qui præerat jurisdictioni, arg. l. quod si servum 3. ff. 1. ff. ne quis cum, qui in jus voc. vi eximat, d. l. 2. ff. si quis in jus voc. non ierit. Et quia vocandus est adversarius, hinc nec ille, qui tantum præsidii aut Principi libellum offert contra alium, nec qui sui defendendi causa magistratum interpellat, videri potest in jus vocasse, l. libertus 14. & 15. ff. b. t. Vocare autem potest quilibet legitimam habens personam standi in iudicio, sive singularis persona sit, sive respublica aut universitas, constituto scilicet ad id actore per eos, qui universitati præsunt, l. si municipi 2. 3. 6. 7. & tot. tit. ff. quod cuiusque universi.

2. In omni in jus vocatione loci, temporis, ac personarum fuit habenda ratio; in quantum neque omnes, neque omni tempore, nec omni et loco potuerunt vocari. Locum enim quod attinet, quamvis ex loco quocumque regulariter reus vocari potuerit, l. sed etiam 20. ff. b. t. quia tamen & domus sua tutissimum cuique refugium est, & ipsa quoque miseris omnibus ecclesia, hinc neque e domo sua, neque ab ecclesia quemquam in jus vocari potuisse placuit: neque tamen id creditoribus fraudi fuit; quippe qui, reo intra domus suæ aut templi septa latitante & indefenso, in possessionem bonorum ejus mitti poterant, l. plerumque 18. 19. ff. b. t. l. fidei 2. l. præsentis 6. ff. sed si hoc h. C. de his, qui ad eccles. confug. Et quæ de domo in il. asseruntur, ad navim quoque jure prodixeris, quoties quis navim velut domum inhabitat, nuspiam, præterquam in navi, domicilium fovens, arg. l. pen. ff. ult. ff. de his, qui effud. vel dejecerint. Hæc vero de reali tantum intelligenda in jus vocatione, qua quis de domo temploque extraheretur aut abduceretur inivtus: etenim quin ei, domo aut templo sese contenti, sed ad se aditum præbenti, solemniter potuerit etiam a vinea, aut balneo, aut theatro, denunciatio fieri, ut per se vel procuratorem de jure experiretur, nequaquam dubium, l. satisque 19. l. sed etiam 21. ff. b. t. l. præsentis 6. ff. 1. & 3. Cod.

de his, qui ad eccles. in eamque sententiam, Ulpianus ad edictum pratoris, denunciationem ad domum absentis injungens, *verecunde ait pratorem denunciari jubere, non extrahi de domo sua, & domum denunciari sic accipi debere, ut, & si in aliena domo habitet, ibi ei denunciatur, l. dios cautioni 4. §. prator ait 5. ff. de damno infecti.*

3. Temporis intuitu cavendum, ne quis in jus vocetur, dum funus ducit familiare, vel cadaver prosequitur, aut justa mortuo facit; dum uxorem ducit, aut viro nubit femina; dum apud pratorem causam agit, aut litigandi causa necesse habet in iure vel certo loco sisti; aut tamquam iudex de re cognoscit, *l. in ius 2. §. 4. ff. b. t. arg. l. 2. §. 1. 2. ff. si quis caution. in jud. sist. caus. factis, nec obstat l. contra pupillum 54. §. 1. ff. de re judicata, quippe quæ vel tantum de lite apud pratorem inchoata & pendente intelligenda est; vel etiam, si accipiat de eo, qui causam agebat, non asserit, jure tunc temporis factam esse in jus vocationem, sed tantum excusat a contumacia pœnis eum, qui apud minorem judicem licetiam habens inchoatam, eandem deserit, quia ad majus adjutorium vocatus est, cum peccasse non videatur, qui, dum utrique vacare nequit, uni auditorio, & quidem majori vacat, arg. l. si quis in gravi 5. §. si cum auctor 4. ff. de Senatus. Silan. & Claudiano. Non etiam pontifex dum sacra facit, nec qui equo publico transvehitur in causa publica, l. 2. ff. b. t. de quo vide Ravardus lib. 2. varior. cap. 15. Cujacium lib. 15. obser. cap. 29. Nec quisquam eo tempore, quo se propter loci religionem inde non potuit dimovere, d. l. 2. Quod, quo spectet, incertum satis; dum alii hic emendationem adhibendam putant, ac pro inde se movere, legunt, inde removeri, atque ita accipiunt verba de illis qui ad templa, maxime ad aras Deorum confugerant; quos nec sub Gentilibus, nec sub Christianis Principibus abstrahi inde potuisse constat; Ravardus lib. 1. varior. cap. 6. alii alias adhibent conjecturas ac divinationes, fundamento destitutas, de quibus Wissenbach ad Pand. disp. 7. tit. 9. Ego vero eum a Jurisconsulto verbis istis designatum conjicio, qui sacrorum custodiam habebat sibi demandatam, & aditus aut hierophylacus in iure appellatur, *anonyma l. 20. §. 1. ff. de annuis legatis.* Ut enim sacerdos, dum sacra faciebat, ita & hierophylacus, dum templi sacrorumque custodiæ operam dabat, abesse ab eo loco per religionem vetabatur, & utrumque æqualiter illo tempore morabatur religio, ut Macrianus loquitur *l. neque infantes 50. ff. de fideicommiss. liberr.* Unde & hos duos Ulpianus conjunxit in d. l. 2. ff. b. t. & testator in d. l. 20. §. 1. ff. de annuis legatis. Nil tamen impedit, quo minus quis in jus vocetur, dum ad locum alium funeris ducendi causa, vel uxoris ducenda gratia venit, vel inde recedit; adeoque vel ante, vel post solemnem illum actum, in nuptiis ac funeribus interponi solitum. Quod & in accedentibus religionis ergo servatur. Peckius de jure sistendi cap. 5. n. 12.*

4. Personas non vocandas quod attinet, alii nudo modo vocari possunt, alii non nisi impetrata agendi venia. Nullo modo furiosi, aut infantes, *l. quibus 4. ff. b. t. sed magis tutores eorum ac curatores: reliqui ætate minores non aliter, quam tutores*

aut curatoris auctoritate muniti, *l. in rebus 2. qui legit. pers. stand. in judic.* quo si careant, oblato libello recte petit actor, a magistratu competente curatorum constitui, qui minoribus ipsis licet stantibus in lite assistat, vel usu hodierno, minorum, infantum, ac furiosorum nomine conveniatur, *§. item inveni 2. Instit. de Curatoribus, l. 1. admovent eam 7. C. qui pet. tut. l. ait præter 7. §. sed & si 2. ff. de min. 25. anni.* Quod si minor sit, cui tributa a Principe ætatis venia, hunc recte vocari, tamquam majorem, nulla dubitatio est, quoties nulla de re immobili ejus qui vocatur, controversia intercedit, per quam ex sententia judicis re illa vel in totum, vel pro parte posset excidere, *l. si actor 10. C. de appellat.* Etiam si rei immobilis amittendæ periculo per litem redderetur obnoxius, non nisi auctore curatore, ad litem illam petito, ac dato, videretur recte in jus vocatus, cum non obstante veniæ impetratione, quantum ad immobilium alienationem minoribus ceteris manserit exequutus, *l. eor, qui 3. C. de his qui veniam atas.* Christinaeus vol. 2. dec. 153. n. 3. Sed cum in Hollandia nunc usu invaluerit, ut concessa ætatis veniæ, etiam concedatur plerumque libera de rebus immobilibus disponendi potestas, merito statuendum est, toties recte sine curatore eum in jus vocari, qui veniam ætatis impetravit, quoties per istam veniæ concessionem liberum ei de immobilibus arbitrium indultum est. Sando dec. Friis. 1. tit. 2. definit. 1. Groenewegen ad l. uls. C. qui legit. person. stand. in jud. n. 4. §. 6.

5. Non etiam vocari possunt magistratus majores, *d. l. in ius 2. ff. b. t.* nisi ob delicta durante magistratu & eius occasione commissi: si enim venalem fuisse de jure sententiam, pœnam vel pretio remissam, vel vitio cupiditatis ingestam; denique, quacunque de causa improbum judicem quis approbare potuerit, etiam durante administratione ejus, hæc deferre non prohibetur, *l. jubemus 4. C. ad leg. Jul. repetund.* de aliis vero magistratus tempore & occasione non commissis, differenda lis fuit, donec honorem deposuissent; ut ita magis salva esset magistratui reverentia: cum enim annum tantum fuerit ejus imperium, non adeo grave in modica dilatione subesse videbatur æturo iactura, *l. nec magistratibus 52. ff. de injuriis.* Sed quia minoribus magistratibus, ne ipso quidem jure Romano hic honor fuit habitus, nec annuus plerumque, sed perpetuus sunt hodiernæ dignitates & reipublicæ munera; merito id moribus invaluisse arbitror, ut nullus ex magistratus sui, sive temporarii sive perpetui, utut maximi, honore impediatur de ius vocari, non magis quam privati quisque, *Instit. Cur. Holland. art. 8. 12.* etiamsi quantum ad vocandi formam inter privatos & magistratus officii nomine conveniendis nonnihil intersit, Groenewegen ad l. 2. ff. b. t. Simon van Leeuwen paratit. jur. noviss. lib. 2. part. 1. cap. 7. Rittershausius ad novell. part. 9. cap. 11. num. 13. Paulus Voet ad §. uls. Inst. de pœna temere litig. n. 2. Vinnius ad §. 12. Inst. de action. u. 5. in pr.

6. Impetrata demum a prætore agendi venia vocandi parentes, patroni, patronæ, eorumque liberi & heredes, etiam extranei *d. l. quibus 4. §. 1. & seqq. ff. b. t. l. venia 2. C. b. t.* Si quis contra fecerit,

per annum tenetur actione in factum non populari, sed privata, ad poenam 50. aureorum, patrono vel parenti laeso applicanda: si enim popularis fuisset, inepte Ulpianus dixisset in *l. si libertus* 12. ff. b. t. filiofamilias patroni sine venia vocato absente patre subveniendum esse, ut hanc in libertum instituat actionem, cum ex jure communi a populari actione filiofamilias haud fuisset arcendus. Inepte quoque inquisivisset ac determinasset in *l. pen. ff. b. t.* hanc actionem heredi non dari; cum itaque popularem actionem non heredi minus, tanquam uni ex populo, quam ipsi defuncto competere notum sit. Cessat tamen hac poena, si vocantem penituerit, aut vocatus non venerit, vel non invitatus vocatus sit, *l. quidamvis* 11. ff. b. t. ut & si patronus libertum adegerit jurare de uxore non ducenda; quale iusjurandum publice repugnare credebatur utilitati ac favori matrimoniorum; sic ut nec libertus illud praestitum servare teneretur, sed id ei a lege Julia remissum fuerit; *l. adigere* 6. §. *lege Julia* 4. ff. de jure patronatus, ubi pro permittitur legi debere remittitur, ex finalibus verbis d. legis facile colligitur. Interim a poena non excusandus libertus quoties non patronum nocentem, sed patroni filium sine venia vocasset, utpote innocentem, *l. adoptivum* 18. ult. ff. b. t. neque huic refragatur, quod in *l. qui contra* 15. ff. de jure patron. dicitur, nec talem patronum, nec liberos ejus quicquam juris habere: id enim de jure successionis in bona liberti operisque imponendis accipiendum; sed non impedit, quo minus reverentia filio insonti salva sit; scilicet, quod successio debeat patroni filio, id habet a patre, ac patris demum mortem consequitur: vivo eo non habet: si ergo hoc jus pater ipse delinquendo amiserit, ad filium morte sua transmittere non potuit. Sed reverentiam patroni filio libertus debet, etiam vivo patre ejus; quz cum ipsi insonti non esset adimenda ex delicto paterno, hinc & venia impetranda liberto fuit adversus filium patroni aucturo, quasi nulum interesset patroni delictum. Ne dicam, de eo, an insons patroni nocentis, & jure patronatus indigni, filius gaudere deberet jure patronatus, an magis ob factum paternum vel avitum ipse quoque eo caret, dissensus fuisse veterum jurisconsultorum, & contraria eorumdem Imperatorum rescripta; uti Ulpianus in *d. l. 8. §. ult. ff. b. t.* aperte significat; & apertius insignis constitutio divorum fratrum ab eodem Ulpiano proposita in *l. divi fratres* 17. pr. & §. 1. ff. de jure patron. cujus dissensus vestigium forte superest in *d. l. 15.* Sed de patronis a libertis suis non vocandis, qui plura eipit, videat illa in unum collata apud Mejerum *collegio Argemorat. ad Pand. b. t. n. 10. 11. 13.* moribus denique nostris cessat ordinaria poena aureorum quinquaginta, ac sola obtinet arbitraria, eaque non ita gravis, in quantum fere vocati sine venia absoluntur ab instantia, vocante in expensis damnato, Rodemburch de jure conjug. tit. 3. c. 1. n. 22. p. 344. in p. Ceterum neque rusticitati vocantium sine venia hic parciatur *d. l. venia* 2. Cod. hoc t. nec paupertati libertorum, qui ex inopia impares poenz solvendz, in pelle luunt, *l. ult. ff. b. t.* Nec denique evanuisse videri potest editi poena, vel venia necessitas, ob id, quod quz quondam ex lege 12. tabularum obtinebat, temporibus posterioribus cessavit violenta in

jus vocatio manusque injectio per quam indigna saepe patiebantur vocati; cum non sola violentia, sed & parenti patronoque debita reverentia suaserit hanc venia impetrationem: etenim cum parentis patronique persona semper liberis ac libertis sancta & honesta esse debuerit; sic ut neq. famosa actiones adversus illos danda fuerint; nec illz, quz doli vel fraudis mentionem habentes, eorum gravarent pudorem, *l. parens* 5. §. 1. *l. liberto* 9. ff. de obseq. parent. & patron. prae. pratoris fuit aestimare, an permittenda esset in jus vocatio, nec ne, pro varia actionis infamantis aut non infamantis conditione, *l. sed si hac* 10. §. prator ait 12. ff. b. t. Nec est, quod quis existimet, verba in jus vocationem extra poenam esse, quia poena cessat, si parens vocatus non venerit, vel venerit non invitatus, *d. l. 11. ff. b. t.* & tertium non datur, quatenus in verba in jus vocationem non cadi, invitum venisse. Considerandum enim, poenam cessare quidem, si non venerit, quia sic contentus se vindicavit; vel vocatus fuerit non invitatus, ut lex habet, atque ita sua vocatus voluntate sponte venerit, dum ipse litem sententia dirimi quantocius optabat, ut in *casa l. in tribus* 15. 16. ff. de judiciis. Sed si in vocationem faciendam non consenserit, sed invitatus vocatus fuerit, & ita vocatus venerit, poena non cessat; tum quia id nulla lege cautum; tum quia verum est, patri invito vocato injuriam factam esse, editi poena vindicandam. Et quamvis nostris & aliorum moribus nunc nulla judicis civilis natura sua infamiam damnato ingerere soleant, ut dixi tit. de his qui nos. infam. quia tamen haud dubium, quin doli fraudive mentione in agendo proposita probataque supilleetur opinio rei conventi; mansit etiamnum hodie ex reverentia debita hac venia impetranda necessitas, ut ita, si quz facti infamia damnatus sequatur, magis auctoritati judicis imparetur, quam inverecundae liberiorum vocationi. Vinnius ad §. 12. instit. de action. num. 5. Paulus Voet. ad d. §. 12. num. 4. Besoldus de libat. juris ad Pand. lib. 2. qu. 7. Christiaenus vol. 2. dec. 154. num. 9. Gudelinus de jure noviss. lib. 4. cap. 5. fere in pr. num. 4. Rodemburch de jure conjugum tit. 3. cap. 1. num. 22. dissentiant Donellus comment. lib. 23. cap. 2. post. mod. Carpiovius de sen. forens. part. 1. contrit. 2. def. 26. Ant. Faber Cod. l. 2. tit. 2. def. 13. Costalius ad l. 3. ff. de his, qui sui vel aliorum juris. Quoties ergo sine pravo speciali judicis jussu per libellum petito, fieri consuevit in jus vocatio sola viva apparitoris generalis mandato instructi voce, uti fere id apud inferiores judices fieri moris est, petenda peculiariter a judice in antecessum agendi venia, ubi quis parenti litem movere cupit. Sed si non nisi praecedente jussu judicis, per libellum implorando, procedat in jus vocatio (ut id in superioribus receptum tribunalibus) suffecerit, eidem libello, quo petitur adversarii vocandi licentia, inseri vulgatam clausulam salva, vel petita in antecessum agendi venia. Quin imo, etiamsi omissa illa formula liberi simpliciter citationis petendae gratia libellum curiis obtulerint, sese liberos, sese adversarium parentem esse, & ita in jus vocationem curia permiserit, eo ipso venia abunde videri potest impetrata, Gudelinus de jure noviss. lib. 4. cap. 5. fere in pr. num. 4. Groenveegen ad l. parentes 6. ff. b. t.

num. 2. Ultrajecti tamen prævaluit, nominatim expressa superiori formula agendi debere potest; adeo ut, cum vulgo libelli, quibus citationis faciendæ licentia petitur, sola expediantur graphiarum annotatione, absque speciali ipsius curiæ cognitione; tamen inserta hac de venia agendi formula non nisi ex mandato ejusdem curiæ, speciatim cognoscens per adnotationem annuatim desiderio supplicantis, D. Someren *de jure novercar. cap. 15. n. 1.* Paulus Voet *ad §. 12. Inst. de action. n. 4. in fine.*

7. Parentes hac in materia intelliguntur utriusque sexus, non primi tantum, sed & ulterioris gradus: nec soli legitimi, nec non adoptivi durante adoptione, sed & naturales tantum, ut & matres, quæ vulgo conceperunt, *l. quique 4. §. ult. l. 5. 6. 7. 8. ff. b. t. cum venia hujus impetrandæ necessitas posita sit in naturali reverentia, & pietate erga parentes; ac in aliis quoque juris nostri partibus pietatis officia ad naturales parentes, matresque vulgo concipientes æque ac ad legitimum modo procreantes extensa sint, veluti alimentorum præstatio, l. si quis a liberis 5. §. ergo & matrem 4. ff. de agnosc. & aliment. liberis, Schneidevinius ad §. 13. Inst. de action. num. 36. & seqq.* Nec interit, integræ existimationis sint parentes, an ex delicto quopiam notati: quamvis enim & legum contemtores sint & impii, attamen & patres sunt, atque adeo a pietatis ac reverentiæ officiis liberi nequaquam immunes, arg. novell. 12. cap. si vero 2. Non etiam refert, proprio nomine parens aut patronus in jus vocandus sit, an vero ut tutor, aut curator, aut defensor, aut actor seu syndicus universitatis, *l. sed si hac 10. §. ult. ff. b. t.* Sed si patroni tutor vocandus sit, hunc sine venia vocari posse, habet *d. l. 10. §. ult. & l. licet famosa 7. §. ult. ff. de obseq. parent. & patr. præst.* cui consequens est, ut, si patre furioso, curatore ejus per filium furiosi in jus vocandus sit, nec tunc venia impetratione opus sit, arg. *d. l. 11.*

8. Ceterum, dum Modestinus regulam tradit, generaliter eas personas, quibus reverentia debita, in jus vocari sine venia non posse, *l. generaliter 15. ff. b. t.* non ad alias id pertinere existimem, quam quibus similem, ac parentibus patronisque in edicto prætoris recensitis, honorem deberi constat; ut ita, dum non omnes in edicto casus facile comprehendi poterant, ad similia iudex edictum porrigeret, ex vulgata legum natura; arg. *l. non possunt 12. 15. ff. de legibus.* Si ergo de socero socruve quærat, non sine venia videntur vocandi, cum non modo per affinitatem parentis locum obtineant, *l. quia parentis 16. ff. soluto matrimon. sed & affectio paterna inter socerum generumque dicatur intercedere, l. ult. ff. de his que ut indiguit, & socer contra generum que ac pater contra filium competentia gaudeat beneficio, l. rei judicata 15. §. ult. & l. 16. ff. soluto matrimon. l. pen. ff. de jure dot. l. sicut autem 21. 22. ff. de re judicat.* Neque hic distinguendum puto inter affinitatem adhuc durantem, & dissolutam: ut post Jasonem videtur innuere Vinnius *ad d. §. 12. Instit. de action. n. 5. in med.* quippe quæ distinctio nec ratione, nec lege firmatur. Quin imo, socero etiam post dissolutum, ex quo nascebatur affinitas, matrimonium, æque ac eodem adhuc durante, hunc honorem habendum esse argumento esse potest, quod etiam soluto matrimonio eidem indul-

tum est competentia beneficium; non aliter deducendum, quam si dolose supra vires patrimonii dotem genero promississet, aut dissipasset dotem sibi datam, *d. l. 16. ff. solut. matrimon. d. l. 1. pen. ex qua limitandum quod generalius proponitur in d. l. 21. ff. de re jud.*

9. In vitrico plane ac noverca dissimilis est ratio, quamvis enim & hi ex affinitate parentum loco sint, in quantum inter vitricum ac privignam, privignum item ac novercam, nuptiæ ex eo capite impeditæ sunt, & in eo socero socruque vitricus pater ac noverca exzquati in *§. affinitatis 6. & 7. Instit. de nuptiis, l. adoptivus 14. §. ult. ff. de ritu nuptiar.* tamen quia damnosæ plerumque thori prioris liberis censentur secunda parentum nuptiæ, indeque nec æqualis in vitricum aut novercam, invititis liberis assumptos, ac quidem in socerum socrumque sponte electos, deprehenditur affectionis causa, sed sæpe magis odia novercalia, & instigationes contra prioris matrimonii liberos malignæ, *l. non est enim 4. ff. de inoff. testam.* atque insuper nec competentia beneficium vitrico vel novercæ invenitur datum adversus privignos; uti quidem socero adversus generum nurumve; denique nec privigni famosam furti actionem, aut hæreditatis expilatæ erimen, adversus vitricum aut novercam venturum intentare, *l. de his 11. C. de furiis & servo corrupt. l. expilata 2. si avi 3. C. de crimin. expil. hered.* hinc quæ de parentibus & socero socruque dicta, quantum ad veniæ necessitatem, ad vitricum aut novercam non recte traduxeris. Vinnius *ad d. §. 12. de action. n. 5.* Merula *in praxi civili libr. 4. tit. 24. cap. 12. num. 7.* Fachineus *lib. 10. contror. cap. 89.* D. Someren *de jure novercar. cap. 15. num. 1.*

Nec est, quod regeras, etiam contra patronum quandoque liberto famosam concedi actionem; & tamen non eo minus libertum debere veniam agendi petere, si cum patrono litigare cupit, *l. sed si hac 10. §. penult. ff. b. t.* Certi namque juris est, regulam de patrono generalem hanc esse, famosas actiones liberto adversus patronum non dari; ac ne eas quidem, quæ doli vel fraudis mentionem habent, licet famosæ non sint, *l. parens 5. in fin. l. 6. l. 7. ff. de obsequiis parentibus & patronis præstand.* ab hac vero regula exceptionem proponi in *d. l. 10. §. pen.* si scilicet patronus gravissima libertum injuria affecerit, flagellis forte eum coedendo. Cum ex adverso de vitrico & noverca talis regula concepta non sit, neque facultas conveniendi eos actione furti, vel expilatæ hæreditatis proponatur tanquam quid singulare, seu, tanquam exceptio ab aliqua regula contrarium vulgo dictante; sed tanquam jus ordinarium: ut proinde non stringat illud de liberto ad evertendum argumentum, a necessitate veniæ impetrandæ ob non movendas actiones famosas supra petitum.

10. De uxore major dubitatio est, non tam de jure Romano, quam hodierno: Jure enim Quiritium, quo mulieres junctæ viris non prohibebantur, & contra extraneos, & contra marites litem vel movere vel suscipere, illa agendi venia non fuit necessaria; dum altum de uxore silentium in edicto est, nec uspiam in legibus reverentia, quam marito debet uxor, invenitur assimilata ei, quam parentibus patronisque liberi ac liberti debent: imo idem ille honor eademque reverentia, ob quam competentia

beneficium dicitur marito debere saluum esse contra uxorem, & actio famosa furti uxori in maritum deneganda; uxori vicissim a marito est debita, ac parile uxori beneficium competentis, parilemque ab actione furti famosa immunitatem praeat, *l. nam., in honorem* 2. l. 3. §. 2. ff. de alt. rer. amot. l. alia 14. §. 1. in fine ff. soluto matrim. junct. l. non tantum 20. in fine ff. de re judic. Nisi ergo eo absurditatis delabi velimus, ut & maritum statuamus venia egere ad vocandum in jus uxorem; minus sufficiens erit reverentia marito debita, ad imponendam uxori, maritum vocatura, necessitatem veniae ad agendum petenda. Sed si mores hodiernos gentium plerarumque, ac praecipue Belgarum species; magis est, ut veniae impetratione uxor, contra maritum expectata, opus habeat. Cum enim vel ex ipso jure Romano propter vim potestatis prohibitus esset filius adoptivum patrem adoptivum sine venia vocare, *l. adoptivum* 8. ff. b. t. idem multo magis in uxore nunc debet obtinere: quippe quae adeo apud nos maritali potestati, in immensum prope adaucta, per nuptias subjicitur, ut vel pari vel arctiore istius potestatis vinculo astringatur, quam jure Romano ac praecipue usu hodierno filii familias patris potestatis nexibus devincti sunt; dum maritalis potestas extinguit patriam, nec ulla annorum aut aetatis meta circumscripta est, nec quicquam uxor vel in jure vel extra jus agere, gerere, contrahere potest, invito, magisque viri, quam parentum arbitratui & imperio cogitur obtemperare. Ex quibus omnibus cum non possit non maxima exsurgere reverentia per uxorem marito praestanda; ratio non est, cur non eundem huic, quam reverentia maxima parentibus debita, tributus effectum, etiam in ipsa in jus vocatione. Schneidevvinus ad d. §. 12. Instit. de action. n. 49. Rodenburch de jure conjugum tit. 3. cap. 1. n. 22. pag. 543. & seqq. Perezus in Cod. b. t. num. 2.

11. Non minor de vasallo contentio est; eo quod a liberto ad vasallum frequens in feudorum interpretationibus argumentatioprehenditur, teste Everhardo in loco 25. a liberto ad vasallum. August. Barbosa commun. argument. loco 64. Sed cum minus beneficium vasallus domino directo debeat, quam libertus patrono, a quo & libertatem, rem inestimabilem, & caput civile, & potestatem sibi jure domini acquirendi, adeptus est; nec uspiam in scriptis feudorum consuetudinibus illa reverentia species vasallo inveniatur imposita; rectius plerisque visum, non indigere venia vasallum ad in jus vocandum dominum, a quo feudum tenet. Hugo Grotius manuduct. ad jurispru. Holl. lib. 2. cap. 41. num. 14. Everhardus d. loco 25. a liberto: ad vasallum Fachineus lib. 10. controvers. cap. 90. Andr. Gayl. de pignorationib. observ. 15. num. 4. Mynsingerus cens. 4. obr. 92. Frederic. a Sande de feudis Geldria tract. 2. tit. 1. cap. 2. num. 11. Simon van Leeuwen cens. for. part. 2. libr. 1. cap. 10. n. 17. Nisi tamen vasallus simul etiam extra omnem feudi relationem esset sui domini directi subiectus: subditum enim non posse suum dominum, tanquam communem patriae patrem, aut rempublicam patriam suam, velut matrem communem, sine venia in jus vocare plerisque placet, arg. l. 2. ff. de justit. & jure, Vinnius ad d. §. 12. Instit. de action. num. 5. in fine. Schneidevvinus ad d. §. 12. n. 44. Andr.

Voci ad Landect. Tom. I.

Gayl. d. loco, quod tamen ad reipublicae ministros & administratores, veluti quæstores ærarii, fisci patronos ac procuratores, similesque, in causis ad eorum officium spectantibus, haud extendendum; quippe quos etiam sine venia simpliciter in jus vocari, usu vulgatum est, Consult. Jctor. Holland. part. 4. consil. 123.

12. De præceptoribus, ac susceptoribus de fonte baptismatis, nec non fratribus, quære prope supervacaneum; eo quod hi tantum in aliquo tertio in jure cum veris comparati parentibus, extra illas causas diverso plane a parentibus jure uti debent. Quamvis ergo ex lege Ælia Sentia fuerit manumissionis causa, si annis viginti minor parentem, fratrem, aut pædagogum voluisset manumittere; §. justa autem 5. Instit. quib. ex caus. manumitt. non liceat, & nuptiae cum susceptore, veluti patre spirituali, æque ac cum naturali parente fuerint interdictæ, *l. si quis alumnæ* 25. in fin. C. de nuptiis, perperam tamen inde conclusio formabitur, hos sine venia non posse vocari.

13. Formam modumque in jus vocandi quod spectat; licet olim & verbalis & realis in jus vocatio privato cujusque vocantis arbitrio fieri potuerit, absque ulla judicis peculiari auctoritate; sic ut actor reum oborto collo in jus raperet, invitum, reluctantem, populares implorantem, atque ita quiritantem seu proquiritantem, quiritas ad auxilium conclamantem, opem ferrent misero atque innocentem, & inopi subvenirent: de quo more vide Gellium Noct. Attic. libr. 20. cap. 1. Ravardum ad leg. 12. tabul. cap. 5. & cap. 5. pag. mibi 18. Carol. Sigonius de judiciis libr. 1. cap. 18. Rosinum antiquit. Rom. libr. 9. c. 12. tamen postea judicis auctoritate fieri solita, non ea tantum, quæ edicto proposito expedienda fuit; sed & quæ verbis, dum sub Gracis potissimum Imperatoribus cæpere rei per viatorem, judices representantem, vocari; ita quidem, ut apparitor libellum conventionis ab actore acceptum ad reum deferret, reus vero ei subscriberet, quo die oblatus esset, novell. 55. cap. illud quoque 3. §. 1. 2. novell. 79. cap. 3. novell. 95. novell. 112. auth. offeratur C. de litiis contestat. §. tripli 24. Instit. de action. l. ult. C. de annal. except. l. 5. C. de præscript. 50. vel 40. annor. a quo vocandi modo non longe recedunt hodierni mores, adhibita tamen aliqua inter judicia superiora & inferiora distinctione. Ad judices enim superiores seu curias provinciales non aliter fieri potest in jus vocatio, quam si prius actor, oblato libello, brevem negotii litigiosi narrationem continente, petierit & impetraverit rescriptum, quo ei conceditur licentia adversarium vocandi, ut tempore commodo, nec angusto nimis, nec nimis protelato, sed pro cujusque loci usu recepto, sese sistat. Contra vero ad inferiores sine prævio libello actor curat, citari reum per apparitorem, qui generali mandato videtur instructus a iudice. Sive autem ex speciali mandato, sive ex generali, apparitor reum in jus vocet, necesse est ante omnia, ut munus suum exerceat, & vocationem faciat intra territorium judicis illius, cujus mandato instructus est: cum ei extra territorium jubenti impune non pareretur, *l. ult. ff. de juridict.* etiamsi is, qui extra territorium subsistens citatur, domicilium foveret in territorio judicis, quem apparitor representat;

ut enim ipse iudex in alterius territorio privatus est. *l. ult. ff. de off. pref. urbi*. l. 3. *ff. de off. praesidis*, ita & ministri ejus ac viatores. Johann. Papon *lib. 6. tit. 7. arrest.* 13. Jul. Clarius *sent. lib. 5. §. fin. quart. 31. num.* 16. Paulus Voet *de statutis rest.* 10. *mi. ult.* Quo posito, necesse deinde, ut reo edat exemplum mandati in jus vocationis, si illud interpositum sit; alioquin vel generalem libellum citationis, ut reus, si non satisfaciatur auctori, se sistat certo die, ad audiendam auctoris petitionem; vel ipsam specifiacam auctoris petitionem, simulque exempla illorum instrumentorum, quibus auctor die condicto ad petitionem solutionis fiduciaria (*provisie van nampissemens*) usus est, positis scilicet hujusmodi solutionis fiduciaria terminis habilibus. Quia omnia aptius & perfectius a quotidiano judiciorum usu & ipsis rerum documentis addiscenda, pro more ejusque fori, in quod sua studia non cruda cum fructu propellere quisque allaborat, ut in simili ait Justinianus *§. pen. instit. de satisfactionibus*. Vide interim instruct. curiarum, Simon van Leeuwen *cont. for. part. 2. lib. 1. cap. 25. num.* 6. 7. & paratit. *juris noviss. libr. 2. part. 1. c. 7. num.* 2. Wassenaar *pract. judic. cap. 1. num.* 30. & *seqq. & num.* 38. Quod si apparitor domum rei vocationis faciendam gratia adiens, ipsi reo tunc forte absentem, denunciare ad editionem facere nequeat, suffecerit, vel domesticis ipsis, aut institutoribus, vel, nullo presente, vicinis majorennibus hac explicari; aut denique vicinis quoque deficientibus, libellum ad ipsas aedes proponi, seu aedibus aut januae affigere, consultum erit, ut vel ea ratione monitus reus sese sistat, *l. dies 4. §. prator. ait 5. & §. 6. ff. de damno infecto*. Instru. Curia *suprema art.* 105. 106. Curia *Brabantina art.* 389. prolixè de hisce Tyraquellus *de retractu gentilis §. 9. gloss. 2.*

14. His praestitis valida erit in jus vocatio, etiamsi ad ipsius rei notitiam eam haud pervenisse probetur; cum ipsius rei culpa sit, quod vel nullos domi procuratores reliquerit, vel domesticos negligentiores, denunciare non indicantes; ut tamen restitutio non videretur deneganda, si reus justissimam ignorantiae causam, ab omni negligentia semotam, posset docere, arg. *l. non enim 16. & l. sed & si 26. §. adversus 1. ff. ex quib. caus. majores*. Tyraquellus *de retractu gentilis §. 6. gloss. 2. nu.* 39. & *seqq.* Christinaeus *ad leg. Macblinienses tit. 13. art. 7. n. 3.* Mynsingerus *cont. 2. observ. 69.* Contra vero, si quid ex observandis in jus vocatione neglectum sit, dum vel in forma peccatum, vel in nimis coarctato, vel nimis protelato sistendi tempore, vel in homine & designatione auctoris, aut rei, aut judicis erratum est, nullius momenti foret vocatio, nec ex ea reus, sui copiam non faciens, conumax aut morator dicendus esset, ac nihil valerent, quaecunque ad talem inutilem vocationem fuissent subsecuta, non magis, quam si in jus vocatio in universum defuisset; etiamsi forte alius pro eo, qui non vocatus est, sed vocandus erat, suscepit vocationem, & alterum se stitutum promiserit, quia verum est, eum non esse citatum, *l. ea, qua 7. C. quomod. & quand. judex sent. proferre debeat*. Andr. Gayl. *libr. 1. observat. 48. num.* 3. Mynsingerus *cont. 3. observ. 50. num.* 1. 2. Ant. Faber *Cod. libr. 2. tit. 2. defin. 8.* Nisi tamen is, qui non legi-

time vocatus est, atque ita vocationem poterat contemnere, ac abesse, sponte sese stiterit: eo enim ipso roborari atque firmari citationem invalidam, adeo ut ne illegitima quidem vocationis exceptionem opponere possit, qui sistit, in praxi receptum est; & argumento esse potest, quod ab Ulpiano traditum in *l. 1. §. 2. ff. de foris*, si prator feriarum tempore per socordiam, aut negligentiam evocare litigantes perseveraverit, hique sponte venerint, si quidem sententiam dixerit praesentibus illis & sponte litigantibus, sententiam valere, tametsi non recte fecerit, qui eos evocaverit; sin vero abesse perseveraverint, sententiam nullius fore momenti. Firmum scilicet est, litigantibus sui copiam facientibus, quod inutile foret, ipsis jure suo abesse perseverantibus. Andr. Gayl. *d. libr. 1. observ. 48. nu.* 4. & *observ. 58.* Radelantius *Cur. Ultraject. decis.* 109. Mynsingerus *cont. 2. observ. 18. nu.* 3. 4. Ant. Matthaeus *de judiciis disp. 6. sber. 35.* Consult. Jxor. Holland. *part. 3. vol. 2. consil.* 109. *nu.* 1. Henz. Kinschot *respons.* 83. *num.* 86. (*in editione ann.* 1653. *Respons.* 93. *quart.* 6. *n.* 86.)

15. Ne autem illi, qui plures habent debitores sibi vel ex eadem, vel ex diversis causis obstrictos, & vel ex prorogatione, vel ex alia causa ad curiam provincialem, praeterito inferiori iudice, vocari non prohibitos, nimis gravarentur sumptibus, si ad singulos in jus vocandos novum impetrare deberent rescriptum; compendii causa receptum praxi est creditorem posse libello supplice generale petere & impetrare a curia rescriptum, quo ei conceditur licentia vocandi suo arbitrio non eodem tantum, sed & diversis temporibus debitores plures, quotquot prima instantia omisso inferiore ad curiam vocari possunt (vulgo *mandement van debits*) quale tamen rescriptum curia generale vires suas tantum extendit ad annum ab impetratione computandum; nec ejus vi vocari possunt alii, quam qui rescripti impetrati tempore debeant; sic ut vocatio, talis rescripti vigore post annum facta, nullius momenti sit, uti & vocatio ad impetrandam solutionem illius debiti, quod demum natum cujusvis dies demum cessit post impetrati rescripti diem, arg. *l. non potest videri 25. ff. de judic. ardom. en instru. van den Hove van Holland in kleyne taken 21. Decembr.* 1579. *artic. 6. vol. 2. placit. Holl. pag.* 762. Instru. Curia *Brabant. art.* 479. Willem van Alphen *paget part. 1. cap. 2. Wassenaar pract. judic. tit. cap. 1. n.* 35.

16. Praeter simplicem in jus vocationem, quae sola apparitoris denunciazione fit, est & alia, quae editis tribus, vel uno peremptorio publice propositis, juncto ex motibus nostris campanae sono, peragitur, *l. editum 55. l. ad peremptorium 68. & seqq. ff. de judiciis*. Instru. Curia *supr. art.* 106. Curia *Brabant. art.* 338. 339. *Flandrica art.* 223. quo modo vocandi rei criminum absentes juxta praescriptum Marciani in *l. 1. §. praeides 2. ff. de requirend. vel absentibus damnand.* Uti & qui conveniendi sunt actione in rem, dum absunt ab eo loco, in quo res immobilis sita est. Groenewegen *ad l. un. C. de ubi hereditate*, etiamsi ejus conditionis fuerint, ut sistere se in eo loco non possint, dum forte relegati ab eo loco, sub pena capitis aut alia arbitraria, & tamen bona ibi habent, de quibus

bus his ipsa movenda est; quamvis tunc mutata formula jubeantur adesse per substitutum mandato instructum, Rodenburch *de jure conjug. tit. 3. cap. 1. n. 16. pars med.* Illi quoque, qui, cum litigantibus, in alio territorio domicilium sistentibus, operam praestitissent, patrocinium aut procuracionem praebendo, eosdem ad impetrandam salarii solutionem in jus vocant; cum enim de illius salarii debiti iustitia nullus judicare melius possit, quam qui litis principalis administratae iudex fuit, obtinuit in Hollandia, clientes alibi degentes edicto ad eundem vocari iudicem, etiam si nulla ipsorum bona arresto graventur teste van Alphen *Papegay part. 1. cap. 2. cum mandamen non debuit, in notis pag. mihi 72.* Ad haec, quoties locus, in quo reus vocandus moratur, subest quidem jurisdictioni iudicis, ad quem vocatur, sed non satis tutus est apparitori ob hostes grassantes, aut citandi potentiam, quo casu in proximo loco tuto edictum proponendum, *clement. cap. dudum 1. de iudiciis, Mynsingerus sent. 2. obr. 69. in notis Van Alphen Papegay part. 1. cap. 2. libello. 1. & in verb. Mandament van debitis, in fin.* Insuper, si quis per se vel alios quoquo modo efficiat, ne ad se citatio pervenire possit, *d. clement. 1. cap. statimur 13. de offic. & potest. iud. delegati in G. clement. univ. de foro compet. clement. cap. causam 5. de electione & electi potest.* Aut, si vagabundus sit, nullibi certum fovens domicilium, quo casu edictum in eo videtur loco proponendum, in quo frequentius solet oberrare, arg. *l. dies 4. §. 1. i. s. 6. ff. de damn. infect. l. ejus qui 27. §. Celsum 2. §. ad municipal.* Denique quoties incertae personae citanda sunt, dum vel creditores defuncti vocantur, ut supersint confectio inventarii, nec de eorum numero aut nominibus plene constat: vel ob interponendum decretum iudiciale de tradendis immobilibus citantur, quotquot jus aliquod in rebus tradendis sibi volunt asserere. De his vide Andr. Gayl. *libr. 1. observat. 57. Simon van Leeuwen cons. forens. part. 2. libr. 1. cap. 23. num. 3. 16. 17.*

17. Rigidissimus vero in jus vocandi modus est, qui per personam, aut bonorum detentionem auctoritate iudicis interposita fit, sic ut nec persona ab eo loco discedere, nec res vel alienari vel transferri possit extra territorium iudicis, donec adversario satisfactum, aut satisfactum sit. Hanc vulgo *realem in jus vocacionem*, & barbara voce *arrestum* appellant. Nec dubium, quoniam in causis criminalibus usum inveniat, usque adeo, ut in casu, quo quis de crimine duobus in locis conveniri potest, puta, domicilii, ac criminis contracti, potentior sit habenda realis, quam verbalis in jus vocatio, licet reali antiquior, dum forte in loco commissi criminis citatus verbis, in loco domicilii apprehenditur ac sistitur; nec videatur praeventio, qui prius citavit, nisi ex circumstantiis pateat id sponte reum egisse & affectasse, aut alibi detineretur, forte poena gravioris evitanda causa. Jul. Clarus *sentent. libr. 3. §. fin. quest. 34. numer. 7.* Damhouderus *praef. crimin. cap. 33. Farinacius oper. criminal. libr. 1. tit. 1. quest. 7. num. 3.* Jacobus Coren *consil. 30. sed de his latius tit. ff. de accusation. & tit. de iudiciis.*

18. Civilia negotia quod spectat, considerandam, duplicem esse sistendi finem; etenim vel personae reus sistuntur tantum jurisdictionis fundandae gra-

tia, vel rei seu debiti conservandi causa. Rei quidem seu debiti servandi causa sistuntur personae tum peregrinae, tum etiam non peregrinae, etiam sine ulla detentione subiecta iudici, cuius auctoritate detinentur, dum forte de fuga suspectae sunt. Mævius *de arrestis cap. 6. nu. 2. & seqq.* idemque obtinet in rebus eorum mobilibus, ubi amorionis clandestinae subest metus; quo modo exempli causa invecata & illata in praedium rusticum urbanumve, aut illic nata arresto detineri ad locatoris petitionem; debitoris quoque debitori per creditorem denunciari, auctore iudice, ne is solvat, nisi denunciati satisfactum fuerit, vulgo notum. Quid si non ablationis, sed tantum dissipationis ex prodigalitate metus subest, non videtur creditori concedenda rerum detentio, sed magis in id allaborandum, ut ipsi interdicatur bonorum alienatio. Pekius *de jure sistendi cap. 16. num. 1. 2. dissent.* Mævius *de arrestis cap. 6. n. 9.* Haec detentio & manus injectio, cum tantum in securitatem creditoris, de debito suo periclitantis, contingat, & necessitatem pro fundamento habeat, tantum abest ut vel rationi vel juris Romani principiis adversetur; ut potius ex eo jure petita, & ad nostros usus optima ratione translata censeri debeat. Sic enim fugientem detinere licuit debitorem & res ejus, non iudicis tantum, sed & privata auctoritate, *l. ait praetor 10. §. si debitorem 16. ff. qua in fraud. credit. l. 1. C. ubi quis de curiat. vel cohortal. aliter condit. conveni.* sic, latitante debitore, creditores iudicis auctoritate missi in possessionem bonorum ejus, *tot. tit. ff. quib. ex caus. in poss. eat. & tit. ff. de reb. antor. jud. possid. seu vend.* sic denique jussus reus suspectus rem immobilem, de qua lis movebatur, quaque subduci per eum potuisset, in ade sacra vel apud sequestrem deponere, donec vel satisfactio interponeretur, vel lis finem acciperet, *l. si fidejussor 7. §. ult. ff. qui satisd. cog. & uti melius esse censuerunt Imp. occurrere in tempore quam post exitum vindicare, intacta jura conservare, quam post vulnervatam causam remedium quaerere, l. 1. C. quando liceat amicum sine jud. se vind. l. ult. in fin. C. in quib. caus. restit. in integ. necess. non est, sic quoque satius ex parili ratione fuit, fugae vel abductioni per detentionem mature occurrere, quam postea adversus lesionem, ex fuga aut ablatione illatam, in vanum saepe implorare iudicantis auxilium. Quibus accedit, quod in hiis casibus rerum personarumve de fuga suspectarum detentio adscribenda est vigilantia creditorum, quae jure Romano laudata satis ac probata fuit, *l. quod autem G. §. sciendum 7. l. pen. in fin. ff. qua in fraud. credit. Rebuffus ad consil. regias rom. 1. de literar. oblig. art. 6. gloss. 3. num. 42.* Simon van Leeuwen *cons. for. part. 2. lib. 1. cap. 15. n. 2.* Petrus Bort *tract. van arresten cap. 1. num. 14.**

19. Cumque hoc arresti genus ex mera necessitate, & securitatis tantum gratia receptum sit, aequo adeo nec tam durum aut odiosum; hinc in plerisque etiam illis locum habere poterit, qui alioquin ex privilegio vel ratione personae vel ratione bonorum prohibiti arresto inquietari. Simon van Leeuwen *d. cap. 15. num. 8.* Roseboom *consilium van Amsterdam cap. 19. art. 19. & seqq.* Bort *nom. arresten cap. 4. num. 45. consult. Jurisc. Holl. part. 1. consil. 239.* Nec tantum ante licentiam contestatam,

sed & post, lite pendente, omni iudicii parte, quatescunque fuga vel interversionis suspicio suboritur: licet enim pendente lite nihil innovandum sit, tot. ff. nihil innov. appellat. interpos. tit. C. in integr. rest. postul. ne quid novi fiat; tamen, ne per fugam aut rerum aversionem iudicia cepta reddantur elusoria, recte cavetur mediante arresto, donec de iudicato solvendo satisfactum sit. Et certe, cum de iudicio personarum ac rerum ex causis hisce ante litem contestatam recte per creditorem petatur a iudice, neque quisquam litem contestando deteriore se soleat facere suam conditionem, sed plerumque meliorem, l. non solet 86. l. nemo enim 87. ff. de regul. iur. non potest post litem contestatam, emergente suspicionis causa, hac actoris petitio iniqua videri arg. l. apertissimi 16. C. de iudiciis junct. l. Julianus 17. eod. tit. Peckius de iure sistendi cap. 4. num. 5. Bort. van arressten cap. 4. num. 60. Berlichius part. 1. concl. 73. num. 57. Radelant. Curia Ultraject. dec. 73. Neque tantum id licet in eo loco, & iudicis illius auctoritate, coram quo lis pendet, sed & in alio, ac iudicis alterius jussu, non ad id, ut lis alibi pendens in loco arresti rursus ventilaretur, sed tantum ut cautio idonea in securitatem litis alibi pendentis interponatur, Bort. van arressten cap. 3. n. ult. Amplius in iis ipsis locis, in quibus jurisdictionis stabilien-^{da} gratia non solet concedi potestas adversarium sistendi, rei tamen servandae causa non denegatur illa detinendi adversarii licentia, donec idoneam praestiterit cautionem, veluti in Frisia, Sande dec. Frisic. lib. 1. tit. 17. def. 2. 3. Praeterea, rebus debitoris jam detentis arresto, nihil impedit, quominus & ipse debitor majoris securitatis ergo sistatur, & contra, debitore jam prehensio, bona quoque ejus deinceps assistant: sunt enim hac duo remedia se mutuo non subvertentia, & simul ad eundem tendentia finem, puta securitatem; nec, una executionis via tentata videri potest altera prohibita, quo maturius pleniusque consequamur nobis debitum, Argentraeus ad consuet. Britann. art. 122. Peckius de iure sist. cap. 4. n. 19.

20. Quin imo ob causas hasce etiam arrestari posse videntur, qui necdum efficaciter actione ad solutionem faciendam conveniri possunt, dum vel ab initio obligatio ex die vel conditione suspensa est, quae necdum exstitit, sic ut dies obligationis nondum cesserit, aut cesserit quidem, sed necdum venerit: vel dilatoria exceptione debitor de fuga suspectus actorem possit repellere, veluti pacti de non petendo intra certum tempus, vel ordinis seu excussionis in casu, quo quis fidejussorio nomine obstructus, isti non renunciavit beneficio, ac necdum principalis debitor excussus est. Quamvis enim actionis petendae jus necdum creditori natum sit, securitatis tamen persequendae licentia non est ei deneganda. Qua ratione, cum adibus elocatis necdum solvendae pensionis dies venisset, respectu inventorum & illatorum pro pensione obligatorum data fuit pignoris persecutio, quia locatoris intererat, l. quantum 14. ff. de pignor. & hypoth. & in negotiis bonae fidei id receptum est, ut pendente debitori conditione, debitor causa cognita per iudicem adigi possit ad cautionem securitatis gratia interponendam, l. in omnibus 41. ff. de iudiciis, quod &

in legatis ex conditione suspensis, licet eorum natura stricti juris sit, ita obtinuit, tot. tit. ff. ut legat. vel fideic. sero. causa caveatur, non obstante l. grege 13. §. si sub conditione 5. ff. de pign. & hypoth. ubi pendente conditione principalis debiti denegatur persecutio pignoris, ut ut pure obligati. Existimo enim generalem illius legis locutionem restringi oportere ad debita ex negotio stricti juris conditionali, quorum intuitu solummodo dici poterat, nihil interim deberi; cum utique in negotiis bonae fidei ex conditione suspensis interim cautio non sit indebita d. l. 41. uti & in ipsa hypotheca conditionali pro debito puro constituta; quippe quae arbitrariis negotiis adnumerata, id cum negotiis bonae fidei commune habet, quod pendente conditione ejus, recte petatur, & arbitrio iudicis interponatur cautio de restituenda hypotheca, si conditio extiterit, nec debitum solvatur, d. l. 13. §. 5. ff. de pign. & hypoth. Et quia usu omnium gentium, si non omnes, saltem insigniores, quae jure Romano fovebantur inter bonae fidei & stricti juris iudicia, differentiae exoleverunt, minusque attendi solent, & in ipsis stricti juris legatis idem hac in parte obtinuit, ex ante dictis, nec minus in his, quam in illis, aequitatis ratio crediti securitatem suadet; ideo minus difficultatis secundum mores nostros in d. l. 13. §. 5. superesse potest. Vide Peckium de iure sistendi d. cap. 4. num. 6. 7. 8. 9. Radelantium curia Ultraject. dec. 18. num. 1. Carptovium defin. forens. part. 1. constit. 29. defin. 30. Berlichium concl. pract. part. 1. concl. 74. num. 26. 27. 28. Sim. van Leeuwen cons. for. part. 2. lib. 1. cap. 15. num. 9. 10. 11. Ex quibus etiam sequitur, per hoc arresti genus litis pendentiam non induci, Mævius de arrestis cap. 15. n. 37. & seqq.

21. Non aliter tamen hac rei servandae causa interponi solita arresta permittenda videntur, quam si demum post debitum-contractum nova fuga vel translationis bonorum suspicio emerit: si enim jam tum ab initio subfuerit, est quod suae creditor imputet temeritati, quod cum tali contrahendum putaverit, arg. l. si is, a quo 3. §. ult. & l. 4. ff. ut in posses. legator. l. qui bona 13. §. de illo 6. ff. de damno infecto. Andr. Gayl. lib. 2. observ. 44. num. 5. Peckius de iure sistendi cap. 5. num. postremo 24. 25. Berlichius concl. pract. part. 1. concl. 75. n. 57. Mævius de arrestis cap. 6. n. 16. 17. & cap. 8. n. 143. & seqq.

22. Hac ita in detentione seu arresto, quod securitatis causa ex necessitate fit. Quod si jurisdictionis tantum firmandae gratia interveniat, non tam ex necessitate, quam potius ex utilitate sola proficiscitur, ut major creditoribus esset facilitas suos conveniendi debitores, alio sub iudice degentes, & in proprii domicilii loco litarent minore sumtu ac molestia; qui, si hoc carerent remedio, tanquam actores forum rei peregrini tenerentur sequi, ac cum rei familiaris dispendio sumtuque graviore a domiciliis sui loco abesse. Id quod non tantum commerciorum favore & occasione videtur inductum, ut ita liberius quisque atque liberalius cum peregrinis contraheret mercatoribus, difficilior contraclusus si hac carens sistendi potestate eos in proprio ipsorum foro ad solutionem deberet adigere. Peckius de iure sistendi cap. 2. num. 5. 6. Sande

dec. Frisic. lib. 1. tit. 17. defin. 3. Petrus Bort *tract. van arresten cap. 1. num. 13.* sed & ex eo, quod distinctis jurisdictionis nostra, præcipue patrimonialis, terminis, nemo nunc conveniri potest in loco contractus aut solutionis destinata, nisi illic inventus fuerit, cujus incommodi medendi gratia hoc sistendi jus, tum personarum, tum rerum respectu, territorii cujusque magistratus videntur recepisse: maxime, cum id ad augendam quoque jurisdictionis amplitudinem animadverterent non parum conferre, Groenevegen *ad l. unic. C. ubi conven. qui cert. loco dare promissu.* Unde & hoc arresti genus non modo toto Belgio, si Frisiam excipias, receptum est, sed & per universam Galliam atque in Germania illud vigere, testatur Rebuffus *ad constit. reg. de literarum oblig. art. 6. gloss. 3. num. 42. in fine* & 43. Henric. Kinschot *de rescriptis gratia tract. 1. cap. 8. num. 3.* And. Gayl. *de arrestis cap. 1. num. 12.* Sande *decis. Fris. lib. 1. tit. 17. defin. 3.* Mævius *de arrestis cap. 3. num. 23.*

23. Recedit hæc in jus vocandi ratio a juris Romani principiis, secundum quæ non tantum actor sequi tenetur forum rei, ubicunque locorum commorantis, *l. juris ordinem 2. C. de jurisdict. omn. judic.* sed & vetatur ab executione litem ordiri, *l. 1. C. de executione rei judic.* omnique quiescente sequestratione, jubetur, servato juris ordine, debitorem convincere primum, convictumque demum ac condemnatum adstringere ad solutionem, *l. unic. C. de prohib. sequest. pecun.* Ne dicam, priscis placuisse Romanis, ut milites cum peregrinis in jus vocandi, quam cum civibus ageretur, ac favorabilior illorum, quam horum causa esset; usque adeo, ut cum civi quondam liceret civem oborto collo in jus rapere, ac trahere tergiversantem; decemviri tamen peregrinum, qui ipsis hostis dicebatur, nec trahi in jus passi sint, sed diem tantum condici seu denunciari, Ravardus *ad leg. duod. tabul. cap. 5. in fin.*

24. Utæum omni in loco peti ac impetrari a iudice potest sistendi licentia, licet non pro tribunali iudex sedeat, teste Carpio *defin. forens. part. 1. constit. 29. def. 15.* Mævius *de arrestis cap. 13. num. 10.* & *seqq.* ita quoque fieri ubique potest ipsa arrestatio, etiam in via publica, vel templo, si id suadeat metus evasionis. Mævius *d. tract. cap. 4. n. 14.* eo excepto, quod apud nos cautum fuit, neminem in castris arresto detineri posse propter debita, non ipsis in castris, sed alibi contracta, *Flucaa ræhænde alle leger personen anno 1631. 7. Maji art. 12. vol. 2. placit. Holl. pag. 185.* & quod quidam, velut azylorum jure utentes, debitoribus præbent refugium sine ullo arresti metu: quod fieri Vianæ, Culemburgi, Buræ, Leerdami, Iselstadi, & Amelandiæ, notat Læuvven *ensur. forens. part. 2. lib. 1. cap. 15. num. 55.* Sed & omni tempore eandem fieri posse, verius est, quoties in dilatione periculum hæret; atque adeo nihil impedit, vel humanis vel divinis feriis, ipsoque die dominico, personas, ac res debitorum sisti, vel etiam ab alio jam detentas rursus a secundo commendari, ne, priore creditore arrestante per satisfactionem dimisso, aut cautione interposita, laxetur ipsis feriis divinis arresti vinculum. Est namque generaliter receptum, diebus illis expediri posse quæcunque ne modicam quidem moram sine periculo patiuntur, arg. *l. 1. §. ult. & l.*

pen. ff. de feriis, l. pen. C. eod. tit. Costuymen van Antwerpen *d. tit. 27. art. 19.* Rebuffus *ad constit. reg. tract. de literarum oblig. art. 6. gloss. 3. num. 60.* Peckius *de jure sistendi cap. 10. num. 1.* Christinæus *vol. 2. dec. 153. n. 11.* Carpio *defin. forens. part. 1. constit. 29. defin. 16.* Groenevegen *ad l. fin. C. de feriis num. 5.* Ant. Matthæus *de auct. lib. 1. cap. 6. num. 22.* Petr. Bort *van arresten cap. 3. num. 18.* & *cap. 6. n. 7.* Mævius *de arrestis cap. 11. num. 3.* & *seqq.* Neque nocturnum tempus huic rei impedimento est; eo quod ea, quæ a media nocte ad alteram noctem mediam geruntur, sic habentur, ac si plena luce, ac quavis lucis hora gesta essent, *l. more 8. ff. de feriis.* Costuymen van Antwerpen *d. tit. 27. art. 20.* Christinæus *d. vol. 2. dec. 153. num. 12.* Peckius *de jure sist. d. cap. 10. n. 2.* Carpio *d. part. 1. constit. 20. def. 16.* Mævius *d. cap. 11. num. 6.* Bort *d. tract. van arresten cap. 3. num. 18.* & *cap. 6. num. 8.* Nundinarum vero majorum privilegiatarum tempore arrestari non posse debitores obaratos, pluribus exponam *ad tit. de nundinis.*

25. Non tamen omnibus in causis admittendum ad firmandam jurisdictionem hoc sistendi jus; sed tantum, quoties quis actione personali ex contractu vel quasi, delicto vel quasi, aliisque similibus causarum figuris, obstrictus est adversario ad aliquid dandum, faciendum, præstandum. Costuymen van Uytrecht *rubr. 19. art. 1. & 3.* Peckius *de jure sist. cap. 5. num. 21.* Bort *van arresten. cap. 1. n. 17.* & *seqq.* aut actione in rem de re mobili restituenda foret conveniendus: quippe quam nulli loco alligatam, restituere potest in loco quovis, in quo vel res ipsa, vel rei possessor detentus est; arg. *l. si res mobilis 10. & seqq. ff. de rei vindicat.* Rebuffus *d. tract. de literar. obligat. art. 6. gloss. 3. num. 62.* Peckius *d. cap. 5. num. 21.* Christinæus *vol. 2. dec. 165. num. 20.* Mævius *de arrestis cap. 9. num. 62.* & *cap. 8. num. 2.* aut denique quis non qua debitor conveniatur, sed tanquam testis, vel tanquam apparitor aut tabellio, ut de gestorum veritate deponat, sive tunc actione in personam, sive in rem de re mobili vel soli agatur, Peckius *de jure sist. cap. 4. num. 15.* Mævius *de arrestis cap. 6. num. 30.* & *seqq.* Petrus Bort *van arresten cap. 4. num. ult.* Plane in actionibus in rem pro re immobili possessor rei sisti nequit ad id, ut alio in loco ac alium apud iudicem, quam cujus in territorio ea sita est, litigare teneretur. Quamvis enim de eo disceptetur, utrum in rem actio in solo loco rei sita, an vero etiam in loco domicilli possessoris ventilari possit; quo casu in omnem eventum arresto opus non esset; tamen ut mediante arresto in personam aut res possessoris directo, is litigare cogeretur de re immobili alibi sita, ac per ipsum possessa, haud permittendum fuit; tum quia juxta superius dicta, ratio arrestorum jurisdictionis fundandæ gratia introductorum, potissimum respicit actiones in personam, ut nempe contrahentes nobiscum peregrini possent in locis, ubi reperiuntur, aut bona habent, conveniri, qui ob distinctos jurisdictionis terminos, ac sæpe etiam ob defectum supremi Principis actori reoque communis, non possunt in loco contractus ad solutionem compelli, nisi fuerint ibidem inventi; tum quia et secundum ipsam

quidem jus Romanum alibi, quam in loco situs rei immobilis, aut, ad summum secundum aliquos in loco domicilii possessoris nusquam vero alibi, moveri potuit in rem actio de re immobili (de quo nos *tit. de iudiciis*) etiamsi tunc uni Principi communi subessent omnes cives Romani, sive in Italia, sive in provinciis quibuscunque commorantes, l. 2. C. ubi in rem actio, Stockmans *Curia Brabant. dec. 156. Peckius de iure sistendi cap. 5. num. 21. & cap. 4. num. 25.* Quod & innuit Neostadius *Cur. Supr. dec. 83. & Cur. Holl. dec. 55.* Quin potius, si rei immobilis possessor alibi domicilium foveat, usitatum est, mediante arresto, rei immobili in loco situs imposito, eundem adigi, ut illic de ea litem suscipiat, Groenewegen *ad l. unic. C. ubi de hereditate*. Si tamen quis habeat actionem in rem & in personam, veluti creditor hypothecarius, cui res immobilis specialiter hypotheca est obligata, arresto quidem interveniente non potest id efficere, ut actio hypothecaria alibi, quam in loco situs rei immobilis discuteretur: sed non impeditur, quo minus sistat debitorem vel res ejus alias non obligatas, in alio quocunque loco idoneo, ad id, ut illic actione personali de debito principali cum debitore contendat. Sim. van Leeuwen *cons. forens. p. 2. lib. 1. cap. 15. num. 54.* id quod verissimum in locis illis, ubi est in creditoris arbitrio, utrum prius actione personali, an hypothecaria cum debitore experiri velit. De quibus nos *tit. qui pot. in pign.*

26. Sed nec in omnibus in personam actionibus id admittendum, ut arresto interveniente ubicunque locorum intentari possent; sed detum, si ex natura rei, vel peculiari privilegio, non spectent ad jurisdictionem certi iudicis, cui ad exclusionem aliorum causarum tales sunt demandatae; ne alioquin turbetur admodum iudicandi ac jurisdictionis ratio, si per arrestum spoliaretur jurisdictione sua iudex peculiariter ad id genus negotia dirimenda constitutus, & ea definirentur auctoritate illius, cui lege publica vel privilegio eorum cognitio subducta fuit, Bort *van arresten cap. 1. n. 18. 19. 20.* Et quamvis rei servanda causa etiam ob debitum in diem vel sub conditione arresta permitti supra monuimus; tamen jurisdictionis fundandae gratia arrestum concedi pendente die vel conditione debiti, absurdum videtur: cum enim hac arresti species sit in ius vocatio, & peccet petendo, qui ante diei vel conditionis existentiam actionem intentare ausus fuerit, praematurae litis motae impensis aliisque modis coercendus, *ff. si quis agens 33. Instit. de action. ff. temporales 10. Instit. de exceptionib.* consequens est, ut & arrestum tali casu improbetur.

27. Quo vero modo in sistendis personis aut rebus procedendum sit, qua ratione a curiis provincialibus per libellum petenda sit sistendi licentia, non nisi summaria praecedente causa cognitione concedenda; in inferioribus vero iudiciis suo quique periculo sine praevio speciali jussu iudicis per apparitorem curet, res mobiles sisti, personas vero auctoritate praetoris, imo consulis, si arrestandus vel civis esset de fuga suspectus vel peregrinus, sed spectatae dignitatis: res immobiles auctoritate iudicis: quid alios arrestum faciens circa sumtus cavere debeat, praesertim ubi persona sistenda est: quo modo potius petenda sit a iudice confirmatio arresti,

qua brevitate questio de valore aut vicio detentionis expedienda sit: insuper, quo modo personas vel res detenta custodiri debeant, ac ad damna & id quod interest teneatur apparitor, sistere ad petitionem actoris recusans, aut non ex praescripto sui muneris expediens agenda, & id genus alia, non est quod plenius explicem; tum quia id ex parte ad apparitorum spectans officium, satis quotidianum est; tum quia in arrestis faciendis circa modum, iudicis consensum, & alia, variant tribunalium mores, & observanda est consuetudo illius loci, in quo detentioni personae vel bonorum fit. Peckius *de iure sistendi cap. 11.* sic ut hanc unicuique ex usu-fori, in quo versatur, accuratius sint adhibenda. Vide interim Mavium *de arrestis cap. 16. 17. 22. 23.* Bort *traaats van arresten cap. 3. & cap. 6.* Simon van Leeuwen *cons. for. part. 2. lib. 1. cap. 23. n. 13. & seqq. & cap. 15. n. 40.*

28. Illud expeditum est, privata auctoritate sine speciali vel generali iudicis mandato, ac ministerio apparitoris iudicem representantis, neminem posse adversarium aut bona ejus detinere; cum nemo sibi jus dicere possit, privatus in privatum nullam habeat potestatem, nec singulis concedendum sit, quod per magistratum fieri publice potest, ne majoris inde tumultus oriatur occasio, non est singulari 178. ff. de reg. jur. l. qui jurisdictioni 10. ff. de iurisd. Peckius *de iure sistendi cap. 19. num. 3.* Consule Juricons. Holl. *part. 2. cons. 151. incipit, d. si agerem varem num. 2. pag. 309.* Mavius *de arrestis cap. 5.* Nisi tamen praesentissimum subsit evasionis aut rerum subducendarum periculum, nec apparitoris aut iudicis capio sit: hospitem concipe aliquandiu in caupona bene nutritum convasatis rebus inexpectato abitu velle cauponem fraudare debito; tunc enim, ubi debitorem fugientem una cum rebus ejus privato licet arbitrio apprehendere, l. ait praetor 20. ff. si debitorem 16. ff. qua in fraud. credit. facta, ut res alienas in nostrum agrum delatas, ex quibus nobis damnum datum est, privata licet auctoritate retinere, donec satisfacti aut satisfacturi, l. satis 8. ff. de incend. ruin. naufrag. l. hoc amplius 9. ff. de bis 1. ff. de damno infect. ut denique pecus alienum in nostro depascens apprehendere moribus hodiernis licet, & stabulo dominico includere; ut dictum *tit. si quadrupes pauperiem*, sic &, ne fugiat debitor aut res subducantur, privatim retinere licet, ut & auctoritate iudicis incompetentis, donec apparitori tradatur, auctoritate publica ab eo deinde sistendus. Christinaus *vol. 2. dec. 168. num. 2. & ad leg. Machinien. tit. 5. art. 4.* Peckius *de iure sistendi cap. 2. & cap. 3. n. 2. & cap. 19.* Minsingerus *cons. 2. observ. 65.* Berlichius *part. 1. cons. 73. num. 48.* Andr. Gayl. *lib. 2. observ. 45.* Petrus Bort *d. cap. 6. num. 1. 2. & cap. 5. n. 1. 2. 3.*

29. Competens autem iudex ad sequestrationem decernendam est ille, in cujus territorio persona vel res sistenda inveniuntur. Quod etsi plerumque naturaliter constet; de rebus tamen, pro quibus praedium obligatum, quorum dies jam cessit, & adium agrorumque pensionibus, dubium, an in loco domicilii debitoris sisti possint, an magis in loco rei, ex qua & cujus intuitu debentur; sed quia constat, personali actione debitorem ad redditus, pensiones, & similia obstrictum esse; placet sententia exi-

alimantium, recte in loco domicilii debitoris talia debita sub eo sisti, & auctoritate judicis domicilii ei interdicti, ne creditor solvat, donec fuerit sistenti satisfactum. Vide Peckium *de jure sistendi* cap. 9.

30. Non tamen omnes judices arresti jubendi plenissima potestate præditi sunt. Primo enim Curia provincialis, aut alii judices ordinarii, licet & personarum & rerum sistendarum indulgeant; tamen creditori universitatis, alteri Principi subiecta, non possent concedere licentiam sistendi quoscunque istius universitatis cives, quos is posset invenire: eo quod tam universale rescriptum non est ordinariæ jurisdictionis, sed soli reservatum Principi, qui tum demum hujusmodi rescripta & pignorationes (quæ peculiari nomine repræsentata dicuntur) concedit, cum aperte liquet, subditis sui territi ab alio Principe, ubi lis instituenda erat, justitiam denegari, Neostadius *Curia suprema* dec. 11. *Mævius de arrestis* cap. 6 n. 50.

31. Similiter, licet paganorum judicum auctoritate res tum mobiles, tum immobiles sisti possint, vel servandæ causa, teste usu quotidiano & Petro Bort in *tract. van arresten* cap. 3. num. 13. ipsi etiam debitores de fuga suspecti, itidem rei servandæ causæ, tamen jurisdictionis fundandæ gratia, ut civitatum Hollandicarum incolæ, vi arresti, personæ bonisve impositi, tenerentur apud judices paganos ligare, jus sistendi pagatim non obtinet: cum illud curia quidem in causis in jure expressis datum sit, & eodem quoque jure civitates ex privilegio utantur; pagis vero hoc jus a Principibus concessum non sit, adeo ut impune arrestum tale contemni possit, Neostad. *Cur. suprem.* dec. 83. adde Simonem van Leeuwen *consur. forens. part. 2. lib. 1. cap. 13. num. 21. & seqq.* & Papegay van van Alphen *part. 1. cap. 24. van arresten part. med. pag. mibi 350.* Bort *van arresten* cap. 4. num. 39. Et quamvis in multis hodierni juris partibus Haga comitis eodem solet uti jure, quo cetera civitates Hollandiæ, veluti circa prorogationem jurisdictionis in quantitatibus minoris litibus denegatam, & alia plura; tamen in hac materia medium prope inter urbes pagosque tenet; dum potestate quidem gaudet detinendi res peregrinorum, jurisdictionis fundandæ gratia; at non jure sistendi personas peregrinas, privilegio *Hagensibus* dato 20. Januar. 1511. Papegay van van Alphen *part. 1. cap. 24. van arresten, circa med. pag. mibi 349.* Bort *van arresten* d. c. 3. n. 16. plane ut peregrinum non Hollandum, aut bona ejus, sistat quis judicis pagani auctoritate, ut ibi litiget, non invenio prohibitum.

32. Denique nec illi, qui in alieno territorio ex concessione quadam tribunal habent, ac judicia exercent, recte decreverint arrestum in personas ac res deprehensas in eo territorio, cujus jurisdictioni non præsumt, sed ubi tantum ex conventionione vel precario exercent judicia; eo quod sistendi decretum non aliter effectum sortiri potest, quam si res aut personæ sistendæ, inveniantur in territorio quod decernenti mediate vel immediate subiectum est; ac extra illud jus dicenti impune non paretur, *l. ult. ff. de jurisdic.* Hinc neque Brabantinus, neque ullus alius plane peregrinus, in Hollandia subsistens, sisti potest ex decreto Curie Brabantiæ, quæ Hagæ comitis officium litigantibus impertitur,

ad id, ut lis inter actorem sistentem reumque in curia Brabantina ventilaretur. Neque Flandrus, aut quisquis alius in Zelandia inventus ex decreto Curie Flandricæ, quæ Medioburgi de causis Flandricis jus dicit. Idemque de rebus in Hollandia Zelandiæque repertiis, sive ad Flandros Brabantinosque, sive ad peregrinos pertinentibus, ex rationis paritate judicium esto. Sed in hisce omnibus vel ex curiæ Hollandicæ vel ex judicum urbanorum jussu, secundum cuiusque jurisdictionem, detentio fieri ac lis ad finem perducenda debet, Petrus Bort. *d. tract. van arresten* cap. 3. num. 3. 4. 5. 15. Papegay van van Alphen *part. 1. cap. 24. van arresten pag. mibi 348. in fine 349.* huc faciunt, quæ tradit Herlichius *concl. pract. part. 1. conclus. 74. n. 54. 55.*

33. Detinere arresto personas aut res possunt quicunque legitimam habent personam standi in iudicio, & in jus vocandi ac actionis pro se vel pro alio instituendæ potestatem, tutores, curatores, administratores, *Mævius de arrestis* cap. 7. n. 19. & seqq. Unde, uti non dubium, quin & procurator mandato speciali instructus de Titio sistendo, id jure exequatur, ita quoque non videtur ambigendum, quin mandatum habens de Titio in jus vocando, ipsum Titium aut res jus jurisdictionis fundandæ gratia sistere possit, etiamsi non fuerit mandati instrumentum comprehensa mentio arresti faciendi: cum enim mandato interposito etiam ea videantur mandata, sine quibus mandatum non posset impleri, arg. *l. 2. ff. de jurisdic.* & ad rem mobilem petendam datus procurator ad exhibendum quoque agere possit, *l. ad rem mobilem 56. ff. de procurat.* ac denique ad legatum petendum constitutus, si interdicto de tabulis exhibendis utatur adversus heredem, procuratoria exceptione repelli non possit, quasi non & hoc ei mandatum esset, *l. ad legatum 62. ff. de procurat.* non videtur repellendus arrestum actionis movendæ gratia adhibens, præsertim cum & ipsa illa arrestatio sit realis in jus vocatio, atque adeo non minus, sed æque & plenius inclusa mandato de in jus vocando quam actiones præparatoriæ mandatis principalibus, Petrus Peckius *de jure sistendi* cap. 3. num. 4. Simon van Leeuwen *cons. for. part. 2. lib. 1. cap. 15. num. 6.* Bort *van arresten* cap. 2. num. 4. 5. 6. Generale vero mandatum de negotiis ex utilitate domini gerendis non sufficere verius est; nisi sit procurator generalis cum libera administratione constitutus, præsertim ab eo, qui longius ac diutius absiturus, nec mandare speciales causas, nec ipse expedire aut litigare vel in jus vocare ob absentiam potest; adeoque quod mandati genus sufficiens est ad faciendam in jus vocationem, id ad sistendum quoque adversarium vel bona ejus, tanquam speciem in jus vocationis, aut certe præambulus ejus & præparatorium, sufficere dicendum est; maxime, si sistendus ipse non sit ejus conditionis, ut probabile esset, dominum præsentem ab exercendo sistendi jure abstenturum. Potest utique generalis cum libera omnia illa, quæ dominus ipse ad suam utilitatem fulset facturus, *l. creditor 60. ff. ult. ff. mandati, dixi iii. de procurat.* at hæc ipsa arresta ob solam utilitatem agentium introducta esse, ex ante dictis patet. Peckius *d. cap. 3. n. 4.* quo facit, quod plerique, imo illi quoque ipsi, qui hic speciale mandatum desiderant, conjunctis tamen personis manda-

to omni destitutis concedunt sistendi ac detinendi potestatem, si modo de rato caveant: nec non consortibus ejusdem litis; non alio, ut opinor, fundamento, quam quia ipsis sine mandato pro conjunctis personis agere concessum est, *l. sed & h. 35. ff. de procuratoribus, Carpovius defin. for. part. 1. constit. 29. def. 14. in fine, juncta d. part. 1. constit. 1. def. 29. Petrus Bort tract. van arresten cap. 2. num. 7. 8. Neque repugnat Ulpianus in l. Pomponius 40. in pr. ff. de procuratoribus; nam singulariter prorsus est, quod interdictum de liberis exhibendis per procuratorem sine speciali mandato non possit institui, ut is liberos abduceret ab alio detentis: eo quod realis illa abductio insignis erat effectus patrie potestatis, & ideo non alteri, quam patri concedenda; unde & in eo casu ne speciale quidem mandatum sufficit, sed insuper requisitum fuit, ut pater valetudine vel alia justa causa agere, liberosque abducere impediretur, *d. l. 40. in fine principii*. Nec firmius est, quod nonnulli urgent, in causis executivis speciale requiri mandatum, uti & in iis, ex quibus quis posset in penam incidere, aut ubi de gravi agitur præjudicio; hæc vero omnia in arresto concurrere, ita Carpovius *defin. forens. par. 1. constit. 29. defin. 14. Berlichius part. 1. conclus. 74. num. 7. & seqq. Mævius de arrestis cap. 7. num. 22. & seqq.* nam neque arrestum plenam executionem continet, sed potius initium quoddam executionis, non ulterius producendæ, quamdiu lis pendet; neque adeo gravis oritur ex arresto injuria, aut famæ læsio, quin præstatione ejus quod interest, & arbitraria coercitione, arresti per calumniam obtenti infamia, si quæ modo infamia dici possit, facile aboleatur.*

34. Quod si tales sint, qui legitimam non habent personam standi in judicio, quales minores ac prodigi, curatores destituti auctoritate, ut & mulieres per nuptias maritali subjectæ potestati citra maritorum consensum; hos omnes, absentibus curatoribus aut maritis, hic in Hollandia sine dubio admitti ad detinendos debitores & bona eorum litis ordinandæ & inchoandæ gratia, quoties in mora periculum est, & de curatorum, maritorumque ratihabitione idonee cavetur, vult Simon van Leeuwen *cons. for. d. par. 2. lib. 1. cap. 15. n. 5.* forte quia commerciorum hic maxime eum peregrinis florentium favore, non adeo odiosa censentur arresta, ut ante dictum; at aliis in locis, in quibus, cessante isto frequente commerciorum cum peregrinis usu, arresta considerantur ut perquam odiosa, & strictissimi censentur juris esse, utpote exorbitantia longissime a jure communi & receptis generalibus æquitatis regulis, hæc opinio non facile admittitur. Hinc Ultrajecti receptum praxi constante, mulierem viro per nuptias junctam, ne urgente quidem periculo evasionis, posse suum sistere debitorem; & existente aliquando casu, quo mulier, absente viro de rato cavere parata id fecerat, & arresti nullitas ab adversa allegabatur parte, post acrem disceptationem vis tandem unius suffragii prærogativa arrestum memini confirmatum, idque præter communem fori istius usum, ob peculiare circumstantias, muliere scilicet per producta in judicio pacta dotalia probante, omnem viro in rebus mulieris tractandis aut administrandis potestatem penitus denegatam fuisse, solique uxori reservatam.

35. Diximus qui sistere possint vel non: executiendum sequitur, quales personæ ac res jurisdictionis stabilindæ causa sisti possint. Ac primo quidem de personis regula esto, omnes sisti posse, qui juris experiundi causa possunt in jus vocari, nisi lege vel consuetudine fuerint excepti, sive masculi sint, sive femine. Quamvis enim feminas ob civile debitum incarcerari non debuisset constitutum fuerit in *auth. hodie C. de custod. reorum*; hodie tamen hanc mulierum prærogativam ubique ab usu recessisse, notat post plures alios allegatos Groenewegen *ad d. auth. Mævius de arrestis cap. 8. num. 3. & seqq.* Nec interest, suo, an hæreditario nomine conveniendi sint, adeo ut & hæres cum beneficio inventarii jure sistatur. Mævius *d. cap. 8. num. 61. & seqq.* & hæc ita obtinent, si modo eo in loco deprehenditur reus sistendus, in quo non est reprobatum hoc atrium sistendi jus. Eo enim illic non admissio, non aliter recte detineri. Litis causa peregrinus posset, quam si domicilium foveret sub tali iudice, qui contra regionis alterius, hoc jure non utentis, subditos decernere solet licentiam sistendi. Qua ratione Friso recte sistet Hollandum, licet alias in Frisia non sit in usu hocce sistendi jus; idque quodam retorsionis jure, *arg. tit. ff. quod quisque juris in alter. statuit. Sæde dec. Frisic. lib. 1. tit. 17. defin. 3. Berlichius pract. conclus. par. 3. conclus. 15. Wesembecius ad tit. ff. quod quisque juris in alter. stat. & ibi Hahnus in notis circa fin. de quo detorsionis jure non latius ad d. tit.*

36. Sunt autem, qui nullo modo possunt arrestari. Sunt, qui certis in locis, aut certarum personarum intuitu, ab arresti metu immunes sunt. Nullo modo mulieres viro nuptæ, minores, furiosi, prodigi alique curatorum potestati subjecti, & ob id non habentes personam standi in judicio; nisi minores veniam ætatis impetrassent, quo casu, ut in jus vocari eos posse, ante dictum est, ita nec quicquam impedit, eosdem sisti, litis inchoandæ causa. Dubium tamen, an non mulier mercatrix publica ob debitum ab ea, qua mercatrice, contractum, sisti possit? Præsentem quidem viro, non ipsam, sed virum conveniendum esse, atque ita etiam sistendum, verius est; cum etiam ipsa ex hisce causis executionem pati debeat, & si ad factum obligatio tendat, ipse custodia civili cogatur ad ejus implementum. Neque id absurdum, cum ipse per uxoris suæ factum, ex sua voluntate ac tacito saltem consensu obligatus sit; uxore, scilicet, tanquam mariti sui institutrice considerata, non tantum, quando pariter cum marito negotiatur, adscita ab eo in partem laboris; sed & cum sola mercaturam proficetur, marito nihil omnino tractante: eo quod omni in casu, sive concurrente mariti industria ac labore, sive deficiente, concurrat tamen semper expressum vel tacitum ejus de contrahendo mandatum, remanet maritalis potestas, & ipsa in mariti potestate, etiam quantum ad ea, in quibus mercaturam exerceat; id eoque nec viro dissentiente mulier publica potest mercatrix esse, nec ex suo, sed viri sui capite æstimatur, adeo ut & minorennis existens, & læsa, dum mercaturam exercebat, restitui non possit. Nec quemquam movere debet, quod maritus consensu suo uxorem reddens habilem ad contrahendum etiam videri posset ad litigandum effecisse idoneam: non

enim a contractu ad iudicia procedere argumentum vel inde constat, quod iure Romano minores curatore carentes recte quidem contrahebant; at non nisi accepto curatore legitimam habebant personam standi in iudicio, *l. si curatorem 5. C. de in integr. restit. minor. junct. §. item inviti 2. inst. de curatoribus*; quodque mulier de iis, quæ ad rem familiarem spectant, recte contrahit; nec tamen ob id ipsa, sed vir, iudicio convenitur. Hæc ita præsentem viro, at eo absente mercatricem publicam sine viro alibi extra domicilii locum subsistentem recte sisti, & detineri litis instituendæ gratia, suadere videtur commerciorum usus, ex quo hoc Jus sistendi invaluisse superius dictum: nisi enim mulieri tali credentes scirent, se eam posse eo in loco, in quo inveniretur viri præsentia destituta, detinere debiti persequendi gratia, difficilior essent cum ea contrahuri, viro forte nunquam e domicilii loco aliorum tendente. Vide Rodenburch *de iure conjugum tit. 3. cap. 1. n. 18. 19. 20. Brodeau sur les arrests de Louet lit. F. cap. 11.*

37. Non minus de tutoribus & curatoribus, procuratoribus, testamentorum executoribus, aliisque rerum alienarum administratoribus disquiritur; sed cum hi revera debitores non sint, neque ipsis officium, quod in alienis rebus gerendis præstant, quodque sæpe inviti suscipere adiguntur, dannosum esse debeat; (dannosum vero foret, si alio in loco detenti, nec semper in peregrino loco sufficientem valentes invenire cautionem, ad finem litis constructi tenerentur) neque insuper ipsi in corpore rebusve suis executionem patiantur, si maxime fuerint tutorio aut alio simili nomine damnati, *l. si se 4. ff. de re judic. l. si tutor condemnatus 2. ff. de admin. & periculo tut. l. post mortem 5. ff. quando ex fact. tut. consequens est, ut hos sisti non posse pro debitis eorum, quorum res curant, existimemus. Neque sane tantum videri debet commerciorum favor, nec usque adeo meræ agentium utilitati prospiciendum, ut non debitores dura & inhumana ob debiti alieni exactionem peterentur; etiam si forte ipsi tutorio, curatorio, procuratorio nomine contraxissent; si modo non semet ipsos creditoribus, alioquin credere recusantibus, obstrinxerint, Bort *van. Arrest. cap. 4. n. 46. lac. Coren observat. 3. nu. 16. & seqq. Peckius de iure iur. cap. 4. numer. 13. Carpovius defin. for. part. 1. constit. 32. defin. 14. Simon van Leeuwen cens. for. part. 2. lib. 1. cap. 25. numer. 14. Ant. Faber Cod. libr. 5. tit. 25. defin. 5. Mavius de arrest. cap. 8. n. 24. & seqq. & n. 75. & seqq.**

38. Ex eodem fundamento, quia debitoris mel debitor mecum non contraxit, nec mihi obligatus est, sisti ipse per me non potest; licet id quod debet, arrestari sub eo per me possit, Sande *decis. Frii. libr. 1. tit. 17. defin. 1. Peckius de iure sistendi cap. 4. nu. 11. nisi debitor meus cessisset mihi sui debitoris nomen, quippe quo casu mihi obligatus foret, Berlichius par. 1. conclus. 75. num. 15.*

39. Ex privilegio sisti nequeunt milites aut præfecti militares, dum vel ad castra vel ad assignata sibi præsidaria loca tendunt, nec qui annonam aliaque similia ad castra devehunt, atque ita deserviunt publicæ castorum utilitati. Peckius *de iure sistendi cap. 5. nu. 6. 7. Petrus Bort de arrestis cap. 4.*

Voss ad Landolt. Tom. I.

num. 27. 28. si tamen milites non ad castra tendere, sed regiones, in quibus stipendia merent, in universum derelinquere velle probentur; & verbi gratia, hinc in Angliam Galliamve transire, recte eos sisti iudicatum fuit: neque enim tunc disciplina militaris favor, aut reipublicæ defensio a bellorum calamitatibus, amplius in hisce militat, atque adeo eos ad instar non militantium sisti, ne abeant, & incolas debito fraudent, æquum est. Bort *d. loco*. Sic nec litis causa arrestari possunt, qui ex concessio sibi privilegio fori tantum ad curiam provincialem possunt in jus vocari; quales sunt & consiliarii curiæ, & advocati ac procuratores in ea praxin exercentes, causarum civilium intuitu; Rector itidem & professores Academiæ Batavicz; plures denique causæ privilegiatæ: sic ut vel mandatis penatibus, vel missis ad urbanos magistratus literis ipsa curia per detentum rogata, intercedere soleat, quoties vel tales privilegiati vel eorum bona in aliquo istius provincie locæ jurisdictionis stabiliendæ gratia detineri contingit. Plane si non Hagæ domicilium foveant, sed aliis Hollandiæ in locis, uti in loco domicilii recte conveniuntur, tanquam nullo suffulti privilegio, ita etiam coram alio Hollandiæ iudice inferiore cogi, mediante personæ aut rerum arresto, litigare, nihil vetat. Simon van Leeuwen *Cens. for. part. 2. lib. 1. cap. 13. nu. 6. 7. & cap. 15. n. 15. cons. J. Cor. Holl. part. 2. consil. 145. pag. 279. & 280. Sande decis. Frii. libr. 1. tit. 1. def. 1. Bort van arresten cap. 4. nu. 5. 35. 36. 37. ubi & recensentur, qui veniant appellatione suppositorum curiæ. Groenewegen ad rubric. Cod. ubi senatores, vel clariss. Quemadmodum & ipsi superius enumerati, Hagæ degentes, si in alterius provincie iudicio ipsi vel eorum bona pro debito detineantur, litigare ibidem compelluntur, nullo gavisuri privilegio; quippe quod ultra concedentis territorium operare nequit, arg. *l. ult. ff. de iurisd. Groenewegen ad l. 1. C. ubi senatores vel Clariss. Superiori quoque seculo cautum fuit, ne in Hollandia arresto detinerentur, qui aliunde per hostes pulsati, in Hollandiam concesserant, nisi constitisset, eos in Hollandia possidere bona, quæ sisti potuissent, licet hi fugæ causa Hollandiam non fuissent ingressi, placit. Ordin. Holl. 5. Maji 1594. vol. 2. placitor. pag. 2161. Amplius, uti magistratibus Romanis maioribus hic olim honor fuit habitus, quod durante magistratu non potuerunt in jus vocari, *l. in jus vocari 2. ff. b. t. ita quoque nunc id datum majestati Ordinum Hollandiæ, quod qui ad Ordinum Comitia delegati sunt, sive urbium, sive equestris ordinis nomine, neque in itinere, neque in reditu, neque illo toto tempore, quo vacant comitiis, ulla de causa sisti possint; tum ne utilitati publicæ promovendæ mora fiat; tum ne ipsis officium dannosum sit, quippe qui, si non ad comitia fuissent delegati, etiam a locis illis potuissent abstinere, placito Ordin. Holland. 4. Octob. 1589. & 23. Julii 1653 quod utrumque exhibet Bort van arresten cap. 4. num. 5.***

40. Ad hæc arresto nemo detinendus in eo loco, in quem auctoritate publica testimonii dicendi vel tutelæ reddendæ causa a iudice est evocatus, dum omnes tutores ad eundem tenentur venire iudicem, ne continentia causæ dividatur, arg. *l. 2. §. legatis 3. ff. d. iudiciis*; neque enim iustitiæ ratio patitur,

quemquam principali vel judiciali auctoritate circumscribi, uti in simili ait Imp. in l. 1. C. de his, qui veniam aiat. Qui tamen si sponte, ac non citatus, veritatis in iudicio perhibenda aut tutelae reddenda gratia accessisset, cum nulla se publica posset auctoritate tueri, frustra arresti vinculum declinaret. Vide Carpzovium *defin. forens. part. 1. constit. 30. defin. 10. Peckium de iure sist. cap. 5. num. 11. Bort van arresten d. cap. 4. num. 29. Berlichium part. 1. conclus. 75. num. 28. 29. Debitor quoque a suo evocatus creditore eum in finem, ut de negotio inter ipsos controverso tentetur transactio, uti & tutor privatim evocatus rationis reddenda causa, licet a quovis alio sisti possit, cum privata unius evocatio ceteris nequeat praepjudicare creditoribus, tanquam res inter alios acta, per jura vulgata; tamen non recte in eo loco, vel itinere aut redditu, ob idem debitum, vel ob aliud, sisteretur ab illo ipso, qui evocavit; ne fiducia bonae fidei & consensus creditoris sui accedens, dolosae exponeretur circumventioni, nulla judiciali auctoritate comprobanda, etiamsi transactio pervicacia debitoris ad finem non perducatur; inest enim tacite tali evocationi pactum salvi conductus inter vocantem vocatumque, quod servandum, arg. l. juris gentium 7. §. ait prator 7. junct. §. dolo malo 9. ff. de pactis, l. 1. ff. de constit. pecun. Christinzus ad Leg. Moeblii. tit. 3. ad rubricam, nu. 4. in addition. & ad artic. 2. n. 4. Peckius de iure sist. cap. 7. Mazvius de arrestis cap. 12. n. 23. dubitat Bort de arrestis cap. 4. n. 49. Aliter quam & hic statuendum foret, si debitor non rogatus, sed sponte ad creditorem accessisse probaretur transactionis tentandae causa, eo quod tunc neque publica neque privata fide interposita tutus est. Quo fundamento etiam recte contenditur, eum, qui vel uxoris ducenda causa, vel funeris prosequendi gratia, vel religionis causa ad locum aliquem accedit, recte in adeundo vel recedendo, quin & in ipso loco, ad quem accessit, sisti, si modo non in ipso illo actu, dum uxorem funusve ducit, ne solemnitas actus turbaretur. Peckius de iure sist. c. 5. n. 12. Plane si quis prehensionem metuens, & tamen cum creditoribus desiderans transigere, impetraverit a Principe, vel alio, cui dandi jus est, rescriptum securitatis, (vulgo *securité de corps*) durante tempore, quod rescripto expressum est, sisti nequit, sive creditoribus id insinuatum sit, sive non, licet aliqui insinuationem desiderent, Bort van arresten c. 4. numero 51. Idemque est, si impetrasset rescriptum moratorium, quo casu de debitis rescripto anterioribus ut conveniri nequit, ita nec sisti, Peckius de iure sistendi cap. 5. num. 17. & cap. 10. num. 9.*

41. Quod si quis vel appellationis causa, vel alterius litis prosequenda gratia in loco peregrino extra domicilium moretur sive actor, sive reus, jure quidem Romano, talis alia de lite non potuit eo in loco interpellari eo tempore; dato ipsi jure forum illud declinandi, domumque revocandi, d. l. 2. §. legatis 3. ff. de iudiciis. Sed vix est, ut id hodie admiseris, sive per procuratorem potuerit litem administrare, sive ipse se praesentem sistere obstrictus sit; quippe quo casu a contumacia haud foret excusandus, si ea tantum lege, ne arresto detineretur, sui copiam facere paratus esset; uti

a Curia Hollandiae judicatum testatur Bort *van arresten cap. 4. num. 50.* optima sane ratione; praeterquam enim, quod multum interest, utrumque muneris necessarii, sibi etiam invito impositi intuitu evocetur, velut testimonii perhibendi aut tutelae reddenda gratia, an vero semet sponte contrahendo vel delinquendo obstrinxerit, ut sui copiam facere teneatur ad vitandam contumaciae poenam; considerandum praeterea, nunc non adeo diversorum locorum iudices uni supremo subesse Principi, qui posset uni iudici imponere necessitatem remittendi tales ad forum domicilii: & si maxime uni parerent, ita tamen jurisdictionis nostrae patrimonialis unumquemque intra suum territorium religiosum custodem esse, ut difficilior illis remissiones locum inveniant. Quibus accedit, quod in dies observatur, reum unius litis suscipienda gratia ab uno creditore certo loco retentum, in eo, eadem lite pendente, posse ad alterius creditoris petitionem iterato sisti, qualis arresti repetitio etiam *commendatio detenti vel adhaesio*, solet in praxi appellari; sic ut laxandum eo casu non sit arresti vinculum, nisi omnibus, tum primitus sistentibus, tum postea commendantibus, vel satisfatum fuerit legitime, vel satisfatum: quin imo, etiamsi primus creditor non jure stitisset debitorem, tamen id apud nos non impediret, quo minus alter commendaret, seu de novo arrestaret non jure detentum, sive prior sistens peccasset in sistendi forma modoque, sive caruisset agendi atque ita etiam sistendi jure, Bort *van arresten cap. 2. num. 10. & multis seqq.* Licet enim nonnullis placeat, non jure detentum, vel jure detentum quidem, sed auctoritate publica post satisfactionem aut satisfactionem, laxatum, neque ab eodem, neque ab alio commendari, aut sisti de novo posse, nisi domum fuerit reversus, aut saltem a dimissione sit elapsum tempus, quo commode posset inde decessisse: verius tamen ab eodem quidem creditore, qui perperam stiterat, non posse eundem ex alia causa rursus sisti, nisi interposito inter laxationem & novam arrestationem tanto temporis spatio, quo vel domum redire posset, vel saltem territorium iudicis, cujus auctoritate erat detentus, excedere; idque ne perperam sistenti sua prosit calumniosa in jus vocatio atque detentio. Sed ab alio commendari necdum dimissum, vel de novo sisti, qui jure vel injuria prius ab alio constrictus iterumque laxatus fuerat, nihil impedit. Si enim eum concipias jure detentum, unius creditoris vigilantia ceteris pracludere non debuit licentiam sibi quoque vigilandi, nec res inter alios acta, aliis nocere potuit, aut jus suum in jus vocandi atque sistendi auferre. Contra si calumniosae priorem stitisse ponas, non debebat unius calumnia aliis extra calumniam positus inferre praepjudicium. Quo modo etiam de jure Romano creditores prius missi in possessionem, aliis non oberant, quo minus & illis missionem impetrarent, nulla distinctione adhibita, an jure, an per calumniam priores impetrasset missionis decretum, l. ult. C. de bonis auctor. jud. possid. l. cum unus 12. ff. de reb. auct. jud. possid. Peckius de iure sistendi cap. 49. Bort *van arresten cap. 4. nu. 48.* adde consuetud. Antwerpiae tit. 27. art. 27. 28. & seqq. Christinzus ad Leg. Moeblii. tit. 2. art. 40. Anton. Fabrum *Cod. lib. 7. tit. 20. defin. 50.* Henr. Kinschot de rescriptis gratia tractat. 5. in fine.

42. Studiosos quod attinet, hos sisti non posse vulgo quidem traditum; ut videre est apud Berlichium *part. 1. conclus. 75. num. 20. 21. 22.* Peckium *de jure iur. cap. 5. num. 1. & seqq.* Mazvium *de arrestis cap. 8. num. 95. & seqq.* sed si usus hodiernus ac præcipue nostros spectemus, rei quidem servandæ causa facile concedi inclusionem supellectilis librarie, ac impedimentorum ad eos pertinentium, tum pro mercede debita, tum pro alterius debiti solutione, quinimo urgente necessitate, etiam ipsorum studiosorum detentionem, frequens in hac universitate praxis monstrat, quoties fugæ vel transactionis periculum subest: ut tamen difficilius personarum, quam rerum sistendarum potestas concedi soleat. Litis quoque, & ita jurisdictionis firmanda gratia studiosos hujus universitatis in alia deprehensus provincia, recte ibidem sisti, sive de debito, sive de delicto cum iis agendum sit, haud dubium; cum privilegia ab hujus provinciæ Ordinibus concessa civibus nostræ Academiæ vires exserere nequeant, aut operari quicquam, ultra aut extra territorium statuentium. Ast intra Hollandiam eos vel eorum bona judicis non Academici auctoritate sisti, jurisdictionis stabilizandæ gratia, ita ut vel apud curiam provincialem, vel apud judices urbanos civitatum Hollandiæ, tenerentur litigare, non patiuntur verba manifesta statutorum Academiæ *art. 39. & ampliationis anno 1632. 24. Martii*, distantia, studiosos & reliqua universitatis membra in causis civilibus aut criminalibus, sive actores, sive rei sint, non nisi eorum judicio Academico litigare cogendos, sive inter solos studiosos, sive inter studiosos ac cives contentio sit, paucis casibus ibidem exceptis. Qualia privilegia non possent ipsis salva esse, si rerum aut personarum sequestratione alibi facta litem suscipere adigerentur. Cum vero hoc fori jus ipsis studiosis adeo peculiare sit, ut nec liberis eorum nec viduabus post eorum abitum, competat, *dict. amplias.* frustra quis fuerit, si ex studiosorum capite jus aliquod parentibus eorum, ipsos invisentibus, vellet asserere, quasi illi non possent sisti in eo loco, in quo incumbentes studiis filios invisit, nisi illic contraxissent, aut solvere promisissent; uti vult Peckius *de jure iur. cap. 5. n. 3.* Berlichius *part. 1. conclus. 75. n. 10. 11.* quorum opinio in omnem eventum nititur fundamento penes nos haud recepto, studiosos in loco, ubi studiorum causa morantur, pro debitis suis non posse sisti.

43. Omnium vero maxime tuti a prehensione sunt legati exterarum gentium ad alias missi gentes; quippe quos usque adeo jure gentium inviolabiles esse multi contendunt, ut neque in civilibus, neque in criminalibus vel sibi, vel suis judicium accipiant iheriti, cum & ipsi municipiorum legati de jure Romano habuerint jus revocandi domum, *l. 2. §. legatis 3. ff. de judiciis.* Cui consequens fuit, ut, qui litigare non tenerentur, etiam neque in se, neque rebus suis sequestrationem litis causa, vel rei servandæ causa deberent pati, ne, dum de privatis negotiis altercarentur, publica ad quæ agenda missi, senarius tractarent aut negligentius; neve ulla præberetur ansa querimoniarum, quasi violata essent aliqua ex parte legationum jura & immunitates; quales sæpe querelæ pro vario legatorum genio atque ingenio de injuriis vel maxima ex parte confictis,

vel sequiori interpretatione præter rationem ad animum revocatis, ad dominos animosius delatæ, simultatum inter amicos confederatosque populos, & dissidiorum bellorumque præbuerunt ansam; violatione scilicet legatorum omni tempore omnique jure numerata inter justas bellandi causas, ut plenius dixi *tract. de jure militari cap. 1. num. 25.* Quicquid autem ex ratione et jure gentium disputari posset de eo, an ex privatis contractibus, tempore legationis celebratis, conveniri possint, nec ne, qua de re prolixam contentionem vide apud Bort in *tract. de arrestis cap. 4. num. 6. & multis seqq. ubi & ipsius legati querelas, & curiæ provincialis plenum responsum exhibet.* adde Hugonem Grotium *de juri belli ac pacis lib. 2. c. 18. num. 4. & seqq.* Peckium *de jure sistend. cap. 5. n. 9.* Berlichium *part. 1. conclus. 75. num. 26. 27.* Vvolfgangum Textorem *synopri juris gentium cap. 14. num. 43. & seqq.* Mazvium *de arrestis cap. 8. num. 114. & seqq.* prudentissimo certe consilio, tollendæ omnis dubitationis causa, & ad præscindendas omnes querelarum ansas, constitutum ab Ordinibus Fœderati Belgii, ne legati, sive in Belgio legationis munus obeuntes, sive per Belgium transeuntes, eorumque comites, ac ministri, aut bona, ob debita durante legatione contracta, ullo constringantur arresti vinculo; sed tuto adeant, commorentur, recedantque ad suos, semoto omni prehensionis metu. Neque hæc res Belgii incolis gravis videri potest, cum quisque sic publice monitus secum statuere debeat, an legatis præsentem pecuniam non mercantibus credendum putet, *Facio Ordin. General. 9. Sept. 1679. vol. 3. placit. pag. 310.*

44. Quæ de legatis gentium exterarum dicta, æt & ad eos extendi debeant, qui singularum provinciarum nomine ad fœderata Belgii Fœderati collegia, velut Ordinum Generalium, Consilii Status, Rationum, aut Rerum Maritimarum sunt delegati, nondum, quod scio, plene decisum; delegatis ipsis quidem idem jus sibi vindicantibus, sed Ordinibus Hollandiæ ac ipsa curia rebus ipsis & factis huic immunitati intercedentibus, ut videri potest apud eundem, Bort *de arrestis cap. 4. num. 20. & seqq.* Certe licet negandum non sit, eos mitti a provinciis majestate præditis, ut simul cum aliis aliarum provinciarum delegatis ea tractent, quæ ad utilitatem gentium confœderatarum videntur spectare; adeoque non minus privilegiatos videri, quam qui a municipiis Romæ missi; quo jure revocandi domum munitos esse dixi *ex d. l. 2. §. 3. ff. de judiciis*, tamen eos nonnihil ab aliis gentium exterarum legatis distare, patet ex iis, quæ supra *tit. de legibus* fuere proposita, *n. 12.* Quibus accedit, quod ipsum illud decretum, quod de non sistendis legatis, eorumque comitibus, ministris, ac bonis, promulgatum dixi *anno 1679.* tantum in extraneorum legatorum personas invenitur conceptum; neutiquam in personas aut res eorum, de quibus nunc sermo est. Denique quod Ordinum Generalium decretum, conditum *anno 1653. 27. Julii*, relatum a Petro Bort *d. cap. 4. num. 22.* tantum vindicavit hisce delegatis immunitatem ab arresto pro debitis legatione antiquioribus; cum ex adverso populorum exterorum legatis immunitatis fuerit concessa a prehensione pro debitis tempore legationis contractis. Sed non magnum

est tantas aut componere aut temere definire lites; quapropter absteo.

45. Multis præterea in locis id obtinet, ne duo ejusdem provincie seu territorii incolæ se invicem aut bona sistant in alio territorio. Sic duo Brabantini se invicem non extra Brabantiam, Peckius de *jure sist.* cap. 8. duo Hollandi non extra Hollandiam; Ultrajectini duo non extra diocesis Ultrajectinam; quin imo, ne urbis unius incolæ id agant, variis urbium statutis cautum, quæ omnia recensere plenius haud necesse; vide interim Simonem van Leeuwen *cons. forens. par. 2. cap. 25. num. 16. & seqq.* Mazium de *arrestis* cap. 8. n. 77. & *seqq.* Petrum Bort *van arresten* cap. 4. num. 34. 39. 40. 41. 42. 43. 44. ubi notat privilegium Brabantinorum, ne usquam arresto detineantur, in Hollandia, Medioburgi, Gœsa, aut Meclinia nihil operari, eosque per Hollandos, Medioburgenses &c. retinere sisti, ex sententia Caroli V. quod & Christinaus tradit ad *Leg. Mechiniens. tit. 3. art. 7. num. 9. & seqq.* Quod si quis, neglecta statuti dispositione, concivem aut bona ejus alibi siterit litis movendæ gratia, non peccabunt quidem istius loci iudices, si arrestum confirmet; cum non ligentur alieni territorii legibus, talem arrestationem concivium vetantibus; sed qui ita detentus litigare coactus est, recte petet a suo iudice, condemnari concivem, ut arresti vinculum, contra statuti domicilii prohibitionem alibi impositum, remittat, litique alibi coepæ cum impensis renunciet, ac solvat multam statuto dictatam, velut, decem florenorum Ultrajecti; quinquaginta florenorum Leydæ, Statuta Leydensia *art. 182.* Ultrajectina *rubr. 19. art. 1.* Paulus Voet de *statutis* *reft. 8. cap. 2. num. 7.* receptum tamen quibusdam in urbibus, remitti duos peregrinos non diversi, sed ejusdem domicilii, quorum alter alterum siterat, ad suum iudicem ordinarium, quoties id detentus postulaverit; quod tamen vel ex comitate magis, quam necessitate fit, vel magis ad declinandum nixiam litium frequentiam iudicibus molestam, civibus inde suarum litium protelationem patientibus, damnosam, Roseboom *castuyman van Amsterdam* cap. 19. art. 29. Sed quam remissionem sine necessitate quidam faciunt, ad hanc alios ex mutuis conventionibus obstrictos constet. Sic enim inter Hollandia Ultrajectinæque provincie Ordines placuit, ut si Hollandus Hollandum vel bona ejus in Ultrajectino sistat solo, vel vice versa Ultrajectinus Ultrajectinum, aut res ejus in ditione Hollandica, remittatur uterque ad proprium iudicem, irrito declarato arresti vinculo; & si dubitetur, an uterque provincia ejusdem membrum sit, ejus iudicium ac estimatio sit penes eum in cujus territorio arrestum contigit: famuli denique & ancillæ dominorum dominarumve jure ac domicilio censeantur, *verdrach tusschen de Staten van Holland en Vryrecht den. 23. Aug. 1657. & placit. Ordin. Holl. 10. Julii 1658. vol. 2. placit. pag. 1159.* Similiter inter Hollandiæ Zelandique Ordines convenit, ne Zelandus Zelandum in Hollandia, ne Hollandus Hollandum in Zelandia sistat, aut bona eorum; simili laxatione arresti, tanquam irriti, faciendæ, *nader provisioneel accord tusschen Holland. en Zeland. 11. Junii 1674. art. 8. vol. 3. placit. pag. 69a.* Quibus (ut hoc addam) insuper utile visum decernere, ne Zelandus

Hollandum, ejusve bona aut naves in Zelandia, aut vice versa Hollandus Zelandum in Hollandia arresto detineat; nisi quis bona a se divendita persequeretur ob pretium necdum exsolutum, vel adversarium in ipso contractus celebrati loco deprehendat; quo casu eum cogere poterit illic litem suscipere, cessante tamen tunc omni sistendi jure, *d. nader provisioneel accord. art. 5. 6.* Pari fere modo convenit, ne urbis Slusanz in Flandria incolæ sisterent eos, qui in adjacente territorio (dicto *Vrye*) foverent domicilium, & vice versa, ne in eo territorio sisterentur Slusani. Quæ conventio Ordinum generalium decreto firmata est 30. Apr. 1660. *vol. 2. placit. pag. 2619.*

46. Non tamen hæ conventiones impedimento erunt, quo minus Hollandus Hollandum aut bona ejus Ultrajecti detineat, quoties aut in fuga est, aut graviter de fuga suspectus; idemque de ceteris iudicium esto; sed non alium in finem, quam ut sic detentus secure ad iudicem suum competentem litis excipiendæ causa remittatur, ita nominatim cautum *d. verdrach tusschen de Staten van Holland en Vryrecht art. 3. & 4.* Peckius de *jure sistendi* cap. 8. num. 7. Adde quæ dixi *b. 1. in præced.* Sed nec ex hisce provinciarum conventionibus impeditur Hollandus actione sibi adversus Hollandum competentem cedere Ultrajectino, sic ut is ad exercendam Ultrajecti actionem sibi cessam ibidem jure sistere posset Hollandum debitorem aut bona ejus: cum enim id non invenitur nominatim inhibuit, juris communis ac usu recepti dispositioni, id permittenti, standum est. Confer Mazium de *arrestis* cap. 7. num. 7. 8. 10.

47. An vero parentes a liberis sisti possint, ex iis, quæ de verbali in jus vocatione parentum dicta, manifestum puto; nempe sine venia quidem eos litis movendæ causa sisti non posse; at eadem impræparata, nec facile deneganda, omnino. Quod enim venia antiquitus impetranda fuit, ejus rationem partim in more violentæ in jus tractionis, partim in reverentia, famosas actionem non admittente, positam fuisse, ibidem monstratum; ut ergo olim, concessa licentia parentes conveniendi, liberum erat liberis parentes etiam invitos in jus rapere; ita nihil obstat, cur non eosdem liceret hodie ex speciali iudicis consensu sistere litis causa; proxime scilicet ad veterem illam in jus vocationem. realem accedente nostra prehensione; nisi quod hæc iudicis auctoritatem habeat conjunctam, cum vetus illa privata fieret auctoritate, Rodenburch de *jure conjugum* tit. 3. cap. 1. n. 22. D. Scmeren de *jure novæcar.* cap. 15. n. 2. dissentit Petrus Bort *van arresten* cap. 4. num. 52. Berlichius *part. 1. conclus. 74. n. 10. & seqq.* Frustra excipitur contra reverentiam peccari, & injuriam parenti inferri hoc vocationis genere; etenim reverentiæ videtur sat datum, cum non sine pratoris venia vocato fit, nec dici potest injuriam facere, qui utitur jure suo, debitumque modis lege vel more probatis persequitur, ut inquit Carpovius *defn. forens. part. 1. consil. 29. defn. 28.* Nec movere debet, quod filius juste exheredatur, si parentem ab alio inclusum in sua noluerit fidejussione recipere: *nov. 115. c. aliud quoque 3. §. si quemlibet 8.* unde multo magis videretur ingrati tudinis vitium incidere, si ipse sisteret, atque

incluēret: cum aliud sit parentem carceri includere, aliud sistere litis commodius instituenda causa; adeoque non aliud inde sequeretur, quam quod, cum alii jam prehensi, si non caveant idonee de sistendo, includi possent ad finem usque litis, talis inclusio in parentes non esset adhibenda, sed hi jurisdictione semel firmata dimittendi forent, licet forte non adeo plenam aut sufficientem de sistendo cautionem interposuissent. Quod & olim in reali in jus vocatione sic obtinuit; nam cum in jus vocati aut ire, aut idoneam de sistendo satisfactionem præstare deberent, hic parentibus aliisque personis conjunctis honor fuit habitus, ut quali quali fidejussore, etiam non locuplete, dato defungi possent, l. 1. 2. & tot. tit. ff. in jus voc. ut eant aut satis vel cautum dent, quamvis id hodie in parentibus hand tuto admissis, postquam invaluit, detentos simul de judicio solvendo multis in locis debere cavere; in qua cautione id privilegium nupiam parentibus inveniri tributum, notavi tit. qui satisd. cog. Ne dicam, civiliter accipi debere verba in d. nov. 115. c. 3. §. 8. de liberis illis, quorum manifesta apparet malicia in patre per fidejussionem suam non liberando, cum facile id possent: cum aliquin alimentum quidem liberi debeant parentibus, neququam pro ipsis ac alienum teneantur exolvere, l. si quis a liberis 5. §. parentum quomvis 16. ff. de agnos. & alend. liberis tit. Cod. ne filius pro patre, unde & ad filias ista non pertinet exheredationis causa, d. novell. 115. cap. 3. §. 8. Multo minus stringit a competentia beneficio parentibus indulto desumpta ratio, ex §. antepen. Instit. de actionibus. Est enim erronea illa plurium opinio, sisti non posse, quotquot competentia beneficio muniti sunt: quamvis enim hi pro debito incarcerationi nequeant, perinde ac si sessionis beneficium adhibuissent, arg. l. 1. c. qui bon. ced. poss. junct. §. ult. Instit. de action. tamen ab incarceratione cessante ad arresti simplicis cessationem haud recte concluditur; cum arrestum tantum fiat, ut de debito litigaret, illud agnoscat, discutaturque, quid tandem creditori cedere, quid penes debitorem, ne egeat, oporteat remanere, adeoque ut præstet omne, quod ex competentia beneficio non potest jure sibi retinere, Peckius de jure sistendi cap. 5. num. 18. Mavius de arrestis cap. 8. n. 173. & seqq.

43. De noverca, de fratre, similibusque frustra disputaveris, cum ne his quidem competentia beneficium indultum sit, ut plene probat D. Someren de jure novercar. cap. 15. num. 2. 3. quemadmodum & sine fundamento ad nobiles, illustres, comites, doctores porrigitur de non sistendo privilegium; quippe qui, quo majores natalibus, quo illustriores, quo magis edocti, quid bona fides exigat, eo quoque magis contraetus fidem implere debent, non mollioribus aut remissioribus remediis ad id adstringendi, quam plebeji, si natalium splendorem veramque nobilitatem, meritis quasitam, negato aut dilato data fidei implemento contaminant. Mavius de arrest. cap. 8. num. 13. & seqq. frustra in contrarium nitente Berlichio part. 1. conclus. 75. num. 15. & seqq. ad num. 20.

49. Illud consideratione dignum, non posse jurisdictionis stabilizanda causa sisti debitorem in eo loco, in quo contra eum mediante rerum arresto jam

lis inchoata est; cum enim actor ex rerum prehensione jam reum reddiderit huic foro obnoxium, sic ut lis coepta ibidem necessario sit ad finem perduenda, nec ulla ratione reus illud valeat forum ultra declinare, inutilis ac superflua foret debitoris sequestratio pro scopo jam alia via obtento. Præterquam quod non oportet extra fugæ suspicionem (de qua nos antea) pendente lite quicquam novare, aut tentare executionem pleniorē sine necessitate antea sententiam, arg. l. unic. per tot. ff. nihil innov. appell. interposita. Argenteus ad consuet. Britann. art. 122. Arresto tamen decreto, & lite cum principali debitore sic coepta, non impeditur creditor fidejussorem arresto detinere, ac cum eo item inchoare, derelicta priore; & vice versa. Mavius de arrestis cap. 8. num. 40.

50. Absoluta de personis sistendis quæstione, facilius erit & expedita magis de rebus tractatio. Quos enim debitores sisti posse jam exposuimus, horum bona multo magis arresti vinculo adstringi posse, haud ambigendum; eo quod facilius rerum, quam personarum indulta prehensio est; nisi res ipsæ in se favorem contineant, ob quem easdem sistere prohibitum. Et licet multi ex hisce, quos sisti non posse supra monui, ejus conditionis sint, ut nec bona eorum recte stantur, adeoque nec res legatorum, nec tutorum, curatorum, procuratorum, administratorum bona pro debitis eorum, quorum res curant; nec res Hollandi per Hollandum in Zelandica aut Ultrajectina provincia, ac vice versa; nec bona eorum, quos appellant curia suppositor; in quibusdam tamen id secus obtinet. Atque ita, debitorem quidem debitoris non recte sisti, debitum tamen ipsum omnino posse, ante notatum est. Mavius de arrestis cap. 9. nu. 34. & seqq. Bort van arresten cap. 5. num. 9. & seqq. Peckius de jure sist. cap. 4. num. 11. Sande decr. Fris. libr. 1. in. 17. defin. 1. Lamb. Goris Adversar. tract. 4. §. 20. & in annot. Rebuffus ad constit. regias tom. 1. de literar. oblig. art. 6. gloss. 3. num. 63. 64. nec pure tantum, sed & in diem debitum, in quantum, die veniente, non recte contra interdictum solvitur, Radelant. Cur. Ultraject. decr. 18. num. 1. licet alioquin id, quod alteri debetur, non nisi eo volente per alium exigi posse jura dicant, l. si pupilli 6. §. ult. l. solvendo 39. ff. de negot. gestis. Nec minus bona pupillorum, minorum, furiosorum, similiaque recte sistuntur, ut ita tutores & curatores, quibus incumbit rerum pupillarum defensionem suscipere, adigerentur ad litigandum in loco illo, in quo bona talia sunt arresto detenta, Bort van arresten cap. 4. num. 47. Mavius de arrestis cap. 8. num. 6. & seqq. Simon van Leeuwen cons. forens. part. 2. libr. 1. cap. 15. n. 14. in fin.

51. Ceterum licet annui redditus & usura & pensionationes sisti possint, Carpovius defin. for. part. 1. const. 29. def. 29. & apud nos ipsa quoque bona feudalia, sive de feudalibus controversiis, sive de aliis lis movenda sit; ita ut posteriore casu etiam ordinarius iudex, cui alioquin de feudalibus jurisdictione denegata est, decretum de bonis feudalibus arresto gravandis jure interponat, instructio Curia Feudalis Holland. 7. Aprilis 1661; art. 8. vol. 2. placit. Holl. pag. 2643. tamen jure singulari, ad evi-

tandam rationum publicarum turbationem, vetitum, ne in Hollandia sub ærarii quæstoribus arresto graventur usuræ ac reditus annui, ad debitorem nostrum pertinentes, quorum dies jam cesserat; multoque minus sortes ipsæ: adeo ut quæstores vetentur arresto obtemperare, *placit. Ordin. Holl. 18. Martii 1661. vol. 2. pag. 2639.* Pari fere ratione mensæ argentariæ Amstelodamensi (*de voissel. bank*) datum privilegium, ne arresto graventur, quæ apud eam custodia causa deposita sunt, sive directo, sive per ambages: adeoque nec sub institoribus, in quorum rationes alienæ pecuniæ transcriptæ fuerant custodiæ gratia. *Placitum Ordin. Holl. in gratiam Amstelodamensium 16. Dec. 1670.* quod occurrit descriptum apud Petrum Bort *van arressten cap. num. 30.* Alimentorum quoque favor videtur id effecisse, ne ea alicui in futurum debita arresto graventur; non enim temere quisquam alimentis videtur fraudandus quotidianis, atque ita necandus juxta *l. necare 4. ff. de agnosc. & alien. liberis*, ubi necdum constat, illum debitorem esse ejus, qui sequestrationem facere desiderat, arg. *l. qui bonis 6. ff. de cess. bonor. nam &*, rebus pupillorum indefensorum auctoritate judicis possessis, separanda pupillis sunt alimenta usque ad tempus pubertatis; eo quod incertum est de indefensis & semetipsos per ætatem defendere non valentibus, an vere debitores sint, an magis per calumniam fingantur tales esse, *l. si pupillus 33. l. ult. ff. de reb. auctor. jud. possid. seu vend.* tales vero missiones arrestis nostratibus non longe sunt dissimiles. Et licet appellatio suspendat sententiæ executionem, tamen a decreto de alimentis præstandis non licet appellare, saltem non ad eum effectum, ut differretur executio, arg. *l. ult. ff. de appell. recip. vel non.* Quibus accedit, quod ita subverterentur suprema morientium elogia, qui alimenta legantes certæ personæ, nollent ea aliorum detorqueri; quæ & ratio fuit, cur de his transigi sine decreto leges vetuerint, nec decretum permiserint interponi, nisi illa maneret defuncti voluntas, *l. cum bi 8. pr. & §§. seqq. ff. de transact. Berlichius part. 1. conclus. 74. num. 43. Carpovius defin. forens. par. 1. constit. 29. defin. 33.* Plane si in præteritum alimenta sint debita, cum perdat alimentorum nomen, naturam, ac favorem, nec quisquam in præteritum alerdius sit, ad instar simplicis annuæ præstationis vel pensionis ea sisti nihil impedit: nam & de his transigi sine decreto posse, dictum *tit. de transact.*

52. Similiter sequestrari non possunt in Belgio fœderati stipendia seu mercedes nautarum ac sociorum nauticorum, nisi ob debitum vestimentorum, aut esculentorum, aut pensionis ædium, durante navigatione contractum, adeoque revera pro depensis tantum alimentis, utpote juxta *l. legatis 6. ff. de aliment. vel cib. legat. cibaria*, vestitum ac habitationem continentibus, *Placit. Ordin. General. & Ordinum Hollandia 8. Decembris 1663. vol. 1. placit. pag. 966.* Reliqua vero stipendia, atque salariæ professoribus, verbi divini ministris, advocatis, medicis, militibus, aliisque debita, arresto gravari posse, verius est, non modo litis instituendæ, sed & rei servandæ causa. Sed an in totum, an vero pro parte tantum, & pro qua portione, de eo variantes regionis ejusque mores inquirendi, & pro more lo-

ci ejusque, subinde & providi ac circumspècti iudicis arbitrio id definiendum. Vide *l. stipendia 4. Cod. de executione rei judicata. Peckius de jure sistendi cap. 5. num. 13. Simon van Leeuvven cens. for. part. 2. libr. 1. cap. 15. n. 29.* Sic in regionibus quæ immediate subsunt Ordinibus Generalibus, arrestari nequeunt stipendia concionatorum, nisi usque ad partem dimidiatam, *Reglement op de politieke reformatie in de Meyere van s Hertogenbosch en andere quarteren 1. April. 1660. art. 30. vol. 2. placit. pag. 2614.*

53. Res hæreditarias quod attinet, licet jure Romano cautum fuerit, ne ante nonum a morte diem cuiquam liceat hæredes, aut parentes, aut liberos, aut conjugem, aut agnatos vel cognatos defuncti, similesque convenire aut quocumque modo inquietare, *novell. 115. cap. hac autem 5. §. 1.*, tamen, si metus subsit, fore, ut hæreditas expiletur, etiam ante nonum diem ipsasque exsequias, protinus a morte debitoris, bona ejus per creditores arresto includi possunt, *Groenewegen ad auth. item C. de sepulchro violato, Christinus vol. 1. decis. 81. Zypæus notit. Jur. Belgici libr. 1. tit. de in jus voc. circa fin.* Ipsum vero debitoris defuncti cadaver in universum pro debito arrestari, & impediri sepulturam, sub poenâ gravioris comminatione vetitum; deductis in irritum quibuscunque ea ratione extortis pignorum fidejussorumve obligationibus, aut pecuniarum solutionibus, *l. ult. C. de sepulchro violato, d. novell. 115. cap. 5. §. 1.* ut enim reliquias defunctorum sepulturæ tradidit conditionis humanæ memoria postulat, teste Modestino in *l. pen. ff. de condit. Instit.* ita contra, si criminum gravissimorum reos excipias, extremum defunctis honorem quietemque denegare, crudele nimis injuriumque visum, *d. ll. in quam rem plura conegit Peckius de jure sistendi cap. 5. num. 23. & seqq. Groenewegen ad d. auth. item C. de sepulchro violato, & ita a Carolo V. constitutum fuisse, ne ob debitum civile sepultura impediretur, testatur Perezius tit. Cod. de sepulchro violato, num. 7. 8. 9.* monens tamen simul, in variis locis contra hoc jus, adeo humanitatis, & religionis favore ac ratione summa subnixum, vexari detinerique inseputa debitorum cadavera, donec satisfactum fuerit. Adde Mazium *de arrestis cap. 8. num. 225. & seqq.* Quid vero obtineat in cadaveribus eorum, qui non ex sceleris conscientia violentas sibi manus intulerunt, dicam *tit. ad leg. Cornel. de sicariis.*

54. De rebus alienis a debitore possessis, num & illæ sisti possint per creditorem, litis adversus debitorem possidentem movendæ causa, non sine distinctione quæstio videtur terminari posse. Si enim ita prorsus aliena est, ut nullum possessori jus in ea competat, nec ejus invito domino retinendæ habeat potestatem, veluti si furtiva sit, aut vi possessa; vanam ac inanem fore arbitror detentionem, sive rei servandæ, sive litis causa tentaretur; eo quod domino vindicantæ, impediri non posset possessionis adeptio, ne alter alterius odio prægrevetur, contra regulam *non debet 22. de reg. juris in 6.* atque adeo in irritum deduci omni momento posset, quicquid alienæ rei detentioni, seu fundamento fuisset superstructum, arg. *l. bona fides 31. §. 1. ff. de pignori, & ut alienarum rerum pignus non subsistat sine domini veri voluntate, l. aliena res 20. ff. de*

pignorat. alt. & missione in possessionem bonorum defuncti decreta, neque depositarum neque defuncto commodatarum rerum possessio censetur concessa, quia istæ non erant defuncti, *l. i. si, cui 5. §. si deposita 10. ff. ut in poss. legat. vel fideic. serv. causa*, ac denique perperam dirigitur per apparitorem executio in res alienas, vel eas, de quibus dubitatur, an tales sint, *l. a Divo Fio 15. §. si rerum 4. ff. de re judic. ita & non jure illa pro alieno sistuntur debito*; cum hac ratione executionis initium fieri antedictis manifestum sit. Ut tamen in dubio ex possessione præsumendum sit, illum qui possidet, dominum esse, donec contrarium probatum fuerit, Peckius *de jure sistendi cap. 16. num. illud vero indubitatum 5. 6. Berlichius part. 1. conclus. 74. num. 46. Præs. Everhardus consil. 209. Rebuffus ad constit. reg. tom. 1. de literar. oblig. art. 6. gloss. 3. num. 52. & 54. Petrus Bort de arrestis cap. 5. num. 51. Mævius de arrestis cap. 9. num. 2. & seqq. & num. 16. Simon van Leeuwen cons. forens. part. 2. libr. 1. cap. 15. n. 32. Sed si debitori jus in re aliena quasitum sit, veluti pignoris aut simile, recte creditor rem talem suo debitori ab alio oppignoratam sistit: eo quod non tam rem alienam, quam potius jus debitori in re aliena competens, atque adeo id, quod debitoris proprium est, videtur arresto gravasse; eo modo, quo pignus pignori dari posse notum est ex tit. *C. si pign. pignori dat. sit, & legatarii ac creditores in possessionem bonorum defuncti vel debitoris missi, pignorum quoque his datorum possessionem consequantur, l. i. si, cui 5. §. sed et si 7. ff. ut in poss. legat.* Rebuffus *d. art. 6. gloss. 3. num. 53.**

55. Hinc nec dubium esse potest, quin recte creditor acturus sistat rem debitori cum alio communem, quippe cujus dominium pro parte saltem indivisa debitoris est; usque adeo, ut ne ex eo quidem impediatur arrestum, quod forte res communis natura sua sit individua; cum eo casu, res tota videri possit arresto gravata, arg. *l. i. si, cui 5. §. si ex duobus 11. ff. ut in poss. legator. vel fideic. serv. causa*, alterque rei communis dominus actione pro socio, vel communi dividundo, consequi possit a socio, cujus mora arresto causam præbuit, quanti sua interest, se partis suæ usu caruisse, Rebuffus *ad constit. reg. tom. 1. de literar. oblig. art. 6. gloss. 3. n. 53. Peckius de jure sistendi cap. 4. num. 18. Mævius de arrestis cap. 9. num. 4.* Si tamen portio navis, cujus plures exercitores sunt, arresto gravetur, non impeditur ob id navigatio, aut saltem exercitores ceteri impetrare possunt laxationem arresti ad id, ut navigatio navis tota mittatur, & ea lege, ut in ea parte ubicumque existente, lucris inde proventuris, duret arresti vinculum, & magister caveat, se nomine & periculo arrestantium partem eam ubique velut arresto gravatam, defensurum. Vide Petrum Bort *van Arresten cap. 5. num. 5.*

56. Pari ratione, licet debitor rem suam alteri dans pignori diminuisse censeatur domini jus; quia tamen non in universum dominus esse desiit, liberum est creditori rem talem sui debitoris, per creditorem jure pignoris possessam, sistere sub eo, sive ad id, ut ad litem in eo loco, in quo res est, suscipiendam suum constringat debitorem, sive debiti servandi causa; salvo tamen creditori hypothecario suo jure prælationis in pretio ex tali re arrestata

redigendo: eo scilicet modo, quo creditores chirographarii missionem jure Romano impetrabant in bona debitoris obzati ac latitantis, licet aliis ante creditoribus pignoris conventionalis jure devinctis, aut creditores in lite viatores executionem habebant in victi rebus, alteri hypothecæ obligatis, non diminuta tamen utroque in casu creditoribus tempore anterioribus sua in pignore prærogativa, *l. a Divo Fio 15. §. quod si res 5. ff. de re judicata, Peckius de jure sistendi cap. 16. num. ult.*

57. Ex adverso nullus recte rem suam propriam arresto detinet, nisi ad id, ut eam ab injusto vindicet possessore; quo respectu jus sistendi etiam in actionibus in rem locum sibi vindicare, supra monitum. Si tamen in rem meam, sive a me, sive ab alio possessam, tertius jus habeat, velut hypothecæ vel pignoris, aliudve simile, idemque mihi alia ex causa debitor sit, nihil vetat, quo minus rem meam penes me ipsum judicis auctoritate sistam, non quidem quatenus illa mea est, sed in quantum tertio in eam jus constitutum est; ad id, ut ille judicis mei ordinarii jurisdictioni subijcitur vi arresti. Idemque est, si meus creditor, cui verbi gratia centum debeo, mihi res alias debeat compensationem haud admittentes; nam & tunc, quod debeo, recte apud me sic sisto, ut ad meum forum traham eundem ex alia causa mihi debitorem, Petrus Bort *van Arresten cap. 2. num. ult. Simon van Leeuwen cons. forens. part. 2. libr. 1. cap. 15. num. 33.*

58. Non prætereundum tamen, etsi res tales sint, quæ non prohibentur, omnem nihilominus sistendi licentiam denegari creditoribus, ex quo curator bonis debitoris latitantis aut defuncti datus est; sic ut ne cœpta quidem ante curatoris constitutionem executio ad finem perducenda sit; sed omnes ad eundem judicem venire teneantur, de suo prælationis jure cum ceteris ejusdem debitoris creditoribus disceptaturi, idque convenienter juri Romano, quo missis in possessionem quibusdam creditoribus, reliqui quoque, qui non petierunt missionem, videntur missi, quasi missionis decreto in rem concepto; aut saltem petuat, se cum prius missis admitti, *l. cum unus 12. ff. de reb. auctorit. juss. possid. l. ult. C. eod. tit. de bon. aut. jud. possid. & ante missionem sibi quidem quisque vigilare potest, post eam non utique. Sciendum, inquit cum Juliano Ulpianus, eo jure nos uti, ut qui pecuniam debitam recepit, antequam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudenter solvendo non esse recipiat, non timere hoc edictum: sibi enim vigilavit. Qui vero post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum, exaquantumque ceteris creditoribus; neque enim debuit præcipere ceteris post bona possessa, cum jam par conditio omnium creditorum facta esset, *l. quod autem 6. §. sciendum 7. ff. quæ in fraud. credit. facta sunt ut restit. adde Petrum Bort de arrestis cap. 4. num. 64. Anton. Fabrum C. lib. 7. tit. 7. tit. 32. defin. 18. 19. & 20. Mævium de arr. cap. 8. num. 148. & seqq.**

59. Quisquis autem vel sibi vel rebus suis assertere cupit immunitatem ab arresti gravamine, id ipsum protinus ante litem contestatam tenetur allegare & probare: si enim in declinatoriis fori exceptionibus id obtineat, *l. pen. & ult. C. de exceptionibus*, etiam hic idem servari necesse est; cum hac

allegatione forum & jurisdictionem judicis, apud quem arrestum contigit, declinari constet. Peckius *de jure sistendi cap. 14. n. 1.* neque tantum hæc immunitas ab arresto ratione personæ vel bonorum, apud eum alleganda, cujus auctoritate arrestum est interpositum; sed & si opus fuerit, dum is immunitatis allegationem non admittit, querelæ violatæ immunitatis deferri possunt ad judicem illum, cujus jurisdictioni per arrestum subduceretur causa cognitio, ejusque officium & auxilium implorari; ne subjectorum suorum privilegia subverti per alios ac conculcari patiatur. Vide *Maxium de arrestis cap. 19. n. 4. & seqq. & cap. 17. n. 9.* Petrus Bort *van arresten c. 4. n. 35. 36. 37.*

60. Arresti recte interpositi effectus est, quod durante ejus vigore nihil possit innovari. Ac proinde personæ quidem ita detentæ non impune ab eo loco, in quo detentæ, sese possunt dimovere: quod si id, insalutato judice ac creditore, fecerint, ob debitum civile detenti non quidem incurrunt carceris effracti pœnas, sed vel ad multas per statuta constitutas, intra annum a violati arresti tempore conveniri possunt, vel arbitrio judicis pro variis arresti violati circumstantiis coercentur: atque insuper adversus eos tanquam contumaces procedi potest: de quibus vide prolixius Petrum Bort *van arresten cap. 7. num. 30. & seqq. usque ad num. 42.* *Maxium de arrestis c. 24.* Simonem van Leeuwen *cons. forens. part. 2. lib. 1. cap. 15. num. ult.* Petrum Peckium *de jure sistendi cap. 23.* Et si alius in civilibus, alius in criminalibus prætor sit, ac detentus ob debitum civile arrestum violaverit, multam non criminalium, sed civilium causarum prætori cedere debere, tanquam ei, cujus auctoritate detentio facta, responsum est in Consult. *Ictorum Holland. part. 5. vol. 2. consil. 319. reuera 219. in fine.* Quisquis vero convinci potest dolo malo, ope, consilio juvisse arrestati fugam ac evasionem, aut eundem exmisisse, eo ipso obstrictum sese reddidit ad exsolvendum totum illud debitum, pro quo consequendo debitor detentus fuerat: sic enim ex lege Constantini obtinuit, ut is, qui debitorem credidisset avellendum subtrahendumque, totius summæ solutionem in se teneretur suscipere, *l. quotiens 3. C. de exactorib. tribus.* & jam olim ex edicto prætoris, si quis alium in jus vocatum vi exmisisset, in id condemnari solebat, quanti erat ea res in judicium deducta, *l. pen. §. 1. junct. l. sed eximendi 4. ff. ne quis cum, qui in jus vocat. vi eximat,* usque adeo, ut reducens postea exemptum, eundemque sistens in judicio, evitet quidem ordinariam eximentium pœnam, nec ad debiti integri exsolutionem teneatur, *d. l. pen. §. docere 2. ff. ne quis cum, qui in jus voc. vi eximat,* (licet hic quidam contra sentiant) sed nihilominus in id quod actoris interest, causam ejus & persecutionem quoquo modo deteriore ac difficiliorem esse redditam, obstrictus maneat: cum modis omnibus id judicem agere oporteat, ne cujus deterior causa fiat ex facto alieno, *l. 1. ff. de alien. jud. mutand. causa* Peckius *de jure sistendi cap. 33.* Christinaus *ad Leg. Mechliniens. tit. 3. art. 3. n. 4. & seqq. & art. 5. num. 4.* multoque magis hæc in apparitore vel commentariense, dolo vel culpa evasioni causam præbente, statuenda sunt, ut latius dicitur *tit. de custod. & exhib. reprum.*

61. Quod si res arresto gravata sint, immobilis quidem non possunt arresto durante per dominum alienari in arrestantis præjudicium, cum judex traditioni earum non nisi coram lege loci situs faciendæ, auctoritatem non sit accommodaturus. Mobilium vero possessio jure in alium transferri, aut quaque ratione interverti non potest per eum, penes quem illæ sequestratæ sunt, adeo ut, si de facto transulerit, corruerit, aut possidere desierit, non modo ad multam teneatur, quam apparitor arrestum denuncians in causam interversionis comminatus est ex more judicii intra annum exigendam, Neostadius *curia suprem. dec. 79.* ubi & tradit, cui multa cedat, Bort *van arresten c. 7. n. 52. 53.* vide Peckium *de jure sistendi cap. 29. & 30.* sed & ad redintegrandam possessionem interversam, & in pristinum statum restituendam, aut, si id nequeat, ad id quod interest illius, qui arrestum fieri curavit, ut & ipsius debitoris, si is quoque tali interversione se lasum probet; si modo dolus aut manifesta possessoris negligentia appareat, *groos privilegie van Vrouwe Maria van Burgundien aan die van Holland en Zeeland 14. Martii 1476. post med. vol. 2. placit. pag. 669. in med.* Peckius *de jure sistendi cap. 44.* Christinaus *ad Leg. Mechliniens. tit. 3. art. 5.* Petrus Bort *d. c. 7. n. 35. 36.* Quin tamen res mobiles ita interversæ, & ex domini voluntate in alium translata, jure domini transeant, haud dubium, cum mobilia sequelam hodie non habeant. Quin imo, si res tales arresto detentæ sint, quæ servando servari nequeunt, judicis auctoritate distrahi poterunt, pretiumque, quod earum in locum successit, servari sufficiet, Petrus Bort *van arresten cap. 5. n. ult. & cap. 7. num. 6.*

62. Debitis vero sub debitoris arrestatis, vis arresti est, quod debitor id, quod arrestatum est, solvere non possit; & si maxime sine arrestantis voluntate solvat, nihil ea solutione arrestantis præjudicet; sed postmodum vincenti sic solvere teneatur, ac si nihil debitori suo vel alteri ex debitoris voluntate solvisset. Nec excusabitur si metu litis se suo creditori solvisse causetur: neque enim in creditoris potestate fuit, suum convenire debitorem ad solvendum, quamdiu durat arresti vinculum; cum creditor, non efficiens, cavendo vel satisfaciendo, ut illud laxetur, ipse in causa sit, quo minus debitor judiciali impeditus prohibitione & pœna comminatione solutionem faciat, *arg. l. ult. ff. de lege commis.* recteque facit, nec mora reus est, qui auctore prætor solutionem detrahat in odium ac pœnam creditoris, *arg. l. ult. ff. quod quisque juris in alter. statuerit,* usque adeo, ut nec oblata per creditorem cautione de indemnitate, nec deserto per arrestantis arresto, cogi possit, quamdiu sententia judicialis non dictavit, arrestum desertum esse. Vid. *Rebuffius ad consilii. reg. tom. 1. de litterar. oblig. art. 6. gloss. 3. num. 64. 65. 66. 67.* Peckius *de jure sistendi cap. 9. num. ult. in fin.* Bort *van arresten cap. 5. num. 14. & seqq. ad num. 24.* ubi tamen monet, curiam supremam Hollandiæ Zelandiæque, non obstante arresti interpositione, debitorem ad solvendum solere adigere; & simul addit remedia, quibus eo casu creditores arrestantes sibi possint consulere, *num. 25. 26.*

63. Quod reliquum est, arrestum effectus habet

plures cum verballi in jus vocatione communes: cum species credatur esse in jus vocationis. Atque ita omnem interruptit præscriptionem vocantis seu arrestantis intuitu, & perpetuam facit actionem temporalem; cum aliusse, qui in jus vocavit, aut inquietatus non fuisse, qui vocatus est, dici nequeat, *l. constitutionibus 33. ff. de oblig. & act. l. sicut in rem 3. l. 4. in mod. l. cum notissimi 7. C. de præscript. 30. vel 40. annor. l. 1. 2. C. de longi temp. præscript. l. nemo ambigis 10. C. de acquir. & retinenda poss. l. ut perfectus 2. l. 3. C. de annal. ex. cap. Peckius de iure sist. cap. 35. num. 6. Andr. Gayl. lib. 1. obrero. 74. num. 20. & seqq. Confer sit. de iudiciis in fine. Similiter arrestum adjunctam habens exhibitionem petitionis, æque ac in jus vocatio verbalis, inducit litis pendentiam & præventionem, sic ut neque reus invitum auctorem arrestantem vocare possit de ea causa ad aliud iudicium, neque auctor invito reo item sic ceptam ad aliud possit forum transferre, licet quibusdam in locis praxis invaluerit, auctorem renunciare posse liti coepte, & novam alibi litem reo etiam invito movere. Quæ plenius excussi tit. de iurisdictione. Adde interim Peckium de iure sist. cap. 35. num. 1. 2. 4. Petrum Bort de arrest. cap. 7. num. 2. Brunnemannum ad l. 7. ff. de iudiciis num. 5. Mazvium de arrestis cap. 15. num. 23. & seqq. & DD. citatos apud Gratianum discept. forens. cap. 906. num. 21. 22. Zangerum de exceptionibus par. 2. cap. 3. Consult. Jctor. Holl. part. 4. consil. 325. vel 326. incipit geron. & consil. 328. & part. 5. consil. 35. num. 5. 4. Mynsingerum cens. 4. obrero. 26. num. 6. Merulam lib. 4. tit. 40. c. 3. n. 21. in fin. Sed hac ita, si auctor vocationem prosequatur; nam si, cum reo dixisset diem, ipse veniente die abfuerit, & reus quoque sui copiam non fecerit, vel præsens petierit circumduci edictum citationis, nec interruptio usucapionis nec præventio potest videri facta per vocationem quam ipse vocans sua absentia elusoriam reddidit & inefficacem, Brunnemannus ad l. 7. ff. de iudiciis n. 3.*

64. Non tamen apud nos, & in locis illis, ubi mercatura viget, arrestum arrestanti tribuit jus hypothecæ in rebus arresto detentis, nec prælationem ante alios creditores; nisi forte quantum ad sumptus detentionis, si ea rei servandæ causa ob metum interversionis facta sit; & secundus arrestans, seu commendationem arrestatæ rei faciens (ut loquuntur) eodem iure gaudet, quo primus; nec impeditur legalis hypotheca etiam ratione creditorum posteriorum, dum forte arresto durante cepit debitor tutelam gerere, res fisci administrare, sic ut & fiscus & pupilli in rebus arresto gravatis potiores sint futuris ipsis arrestantibus. Quæ non tantum ita recepta ob libertatem mercaturæ, ne creditores prælationis spe allekti nimis facile sisterent mercimonia, suis plerumque temporibus ac locis tradenda, in ingens commerciorum damnum; sed & magna ex parte propter ipsa juris Romani principia. Est enim arrestum species quædam missionis pratoris in possessionem, per quam licet iure Romano creditores adipiscerentur jus pignoris, in tantum, ut debitor post missionem res suas alienare non posset, nisi cum tali onere pignoris pratoris creditoribus ex missione quæsiti, *l. si postquam 3. l. qui legati 5. C. ut in portis. legat. junct. l. item si quis 6. Instit. de*

actio. quo respectu missio nostratibus arrestis potentior fuit: non tamen qui prior missus erat, ex prærogativa temporis ullum jus potentius sibi arrogare poterat, quam qui postea missionem impetrasset; fallente illic regula, alias vulgo in pignoribus recepta, quod, qui prior esset tempore, potior quoque esset iure, l. ii, cui 5. §. qui prior 3. ff. ut in poss. legat. l. cum unus 12. ff. de reb. auctoris. jud. possid. seu vend. Petrus Peckius de iure sistendi cap. 40. num. 7. & per tot. Mazvius de arrestis cap. 19. num. 17. & seqq. Petrus Bort van arresten cap. 7. num. 15. & seqq. Quamvis in Saxonia locisque vicinis jus pignoris & prælationis nasci testetur Carpovius defin. forens. part. 1. constit. 28. de fin. 145. & plures ab eo citati.

65. Quibus porro modis, qua cautione præstita, laxetur arresti vinculum, dicendum erit tit. qui citat. cog. Quod si arrestans arrestum non prosequatur, nec intentionis libellum de præfinito edat, detentus iure petit ab instantia absolvi, remitti arresti vinculum, & auctorem in expensas, damna, & id, quod interest, damnari. Instruēt. Curiz Ultraject. tit. van default van de eyseboert art. 3. Wassenae præst. jud. cap. 3. nu. 14. 15. De laxatione arresti plura vide apud Mazvium de arrestis cap. 25.

66. Est autem in jus vocatio sive verbalis, sive realis, principum omnium actionum instituendarum, §. ult. Inst. de pena temere litigant. qua ommissa nihil eorum, quæ subsequuta sunt, valere potest, *l. prolatam 4. C. de sentent. & interlocution. l. ea, qua 7. C. quomod. & quand. iudex sent. proferre deb.* Sic ut ne in favorem quidem non vocati, & ob id sese non sistentis, sententia lata vires acquirat; cum ea, quæ contra leges gesta sunt, nulla sint, nec ob privatam personam singularis utilitatem soleant convalescere. Nihil in contrarium faciente argumento a minore desumpto, qui licet careat persona standi in iudicio sine curatore; tamen si sine eo steterit, ac pro se obtinuerit sententiam, commodum ex ea sentire potest, *l. non eo 14. C. de procurat. junct. l. cum & 4. C. si advers. rem. judic.* Non enim illo in casu deerat necessarium iudicii requisitum, ac basis; cum & minores, conditionem suam facientes meliorem, legitimam habeant personam standi in iudicio sine curatore, ut innuit *d. l. 14.*

67. Ex hac vero vocationis necessitate & illud consequitur, eum, qui ad unam causam vocatus est, ad alteram respondere haud compellendum, *l. commensuratio 2. §. legatis 3. ff. de iudiciis*, eo quod non præsens tantum, sed & ad respondendum paratus esse debet; auctore quidem instructo veniente, reo autem sese detum instructuro, postquam cognoverit, ex qua causa conventus sit, *l. 1. ff. de edendo*, Mynsingerus cens. 6. obrero. 6. num. 9. Si tamen adversarius non vocatus, sed præsens, & ita ab auctore conventus, ultro respondeat, litæque contestetur, iudicium subsestet. Cum enim in jus vocatio potissimum ob id intervenire debeat, ne reus indefensus condemnatur, nihil impedit, quo minus huic suo favori renunciet, atque ita sui defensionem apud iudicem suscipiat, ac si legitime vocatus esset, arg. *l. pen. C. de pactis*, Donellius ad tit. C. de in jus vocando num. 3. Ant. Matthæus de iudiciis disp. 6. lber. 54. Adde quæ superius de neglecta legitima vocandi forma dicta sunt.

TITULUS V.

Si quis in jus vocatus non iverit: sive quis eum vocaverit, quem ex edicto non debuerit.

S U M M A R I A.

1. Qui vocatus non venit, mulctandus est: multa actori cedat.
2. Quando cesset multa?
3. De contumacia rei, remittitur.

1. QUI in jus vocatus non iverit, multa pro arbitrio & jurisdictione judicis coercetur, sive competens iudex fuerit, ad quem vocatus est, sive non; si modo id dubium sit, quippe quo casu venire debet, privilegium fori allegaturus, ut latus dictum tit. de jurisdictione, l. 2. pr. & §. 1. ff. b. t. si quis ex 5. ff. de iudiciis. Mulctandum ait Paulus in d. l. 2. §. 1. ff. b. t. pro jurisdictione iudicis, id est, si modo iudex talem habuerit jurisdictionem, cui etiam multa imponenda potestas coheret; neque enim omnibus magistratibus multa dicenda jus datum fuit, l. aliud fraus est 131. ff. de verbor. signif. l. consensisse 2. §. ult. ff. de iudiciis, neque ad eandem usque quantitatem mulctandi potestas, l. ult. C. de modo mulctarum. Applicanda autem multa actori vocanti, cui ad eam exigendam accommodanda videtur in factum actio, arg. l. si per 5. §. in eum 1. ff. ne quis eum, qui in jus voc. vi exim. si enim pena actori laso cedat cum reus vi exemptus est, quidni & tunc, cum reus non venit? cum utique magis videatur pratoris contemnere maiestatem, qui vi exemit, quam qui simpliciter neglexit venire. Eoque facit, quod pena cessat, si non interfuerit actoris, eo tempore in jus adversarium non venisse, l. 2. in fine ff. b. t. quod non ita esset, si multa non fuisset actori applicanda. Quibus non repugnat quod in l. pen. C. de modo mulctarum rescriptum est, severa mulctarum compendia acrio publico protinus esse querenda, cum id de multis ac poenis ob crimina publica vel popularia irrogandis accipiendum sit; nequaquam de iis, ad quas privatis in negotiis ex justa causa fit condemnatio, ut ex hoc toto libro 2. manifestum est.

2. Cessat vero multa exactio, si actoris non intersit, si quis non venerit per rusticitatem; aut cum vocatus esset ad iudicem pedaneum, vel talis sit, ut edicto non potuisset vocari, l. 2. in fine ff. b. t. arg. l. quod si 3. §. si quis 1. ff. ne quis eum, qui in jus voc. vi exim.

3. Potest & actor, reo sui copiam haud faciente, missionem in possessionem bonorum ejus impetrare, l. satisque 19. ff. de in jus voc. Sed de contumacia ac ejus coercitione, tum ex Romano, tum ex hodierno iure dicam latius tit. 11. si quis caution. in jud. ritt. caus. fact.

TITULUS VI.

In jus vocati ut eant, aut satis vel cautum dent.

S U M M A R I A.

1. Cavens de sistendo evitas multam: cavens con-

juncta persona dato fidejussore etiam minus t. dono facultatibus.

2. Qua hujus rei ratio sit?

1. MULctam, de qua precedente titulo, evitat quoque in jus vocatus, si se certo die statuerit caveat; datis fidejussoribus idoneis tam conveniendi facilitate, quam facultatibus, l. 1. ff. b. t. l. 1. ff. si quis in jus voc. non iverit, de quibus latius tit. 8. qui satisd. cog. Quod si quis idoneum fidejussorem oblatum rejecerit, ipsi & reo principali tenetur actione injuriarum, l. si vero 4. §. 1. ff. qui satisd. cog. Uti e contrario personae conjunctae inter se litigantes, si qualemcunque fidejussorem oblatum admittere recusent, quinquaginta aureis mulctantur, l. 1. 2. ff. b. t. l. fidejussor 2. §. prator ait 2. qui satisd. cog. quod tamen de illis tantum accipiendum fidejussoribus, qui facultatibus idonei censentur: nam si conveniendi facilitate essent idonei, ne inter necessarias quidem personas haberentur idonei, arg. l. pen. ff. b. t. d. l. 2. §. 1. & §. quod ait 4. ff. qui satisd. cog.

2. Ratio hujus exceptionis videtur esse, quod, uti cum conjunctis personis non acerbere, sed mitius agendum erat in jus vocatione, ne scilicet vocarentur sine venia; ita & in exigenda ab illis cautione: licet hic personarum conjunctarum appellatione nonnulla veniant, ad quas edictum de non vocando sine venia non pertinet; quales liberi a parente, uxor a marito, nurus a socero in jus vocati, l. item pro patrona 2. ff. b. t. d. l. 2. §. 2. ff. qui satisd. cog.

TITULUS VII.

Ne quis eum, qui in jus vocabitur vi eximat.

S U M M A R I A.

1. Qua sit pena eximentis vocatum; & cur puniatur etiam qui exemit vocatum per calumniam?
2. Quid si plures, aut per alium quis exemerit? an per pena praestationem reus vocatus liberetur?
3. Quibus casibus pena cesset?
4. Non cessat ob id, quod eximens caret dolo.

1. SI quis in jus vocatum vi exemerit, tenetur actione pratoria poenali in factum ei, qui vocavit; non ejus hereditibus, nisi quatenus eorum interest, l. 1. l. si per 5. §. ult. ff. b. t. ad id, ut praestetur, quanti ea res est in iudicium deducta, licet per calumniam petita, aestimanda per actorem; idque secundum verum pretium, non ex effectione, quippe quae in re per calumniam petita non satis probabiliter niteretur ratione, l. sed eximendi 4. §. item 1. l. si per 5. §. in eum 1. ff. b. t. Nec est, quod forte quis existimet, recte & sine poenae metu eximi reum per calumniam vocatum, quia nec in poenam incidit, qui exemit vocatum, qui non debuerat ex edicto vocari, velut parentem, patronum, l. 1. §. 2. ff. b. t. diversitatis namque ratio in eo est, quod cum edictum certas expressisset personas, aut nullo modo, aut non nisi venia impetrata, vocandas, quilibet ex ipso edicto scire poterat, jurene an contra edictum, vocatio facta esset; nullus vero certus esse potuerit an calumniosam actor litem mo-

veret: non enim privati cujusquam, sed judicis solius erat id astimare, & per definitivam sententiam declarare.

2. Si plures exemerint, unus prastatione ceteri non liberantur: uti nec liberatur ab actione principali ipse exemptus, si per exemptum poena jam sit prastata, l. si per 3. §. pen. l. ult. ff. b. r. Nec interest, utrum per se exemerit, an per aliam, d. l. si per 3. pr. ff. b. r. latiusque hic eximendi verbum accipitur, sic ut & eum complectatur, qui moram fecit, quominus reus vocatus in jus veniret, ut actionis dies exiret, vel res tempore amitteretur, l. sed eximendi 4. ff. b. r.

3. Cessat exemptionis poena, si exemerit vocatum ad judicem pedaneum, aut certo certius non competentem; vel eum, qui vocari ex edicto non debebat; vel servus; vel exemptus nihilominus accesserit; vel annus ab exemptione elapsus sit, aut mortuus sit eximens, l. 1. §. 2. l. 2. 3. l. 5. §. 2. & ult. ff. b. r.

4. Non tamen poenam quisquam evitabit ex eo, quod dolo careat, nisi simul culpa caruerit, atque ita vim jure fecerit, justam habens exemptionis causam, l. sed eximendi 4. §. ult. ff. b. r. alioquin hac edicti parte vis coercetur, licet dolus desit, l. quod si 3. §. ult. ff. b. r. Quid enim si quis eum exemerit, quem credebatur vocantis patrem patronumve esse, atque adeo contra edictum vocatum esse opinabatur? poena præcui dubio erit obnoxius, si patronum patremve vocantis non esse probetur; adeoque vis sufficet, quamvis dolus malus cesset; quippe quem error facti excludit, d. l. 5. §. ult.

TITULUS VIII.

Qui satisfacere cogantur, vel jurato promittant, vel suæ promissioni committantur.

SUMMARIA.

1. Cavere tenetur actor & reus. Quid actor caveat, tum jure civili, tum moribus? & quid si actor peregrinus in loco judicii fidejussorem invenire nequeat?
2. Reus caret de sistendo, si per se litiget, idoneis fidejussoribus. Qui sint idonei conveniendi difficultate; quid si sint alterius territorii, aut privilegio fori gaudentes?
3. Inidonei facultatibus fidejussores reprobari possunt; sed si admissi, de novo cavendum non est; contra, si pendentem dumtaxat litem labantur facultatibus.
4. Qui ex privilegio defungi possint jurato cavendo de sistendo propter dignitatem, munera, quia fidejussores invenire nequeunt, aut immobilia possident; & quid bodie?
5. Qui tantum repromittant?
6. Hodie minus in usu est cautio de sistendo, nisi in criminalibus, aut arresto detentis sub cautione de sistendo laxationem petat; quales tunc dandi sint fidejussores?
7. Si fidejussorem invenire nequeat arresto tentus, quales cautiones admittenda sint, ad impetrandum arresti laxamentum? Non tamen sub cautione de sistendo laxandi, qui testimonii dandi causa detentus sunt, aut ob debitum sententia vel confessione liquidum.

8. An qui propter injuriarum actionem ad palinodiam retentus est, sub cautione de sistendo sit dimittendus?
9. Cautione idonea per judicem rejecta, vel admissa minus idonea, appellari ab eo decreto potest; sed appellatione omissa judex lato non tenetur.
10. In multis locis reus non laxandus, nisi cum cautione de sistendo jungat cautionem de judicato solvendo, in quo spectanda consuetudo loci judicii.
11. Differentia & convenientia inter cautionem de sistendo & judicato solvendo. Et cur hic tractetur etiam cautio de judicato solvendo?
12. Plures coheredes aut alii litis consortes pro se invicem idonei de judicato solvendo fidejussores sunt.
13. Parentes quoque vocati a liberis hanc prastant cautionem, & idoneos fidejussores dare tenentur. Non item tutores litigantes pro minoribus; qui tantum obligant pro judicato bona minorum.
14. Quot clausulas contineat cautio judicatum solvi; & an contineat certam quantitatem?
15. Quando committantur clausula cautionis judicatum solvi, & an etiam comprehendantur impensa litis, si in eas reus damnetur.
16. Fidejubentes judicatum solvi easdem cum reus dilationes habent. An ordinis aut divisionis beneficio gaudeant?
17. Fidejussores hi sine nova lite ex rei principalis condemnatione executionem patientur, & vicissim contra eum regressum habent.
18. Evanescit cautio judicatum solvi, si libellus vel actoris aut rei persona post cautionem mutetur.
19. Uti & mutato judice. An it, qui apud inferiorem judicem fidejussit, judicatum solvi, etiam teneatur ex sententia per judicem superiorem appellatum lata?

1. Quisquis in jus vocatus est, aut satisfacere debet, id est, adversarii implere desiderium sive solvendo, sive transigendo, aliisque modis, quibus adversarius sese dimitti patitur, l. 1. ff. b. r. l. promissor 21. §. ult. ff. de constit. pecunia, aut cavere, ita ut adversarium litis nomine securum faciat, quandoque satisfactione, fidejussoribus datis, quandoque cautione pignoratitia, quandoque juratoria, nonnunquam repromissione pro qualitate personæ sit, §. sed bodie 1. Inst. de satisfaction. d. l. 1. ff. b. r. uti vicissim vocans quoque cautionem in vocati securitatem interponere cogitur. Idque ne aliquin judicia actoris aut rei tergiversatione redderentur elusoria, arg. l. 1. & 3. ff. de stipulat. pratoris. Et actor quidem cavet, se intra duos menses a tempore libelli editi litem contestaturum, quandoque sub poena arbitraria, quandoque sub poena dupli damni dati, modo ea cautio non excedat 56. solidos: insuper se ad sententiam usque in judicio permansurum, nov. 55. cap. 2. nov. 96. c. 1. (Vide latius Cujacium ad d. nov. 96.) ac denique, se, si succubuerit, decimam quantitatis libello comprehensæ partem expensarum nomine soluturum; sic ut hæc de decima impensarum nomine cautio, quæ olim obtinebat, ac mediis temporibus in desuetudinem abierat, §. 1. in fine Inst. de pana temere litig. jure novissimo reducta fuerit, novell. 112. cap. ad excutendos 2. auct. generaliter C. de episc. & clericis. Sed in

judiciis hodie cautiones hæ ex parte actoris interponi desierunt; ac si quidem peregrinus sit, alibi suum fovens domicilium, vel alias suspectus, ad summum de impensis litis, casu quo in illas damnaretur, deque reconventionem suscipienda, cavere compellitur; quam de impensis cautionem nonnulli *judicatum solvi* cautionem dixerunt, in quantum sententia judicis comprehenditur, actorem impensas litis temere mota debere subire. Aut si arresto mediante reum in jus vocet actor, de impensis arresti & alimentis detento prastandis, quoties ab eo apparitor prudentior, aut commentariensis, vel hospes, in cujus adibus, apposita custodia publica, asservatur, vel ipse detentus, id ipsum postulaverint. Peckius de *jure sistendi* cap. 42. nu. 5. Neostadius *Curia sup. decr. 1. in med.* Paulus Voet ad §. 5. *Instit. de satisfactis.* nu. 2. Wassenaar *pract. judic.* cap. 1. nu. 64. 65. Christinaus ad *Leg. Mechliniens. tit. 7. art. 19.* Leeuwen *cons. forens. part. 2. lib. 1. cap. 26. num. 19.* Petrus Bort *van arresten* cap. 6. n. 3. & 15. Qua cautione de impensis arresti solvendis prastita, an fidejussor ultra impensas etiam de deterioratione rei arresto detentæ teneatur, dicitur *tit. de fidejussoribus*. Quod si actor peregrinus fidejussorem in loco judicii invenire nequeat, & tamen ex more fori cavere teneatur, maxime in reconventione, ac de cetero honestus sit, juratoriae cautioni videtur permittendus, arg. *novell. 112. cap. 2. instructio Curia Brabantina art. 507.* Christinaus ad *Leg. Mechliniens. tit. 7. art. 19. n. 6.* Pyrrhus Maurus de *fidejussoribus. in præludii sect. 3. cap. 25. num. 21.* aut saltem cautioni pignoratitia, vel fidejussoribus alterius territorii de cetero idoneis admissis, arg. *l. si fidejussor 7. §. 1. ff. b. t.*

2. Reus ex adverso cavet diversimode, prout vel per se, vel per procuratorem voluerit litigare: per se enim, si actionem suscipere paratus sit, actore desiderante cautionem de sistendo interponit, quæ se in jure stitutum, & ad terminum litis in judicio permansurum promittit, §. *sed hodie 2. Inst. de satisfactione*. Datils plerumque in id fidejussoribus, qui & facultatibus idonei sint, & conveniendi facilitate, pro qualitate rei, *l. fidejussor 2. in pr. ff. b. t.* Qua ratione idonei esse non censentur, qui non subsunt jurisdictioni ejus, apud quem reus sistendus est, sive in alterius judicis commorentur territorio, sive in ejusdem judicis territorio degentes fori peculiaris præscriptione muniti sint; nisi privilegio fori renunciaverint, sequæ jurisdictioni illius, ad quem facta in jus vocatio, submiserint, *l. 1. ff. si quis in jus vocat. non ierit, l. si fidejussor 7. ff. b. t.* Quia tamen necessaria est hæc de sistendo satisfactio, prætor quippe jubente interponenda; si quidem non facile possit reus ibi eam præstare ubi convenitur, audiri potest, si in alia ejusdem provincie civitate satisfactionem præstare paratus sit, & de calumnia iusjurandum interponat, *l. si fidejussor 7. §. 1. l. de die 8. §. jubetur 5. ff. b. t.* aliter quam in voluntariis servatur cautionibus, in quibus sibi quisque imputet, quod nulla necessitate pressus ultro sibi ipse imposuit satisfactionis necessitatem, *l. si fidejussor 7. §. 1. ff. b. t.* Sed nec idonei ob conveniendi difficultatem, servi, filii familias ex quibus causis actio de peculio non datur, mulieres Vellejani exceptione tuta, milites, minores, nisi in rem suam fi-

dejubeant, veluti pro suo procuratore. Et si tales dati fuerint, cautum non videbitur, eo quod nec in voluntaria satisfactione est impleta promissio, nec in necessaria iussus prætoris; sic ut ex integro cavendum sit, *l. de die 8. §. 1. 2. ff. b. t. l. qui satisd. 3. ff. de fidejussor. & mandator.*

3. Quod si facultatibus tantum inidonei fidejussores sint, ab actore quidem reprobari jure potuerunt reoque ex adverso idoneos asserente, arbitrat fidejussores probandos constituendus fuit, *l. si vero 5. §. 1. l. arbitro 9. l. si ab arbitro 10. ff. b. t.* sed si sponte admissi fuerint, is, qui eos sua admisit voluntate, iidem contentus esse debet, nec reum ad alios de novo dandos potest adigere: neque enim singulis momentis onere satisfaciendi reus gravandus erat, & est, quod sua facilitati expensum ferat actor, scienter aut ignoranter talium fidejussionem recipiens, quippe qui non debebat ignarus esse conditionis eorum, quibuscum contrahebat, *d. l. si ab arbitro 10. §. 1. ff. b. t. l. 3. ff. de fidejussor. l. si is 3. in fine ff. ut in possess. legat. vel fideic. serv. causa esse liceat, junct. l. qui cum alio 19. ff. de regul. jur.* Differentiæ ratio est, quod pauperino admissio, non possit videri satisfactio in leges incurere, atque adeo nec vitiosa aut nulla esse; cum nusquam pauper invenitur prohibitus contrahere cum aliis aut fidejungere: paupertate vel opulencia habilitatem contrahendi neque augente, neque minuyente, neque mutante: contra vero servos, mulieres & similes intercedere pro aliis jure prohibitum, ut proinde horum fidejussio legibus reprobata, atque ita vitiosa perinde habeatur, ac si cautum non fuisset, *l. quotiens 6. l. de die 8. §. 1. ff. b. t. Plane si eo tempore, quo admittebantur, opulenti fuerint, medio vero tempore calamitas insignis, ac rei familiaris ingens jactura inopinatio fortunæ impetu iis acciderit, causa cognita, ex integro satisfaciendum erit; eo quod prætoris stipulationes sapienter interponenda, ubi sine stipulantis culpa desit cautum esse, *l. si ab arbitro 10. in fine ff. b. t. l. plane 4. ff. ut in possess. legat. vel fideic. serv. l. prætoris 4. ff. de prætoris stipulas.**

4. Sunt tamen, quibus de sistendo satisfaciendi necessitas remissa est, sic ut cautione juratoria defungi possint: ut puta, viri illustres, *l. per. C. de dignitatibus*, bonorum immobilium possessores, enumerati in *l. sciendum 15. passim ff. b. t.* His enim sola invenitur remissa satisfactio, *d. l. 15. in pr.* cui consequens est, ut ad juratoriam cautionem, tanquam proximam a satisfactione, compelli potuerint. Omnemque de eo dubitanti rationem tollit Justinianus in *l. de his, qua 26. §. neque vero 6. C. de episc. audiens.* & Zeno in *l. ult. C. de principibus agentium in rebus*: disponens, scholæ agentium principes in jus vocatos, si quidem in sacratissima urbe vel in provinciis immobiles possiderent facultates, pro tenore generalium edictorum adjuratoria cautioni & substantia sua credendos esse. Licet ab eodem Zenone dein omnibus scholaribus eorumque uxoribus & liberis hoc datum fuerit, ut conventi judicio tantum juratoriam præstarent cautionem, *l. quotiens 3. §. quotiens sane 3. in fine, C. de privilegiis scholarum*, quod & memorialibus, & ministeriis Caesaris indultum legitur, *l. in sacris 12. C. de proximis sacror. scriiniis. l. ult. §. ult. C. de captem-*

vianis & ministerianis. Quorum omnium quæ fuerint dignitates, quæ officia, videri possint Cujacius, Perezius & interpretes alii recentiores ad *d. tituler*, & Pancirollus *notis. utriusque Imperii in locis quamprioribus*; hæc enim explere nostri non est instituti. Illud tamen observandum, in cautione quidem de sistendo illustres & reliquos recensitos a satisfactione immunes esse, & in hunc casum verba legum plerarumque adductarum etiam esse concepta; sed id ad reliqua cautionum genera haud pertinere; hinc, si legatorum aut fideicommissorum nomine cavendum fuerit, responsum ab Ulpiano, semper satisfacere cogendum, cujuscumque dignitatis vel facultatum quarumcumque hæres fuerit, l. 1. §. 1. ff. *ut legat. vel fideic. servand. caus. cav.* Nec hodie penes nos ex eo solo, quod immobilium possessor est, qui convenitur, aut dignitate conspicuus, a satisfactionis necessitate immunitatem sibi vindicare potest, si non sit destitutus satisfaciendi potestate, Groenewegen ad l. 15. ff. b. t. Berlichius *part. 1. conclus. 74. num. 171.* Andr. Gayl. *de arrestis cap. 4. numer. 15.* Jurato denique de sistendo cavent, qui idoneos fidejussores invenire nequeant, ac de hoc ipso calumniæ jurjurandum interponunt, se scilicet fidejussores idoneos haud potuisse invenire, arg. *novell. 112. cap. 2. novell. 134. cap. necessarium 9. l. de die 8. §. pen. ff. b. t. aurb. generaliter C. de episc. & clericis*.

5. Repromittunt tantum de sistendo fiscus & publica, l. 1. §. si ad fiscum 18. l. si quando 6. §. 1. ff. *ut legat. vel fideic. serv. causa cav.* quandoque & clerici. Vide l. cum clericis 25. §. 1. l. omnes 53. §. in hac autem 3. C. de episc. & clericis, *novell. 125. cap. si quis contra 21. §. si quis autem 2.*

6. Ceterum hæc quoque de sistendo cautio rarius hodie in judiciis frequentatur, ac in locum ejus successit, quod peregrinus litigator in jus vocatus domicilium eligere cogitur in territorio judicis, ut illic requiratur ac citetur, quoties opus fuerit, ut multis auctoritatibus probat Groenewegen ad §. 2. *Inst. de satisfactionibus*. Usum tamen etiamnum invenit, si de crimine agatur, vel realis contigerit in jus vocatio per personæ aut bonorum detentionem; non enim ante regulariter laxatur arresti vinculum, quam si idonei fuerint dati fidejussores de sistendo, immediate subiecti jurisdictioni judicis, licet inferioris, velut oppidi vel vici, coram quo litigatur, juxta ante dicta: nisi peregrinis fidejussoribus de cetero idoneis actor velit contentus esse. Consult. Jctor. Holl. *part. 1. consil. 188.* Christinaus ad *Leg. Mechlin. t. 3. art. 7. n. 7.* Pechius *de jure sistendi cap. 45. n. 14.* Ant. Faber *Cod. libr. 2. tit. 39. def. 11.* Radelant. *Cur. Ultrajecti. decis. 66. num. 36.* Groenewegen ad l. 7. ff. b. t. Si tamen in ipso judicii loco domicilium fovens ob peculiare fori privilegium judici, apud quem lis intentatur, subiectus non sit, idoneus tamen censendus erit de sistendo fidejussor, si vel specialiter, vel generaliter renunciaverit fori præscriptioni, arg. l. pen. C. de *passis*, l. 1. ff. *si quis in jus voc. non tueris*. Jacobus Coren *obsero. 39. num. 14. 15.* Et hæc, si is, qui arrestum procuravit, illud prosequatur: si enim intra tempora, ex more cujusque regionis definita, litem ulterius non intentet, vel die constituto petitionem non urgeat, non quidem ipso jure evanescit

arrestis vis, sed absque ulla cautionis interpositione impetraturus erit reus arresti laxationem, & ab instantia liberationem, addere in expensas & id, quod interest damnato. Wassenar *pract. judiciorum cap. 3. num. 14. 15.* Petrus Bort *van arresten cap. 6. num. 21. 26. 33. in fine.* Peckius *de jure sistendi c. 38.* Rebuffius *ad constit. regias tom. 1. de liter. oblig. art. 6. gloss. 3. num. 67.*

7. Quod si fidejussorem invenire nequeat, ad cautionem pignoratitiam arbitrio judicis sufficientem videtur admittendus esse, arg. l. 1. §. *jabet autem 9. ff. de collation. facta* videlicet auri vel argenti vel pecunia allarumve rerum depositione in vicem satisfactionis. Quin imo juratoria cautioni cum hypotheca bonorum immobilium in loco judicii sitorum, committi peregrinum arresto tentum, si se fidejussores invenire non posse juret, judex non inique arbitrabitur. Christinaus ad *Leg. Mechlin. tit. 3. art. 7. num. 8.* Peckius *de jure sistendi cap. 45. n. 8. & 11.* Groenewegen ad l. 15. ff. b. t. Berlichius *part. 1. conclus. 74. nu. 169. 171.* licet alioquin pratorie stipulationes (qualis & hæc) desiderant personas pro se intervenientium, & neque pignoribus neque auri vel argenti aut pecuniæ depositione in vicem satisfactionis contentæ sint, l. *pratoria 7. ff. de pratoriis stipulat.* Plane cautio juratoria cum hypotheca immobilium alio in territorio sitorum non videtur sufficiens ad impetrandum arresti laxamentum; eo quod arresta, quæ jurisdictionis firmanda gratia nunc frequentantur, eo potissimum fine introducta diximus, ut actor domi suæ litigare & a peregrino debitum persequi posset: quo fine excideret, si nova litem sita alibi pignora extra domicilii sui locum persequi teneretur & excutere. Et quæ ratio est, cur non admittantur jurisdictioni non subiecti fidejussores de reo sistendo, ut ante dictum, eadem quoque pro non admittendis pignoribus alibi sibi militat manifeste: præcipue si illis in locis res sitæ sint, in quibus non solet deferri quicquam literis requisitorialibus (ut appellant), neque sententiæ alibi latæ executio ex comitate fit, sed lis in universum de novo & ab ovo, quodajunt, est instauranda, velut in Geldria. Vide Radelantium *Cur. Ultrajecti. decis. 66.* Bort *van arresten cap. 8. num. 12.* Plane, si non adeo magna sit debiti petendi quantitas, & manifesta detenti sit opulentia in loco domicilii, in quo benigne pro rebus alibi judicatis sentitur, & executioni dantur sententiæ alibi latæ, ac jurejurando calumniæ asserere paratus sit, se fidejussores invenire non posse, tentari non sine ratione posset, an non post litem contestatam judex ex causa ipsius juratoris cautioni permittere satis juste possit; eo quod his positis terminis actor domi litem totam ad finem perducit, atque adeo arresti finem seu scopum obtinet; & judicis semper est curare, ne cautiones in duriorum causam, quam actus necessitas postulat, exigantur; neve annuat desideris eorum, qui non tam sibi prospicere, quam frivolis arresti laxationem protelare student, ac carcere non ad detentionis securitatem, sed ad penam & vexationem abuti. Andr. Gayl. *de arrestis c. 3. num. 11.* Bort *van arresten cap. 6. num. 22. & cap. 8. num. 14. 15.* Quicquid ejus rei sit, illud utique expeditum est, regulariter oblata cautione tali, quæ judici debebat videri sufficiens, quamque carpere aut

reprobare actor de jure non poterat, peregrinum detentum dimittendum esse, nec posse ante condemnationem ob civile debitum carcere concludi. Ita cautum in *s. grort Privilegio van Vrouwen Maria van Burgundien aen Hollanden Zeeiland 14. Martii 1476. vol. 2. placitor. pag. 669. fore in med.* & in praxi passim receptum, lippisque notum; si paucos casus excipiamus. Neque enim cautione interveniente laxandus est, qui testimonii in causa aliena perhibendi gratia arresto constrictus est; cum plerumque non nisi calumniose dilationem petat, & veritatis assertionem in tempus aliud rejicere conetur, qui secundum animi sui religionem ac dictamen de veritate respondendo, vel ignorantiam profitendo, in continentii defungi poterat, & se gravamini arresti subducere. Menockius de arbitrar. jud. libr. 2. casu 305. num. 26. 27. Peckius de jure sistendi cap. 45. num. 6. Bort van arresten cap. 8. num. 20. Non etiam, quoties arresto quis est detentus ad impetrandam solutionem debiti, omni ex parte liquidi, dum ad id judicis sententia jam condemnatus erat, vel se debere confessus; si enim pro solutione invito adversario obtunderetur satisfactio de solvendo, eveniret, ut obligationes ex obligationibus fierent, ac vix ullus esset litium finis, contra *l. si se non obtulit 4. §. ait prator 3. ff. de re judic. neque iustum, ut lites semel sententia judicis, aut confessione, quae pro judicato est, (l. 1. ff. de confessis) dirematur, cautionis velamento iterum refricentur ac instaurantur. Et, si ne res quidem suas liberare possit a vinculo pignoris, qui, cum solvere deberet, alia ratione satisfacere paratus est, juxta *l. quod si non solvere 10. ff. de pign. act. l. item liberatur 6. §. qui paratus 1. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solv. multo minus videtur audiendus, si ne satisfactionem quidem, sed tantum satisfactionem offerat ad impetrandum sui ipsius laxamentum, cum mihi sit desistendo satisfacere, quam satisfacere, *l. 1. ff. b. 1. Andr. Gayl. de arrestis cap. 11. num. 8. 9. Sande dec. Fris. lib. 1. tit. 17. defin. 2. Wassenaar praef. judic. cap. 1. num. 20. Jacob. Schultes ad Modestum. Pistoris part. 3. quart. 110. n. 35. & seqq. Schurpfius com. 3. consil. 15. n. 15. in fine, Berlichius pars. 1. conclus. 74. n. 175. ibique plures citati.***

8. Licet autem nonnulli hanc arresti laxationem denegent etiam ei, qui mediante arresto conventus fuit actione injuriarum ab eo, quem injuria affecit; tamen id haud videtur probandum: cum enim injuriam passus nullam criminalem ex moribus instituat accusationem, sed tantum civiliter ad palinodiam, & injuria estimationem pecuniariam agere possit; nihil vetat, & hic cautionem admitti ad impetrandum arresti remissionem. Sive enim pecuniam sive factum recantationis species, constat & pecuniae & facti debitores cautione praestata suo relinqui arbitrio, a detentione immunes; nec dubium, quin factum recantationis certo tandem pretio aestimari possit, ac in id fidejussor damnari, Boerius dec. 515. in pr. Respons. Jctorum Holl. par. 1. consil. 180. vers. *danks voorts*, & ita judicatum Ultrajecti 4. Junii 1674. & confirmatum in appellatione, item 5. Julii 1679. eoque pertinet, quod & criminaliter accusatos, si non agatur ad poenam corporis afflictivam, sed pecuniariam, sub cautione a

publica liberari custodia, receptum est, teste Menochio de arbitrar. jud. libr. 2. casu 305. Jacobo Coren consil. 1.

9. Quod si detento, & cautionem offerenti judices arresti laxationem sua interlocutoria sententia judicaverint denegandam, sive quod cautionem crederent minus sufficientem, sive quod isto in negotio cessare cautionis offerenda potestatem arbitrarentur; liberum reo erit ab ea, tanquam irreparabilem lesionem continente, appellationem interponere, ut, causa cognita, auditisque partibus, de denegata arresti remissione judicetur. Ut enim non levis latio aut injuria est, duci in jus eum, qui satis idoneam cautionem obtulit; ita non minor, retineri eum jam constrictum, securitate oblata, *l. si vero 5. §. 1. ff. b. 1. juncta l. ante sententiam 2. ff. de appell. recip. vel non l. arbitrio 9. ff. b. 1. Responsa Jctor. Holl. par. 1. conc. 180. & par. 5. cons. 122. Si tamen curia Hollandiae decretum arresti interposuerit, sed illud necdum executioni datum sit, arrestandus ab illo decreto appellare potest, nec tenetur causas apud curiam decernentem exponere, sed post appellationem apud judicem superiorem; quod secus est in inferioribus judiciis. Vide Bort van arresten cap. 8. num. 54. & seqq. usque in finem. Quod si, cautione idonea per judicem admissa, & interposito de laxatione arresti decreto, actor non appellaverit, atque ita postmodum in damno hereat, non potest de indemnitate contra judicem experiri, quoties is fraude caret; tum quia idoneum pronuncians, qui non est talis, in facto magis, quam jure errat, in quo & prudentissimis condonandum est, arg. *l. 2. ff. de jur. & fact. ignor. tum quia usu receptum est, judices male judicantes litem suam non facere, nisi manifestus eorum probetur dolus. Neostadius Curia supr. dec. 61. Plura de appellatione in causa arresti vide apud Mævium de arrestis cap. 21.**

10. Ceterum, licet jure novo Romano neus ipse praesens tantum de sistendo cautionem interponere debuerit, non item de judicato solvendo, sive in personam, sive in rem actione conveniretur, *§. sed hodie 2. Inst. de satisfactione*. ita tamen multis in locis, illis praecipue, in quibus frequentius est mercaturae exercitium, nunc usu invaluit, ut, quoties mediante arresto peregrinus quispiam jurisdictionis firmandae gratia in jus vocatus est, non aliter laxetur arresti vinculum, quam si & de sistendo, & de judicato solvendo cautionem praestiterit; non sufficiente sola de sistendo satisfactione, ne alioquin de industria lis per arrestatum, & de sistendo tantum caventem, protraheretur, interimque morte sistendi interveniente, cautionis de sistendo vis omnis evanesceret, Andr. Gayl. de arrestis cap. 2. n. 12. Christinus ad Leg. Mechliniens. tit. 3. art. 6. num. 2. 8. Petrus Peckius de jure sistendi cap. 45. num. 3. & 7. in fine, Petrus Bort de arrestis cap. 8. num. 4. & seqq. ad n. 12. Berlichius part. 1. conclus. 74. num. 163. Sande dec. Frisic. lib. 1. tit. 17. defin. 2. Carpzovius defin. forens. part. 1. constit. 50. defin. 19. in fine, & d. part. 1. consil. 29. defin. 40. in pr. Quanquam & ipsa de judicato solvendo hodie minus frequentata est, nisi litigantium alteruter peregrinus sit, aut paupertinus, aut de fuga suspectus; Groenevvegen ad §. 4. Inst. de satisfactione.

& ibi plures DD. etiam, Paulus Voss ad §. 5. *Instit. de satisd. m. 2.* An vero cautio utraque de sistendo & judicato solvendo jungenda sit, an sola de sistendo sufficiat, uti & in universum quo modo cavendum sit, ex usu cujusque loci, in quo impetrandum est arresti laxamentum, & cautio præstanda est, definiendum, arg. §. *pen. Et ult. Instit. de satisd.*

11. Distat autem cautio judicatum solvi a cautione de sistendo, non in hoc tantum, quod de sistendo cautio morte rei evanescat, *l. si decessoris §. ff. de s. t.* non item de judicato solvendo; cum solutio post mortem rei impleri possit, nisi mortuus non possit, arg. *l. 1. C. de fidejuss. Et mandatorib.*, sed & in eo, quod de sistendo fidejubens non teneatur amplius post sententiam ex vi cautionis; at omnino obstrictus maneat ad solvendum, qui de judicato solvendo spondit; quo respicit Ulpianus in *l. Graeco §. Et post 5. in fine ff. de fidejussoribus*; cum distinguit inter fidejussorem actionis judicati, quem & totius causae fidejussorem appellat; & fidejussorem tantum liti executionis. Et licet de judicato solvendo non ipsi tantum rei, sed & præcipue defensores reorum cavere teneantur, dum nullus aliena rei defensor idoneus sine hac satisfactione intelligitur, §. *si vero aliquis §. 5. Instit. de satisd.* etiamsi esset conjuncta persona, *l. filius familias §. ff. b. t. qui satisd. cog. l. exigendi 12. C. de procuratoribus*, imo ad hanc cautionem interponendam quodammodo ipsi quoque auctores secundum ante dicta obstricti sint; & de hac cautionis specie occurrit titulus in libro 46. Pandectarum, quia tamen nunc frequenter eam juxta cautioni de sistendo diximus, non abs re erit, ejus translationem hoc loco accipere, præsertim, cum ex ante expositis hac cautio pro parte explicationem recipere possit. Quibus enim modis cautio de sistendo interponi debet, & vel tanquam idonea admittenda est, vel, tanquam minus sufficiens, reprobanda; eisdem quoque modis eam, quæ est de judicato solvendo, interponi oportet, & sufficientem vel vitiosam æstimari.

12. Illud silentio haud prætereundum, plures coheredes vel socios ejusdem liti consortes pro se invicem de judicato solvendo fidejubere posse, mutas fidejussiones, nec ab adversario reprobationem debere metuere, si de cetero idonei sint facultatibus ac conveniendi facilitate: neque enim eo casu quisquam sui ipsius, sed alter alterius fidejussor est, arg. *l. pen. ff. de tut. Et curat. dat. ab bir, Johan Papon. lib. 10. tit. 4. arrest. 6. Gratianus discip. for. cap. 230. n. 16.*

13. Neque ab hac cautionis præstatione immunes sunt parentes a suis liberis in jus vocati; quippe quorum reverentiæ hoc quidem datum, ne sine venia in jus vocari possint; at nusquam remissa de judicato solvendo cavendi necessitas; imo ut ad interponendam de sistendo cautionem recte adiguntur, *l. fidejussor 2. §. prator ait. 2. ff. b. t. l. 1. ff. in jus vocati ut eant aut satis vel cautum dent*, ita quoque ex majori ratione ad eam, quæ est de judicato solvendo; ne alias in ipsorum potestate esset, elusoria reddere judicia adversus se intentata, quod ne fieret, hæc cautio adinventæ est, *l. 1. §. 1. ff. de pratoris stipulat.* neque tantum debuit reverentiæ tribui, ut præjudicium fieret judiciorum firmita-

ti. Et licet quali quali fidejussore dato de sistendo liberi jubeantur contenti esse in *dd. 11. id tamen ad cautionem de judicato solvendo non videtur sine lege porrigendum, Carpovius defin. forens. pars. 1. constit. 5. defin. 22.* Si tamen tutores aut curatores pupillorum adulterorumve in judicio conventorum defensionem suscipiant, nulla cautione pro litis eventa, seu de judicato solvendo, onerandi sunt; cum nec ipsi unquam in bonis suis executionem rei judicatz patiantur: sed data ipsis licentia est obligandi pro judicato bona minorum, quæ administrant, ne impetrato quidem ad id decreto, *l. ult. §. de fensionem 3. C. de administrat. tut. l. 1. §. 2. arg. l. vulgo 23. ff. de admin. Et peric. tutor.* Brunmannus ad *d. l. 1. n. 6. Gratianus discip. forens. c. 223. n. 32.*

14. Hujus autem cautionis judicatum solvi plures esse clausulas seu partes innuit *Imp. in §. si vero aliquis §. Instit. de satisfactione.* Et Ulpianus eam tres clausulas in unum collatas habere auctor est; quarum prima est de re judicata, id est, de solvendo eo, quod judicis sententia comprehensum fuerit: altera de re defendenda boni viri arbitratu; tertia, de dolo malo, id est, dolum malum abesse & abfuturum esse, *l. judicatum §. l. cum quærebatur 13. l. novissima 19. ff. judicatum solvi.* Continetque hæc cautio, inspecto quidem initio, ac tempore interpositionis, incertam quantitatem, quatenus tunc incertum fuit, an, & ad quid iudex esset post causæ ventilationem condemnaturus, *l. pratoria 2. §. incertam 2. ff. de pratoris stipulat.* sed spectato litis exitu, & tempore latæ sententiæ, expeditum dicitur habere quantitatem; dum in tantum committitur, in quantum iudex pronunciaverit, *l. judicatum §. ff. judicatum solvi.*

15. Vis hujus cautionis recte interposita est, quod quantum ad eam partem, quæ de re defendenda, & dolo malo concepta est, etiam ante sententiam committatur, & ex ea agi possit, quoties vel dolum intressit, vel res non est loco debiti in solidum defensa, *l. ex clausula 17. junct. l. jam tamen 5. §. ult. l. novissima 19. ff. judicatum solvi*; sed quatenus de judicato solvendo agit, non nisi post sententiam committi possit; cum naturali ratione incertum ante sit, quid quantumque petendum foret. Reo ergo condemnato, fidejussor ex sua promissione conveniri potest in id, quod judicatum est, adeoque non tantum ad rem ipsam litigiosam, in quam facta condemnatio, sed & ad impensas litis, ac id quod interest; si hæc quoque sententia contra reum lata comprehensa, & ita adversario adjudicata sint; in tantum enim committi stipulationem de judicato solvendo, in quantum iudex pronunciaverit, ab Ulpiano traditum *l. judicatum §. ff. judicatum solvi*, & in quantum judicaverit, *l. pen. ff. judicatum solvi*, Hippolytus de Marsiliis de fidejussoribus. n. 187.

16. Quamvis autem dilationes solvendi condemnatio per leges concessæ, veluti mensium quatuor, ipsis quoque de judicato solvendo fidejubentibus competant, *l. 1. §. ff. judicatum solvi, l. ult. §. ult. C. de usuris rei judicata*: tamen singularia quadam in hiæ recepta: non enim ordinis gaudebant beneficio, etiamsi nominatim suis iuribus tempore fidejussionis haud renunciaverint. Nam, cum hæc cautio interponatur judicii causæ, ut illud ratum fiat, *l. 1. §. 1.*

ff. de pratoris stipulationibus, maxime vero ratum futurum sit, cum paratissimam & promptissimam executionem habet; videri potest ex mente pratoris, cautionem præstari jubentis, tacite inesse renunciatio illorum jurium, quibus judicari firmitas retardaretur. Prætoris enim est hujus stipulationis interpretationem facere, neque tam contrahentium, quam prætoris ipsius jubentis mens in hujus generis cautionibus spectanda est, *l. in pratoris 9. ff. de pratoris stipulatione*. sic ut contrahentes in his neque immutare quicquam, neque addere, neque detrabere possint; sed tantum de mente prætoris sensum legemque accipiat, quæ gesta sunt, *l. in conventionibus 52. ff. de verbor. obligat.* Et quamvis jure Romano, si plures de judicato fidejussissent, divisionis beneficio non fuerint destituti, *l. si ex duobus 14. l. in judicatum 16. ff. judicatum solvi*; tamen & hoc ipsis passim fere, ad exemplum beneficii ordinis, denegari invahuit, Ant. Faber *Cod. lib. 8. tit. 28. defin. 9. Johan. Papon lib. 10. tit. 4. arrest. 1. & in appendice d. tit. 4. arrest. 7. Louet en ses arrest. lit. F. arrest. 23. respons. Jctorum Holl. pars. 3. vol. 2. consil. 18. n. 1. Groenewegen ad l. ult. §. 1. C. de usuris rei judic. Paulus Voet ad §. 4. Inst. de fidejuss. num. 5. Berlichius pars. 3. conclus. 24. num. 125.*

17. Ex eodem fundamento, quod quantocius sententia & firmitatem habere ex cautione, & effectum sortiri debeat, videtur profuixisse, quod in plerisque tribunalibus receptum videas, sententiam contra reum latam sine nova lite protinus in fidejussorem, de judicato solvendo datum, executioni mandari posse: quod quamquam in aliis fidejussoribus non ita obtinet; tamen non sine ratione in cautione de judicato solvendo probatum puto: cum non nisi calumniosa possit videri atque moratoria talis fidejussoris contraditio, postquam ex sententia judicis, contra reum lata, manifestum fuit redditum, quid ille, quid fidejussor debeat; nec sine necessitate aut utilitate lites multiplicandæ sint, nullum ex parte fidejussoris, certo certius debentis, habituræ triumphum. Unde & Anton. Faber *Cod. lib. 8. tit. 28. defin. 8. contrariam amplectens sententiam, fatetur ipse, non esse de jure victoris jam cognito iterato cognoscendum, quod id esset actum agere; sed litem fidejussori de novo movendam esse, ne ab executione incipiatur. Quæ ratio quam debilis hoc in casu sit, vel inde patet, quod d. defin. 8. fidejussorem de sistendo sine nova lite executionem jure pati, ipse statuit. Vide Sande *dec. Frisic. lib. 3. r. 10. def. 3. Christinzum vol. 2. decis. 145. n. 5. Mævium de arrestis cap. 22. num. 29. & seqq. Groenewegen ad l. ult. §. 1. C. de usuris rei judicata, Mynsingerum, Rebuffum, Guidonem Pap., Radelandium, & alios ibidem in unum collatos. Sed ut ipse sine nova lite executionem patitur vi sententiæ contra reum latæ; ita & ipse rursum ex ejusdem rei judicatæ auctoritate contra reum principalem regressum habet, executione in eum abque ulla prævia mandati actione dirigenda, perinde ac si in ipsum fidejussorem translatus esset omne exsequendi jus victori jam dimisso quæsitum, Rebuffus ad consil. reg. tom. 1. de literar. oblig. art. 6. gloss. 3. num. 35. & seqq. Mævius d. cap. 22. num. 33. 34.**

18. Cessat tamen obligatio fidejussoris de judicato solvendo intervenientis, quoties actor, dum per-

peram libellum petitionis conceperat, eundem post interpositam hanc cautionem mutat, renuncians instantiæ ex usu fori: sive actionem aliam pro alia substituat, sive rem aliam in judicium deducat: in quantum enim mutatio facta est, verum est, de alia re judicari, quam de qua cautum est, *l. cum quærebatur 13. §. ult. ff. judic. solvi, l. non ab judice 64. §. 1. ff. de judicis, Sande *dec. Frisic. lib. 3. tit. 10. defin. 3. Idemque statuendum, si actoris aut rei persona mutata sit, l. si ante 7. ff. judicatum solvi l. 1. §. ult. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solv. cum fieri possit, ut quis certus, Titium non debere, vel si deberet, solvendo esse, facile pro eo judicatum solvi promissurus sit; qui, alio convento, cujus negotia & facultates non adeo exploratas habet, spondendi onus foret probabiliter declinatorius. Cui accedit, quod in principia juris incurreret, pro eo obligari, pro quo non fidejussisset, vel ei obstringi ex fidejussione, cui stipulanti non promississet te soluturum, arg. §. si quis alii 4. & §. alteri 19. Inst. de inutil. stipulat.* quamvis enim subinde quem alteri per suam stipulationem acquirere obligationem jura sinant, *d. §. 19. & 20. idque hodie frequens sit; tamen non aliter id procedere constat, quam si eo fuerit animo stipulans, ut non sibi, sed alteri obligationem acquirat: qualis in casu nostro concipi nequit mens stipulantis.**

19. Cessat denique obligatio fidejussoria pro judicato, si judicis persona mutata sit, dum quis apud judicem Titium acturus cautionem accepit, & apud alterum dein agit; quia non hujus judicis sententiæ fidejussores se subdiderunt, *l. si quis apud 3. in princ. ff. judicatum solvi*, cui consequens est, ut, si quis arresto detentus, ad laxationem impetrandam cautionem de sistendo, simulque de judicato solvendo ex multarum regionum usu juxta ante dicta præstiterit; dein autem exceptioni fori declinatoria opposita (quod fieri posse dictum *tit. de jurisdictione*) ad judicem alium, puta, domicilii, aut privilegiorum, militarem, academicum &c. remissus fuerit, cautione nullo modo fidejubentem pro alterius judicis judicato sine fidejussionis repetitione adstringi dicamus. Sed an is, qui in prima instantia fidejussit judicatum solvi, appellatione interposita etiamnum pro judicato judicis superioris obstrictus maneat, dubitatum est. Distinctione rem totam expediri posse censeo. Si enim in prima lite reus succubuerit, & appellatione interposita judicis inferioris sententiam superior confirmaverit, sive in totum, sive pro parte: fidejussor procul dubio obstrictus erit, quo usque confirmatio secuta est; eo quod non tam ex secunda, quam potius ex prima sententia tota iudicati actio & obligatio descendit, adeoque ex facto seu pronuntiatione illius judicis, apud quem cautio fuerat interposita. Unde & confirmatam sententiam a judicibus inferioribus executioni mandari posse, dicitur *tit. de re judicata*. Si vero in prima lite reus absolutus sit, & actore appellante, contra reum a superiore judice pronuntiatum; non teneri fidejussorem in prima lite datum de tali judicato, respondit Scavola in *l. pen. ff. judicatum solvi*; verum enim est, fidejussoræ sese non subiecisse sententiæ hujus judicis appellati; quod requirebatur, ut fidejussor esset devinctus, *d. l. si quis apud 3. ff. judicatum solvi*. Et hoc ita, sive fidejubens nominatim judicis

expressionem fecerit, sive simpliciter de iudicato solvendo promiserit. Cum enim actus agentium operari non debeant ultra eorum intentionem, & pratoris stipulationes potissimum ex gente pratoris eas in iungentis interpretationem recipiant, *l. in pratoris 9. ff. de prator. stipul. l. in capere in alibus 52. ff. de verbor. oblig. nec ullo modo probabile sit, iudicem, huius cautionis prastationem iubentem, alieno iudicio, sed suo velle firmitatem procurare, multoque minus isti iudicio, per quod proprium iudicatum subverteretur, omnique privaretur firmitate, sponte sequitur, cautionis vim omnem primi iudicii terminis concludendam esse, nec ex appellatione per petito rem facta ad superius iudicium porrigendam, ut hic aliter nonnulli sentiant; vid. Responsa. Jctor. Holl. part. 4. cons. 122. & part. 3. volum. 2. cons. 18. num. 5. & part. 5. cons. 239. Thesaurus dec. 202. Jacobus Coren obier. 34. nu. 10. 25. & seqq. Boerius dec. 315. Christinus vol. 2. dec. 145. num. 14. 15. Cancernus var. resol. part. 2. cap. 5. nu. 91. & seqq. Fachineus controver. lib. 8. capit. 37. Henr. Kinscho resp. 89. confer dissentientem ex parte Cabalum resolut. crimin. casu 109. Sed tollenda dubitationis causa consultum est, cautionem hanc in universum concipi, de solvendo eo, quod extrema sententia iudicatum fuerit, iuxta *d. l. pen. ff. iudic. solvi*, Petrus Bort. de arrestis cap. 2. num. 9. 10.*

TITULUS IX.

Si ex noxali causa agatur, quemadmodum caveatur.

SUMMARIA.

1. Quomodo caveant domini, fructuarii, & similes, si ex noxali causa agatur?
2. An teneantur, si servum manumissum sistant? & quid iuris, si de pena corporali ipsi servo infligenda agatur?

1. **S**i ex noxali causa agatur, prator caveri jubet, servum in eadem causa exhibitum iri, in qua nunc est, ne actoris jus reddatur deterius. Per solam enim in jus vocationem servus non fit litigiosus, & ideo adhuc vendi posset potentiori aut alterius fori adversario, vel alteri noxae dari, in actoris detrimentum *l. 1. pr. & §. 1. ff. b. t.* Si plures sint domini, & unus noxali conveniatur iudicio, non pro parte sua, sed in solidum cavere debet, uti in solidum tenetur defendere: quod & in fructuario eodem modo receptum est, *l. si cum usufruct. 3. 4. ff. b. t.* licet enim nullus horum cogatur servum defendere, dum usufructum aut proprietatem derelinquere paratus est, arg. *l. si servus 8. ff. de noxalib. action.* tamen, si id nolit, in solidum defendendi necessitas imposita est, *d. l.*

2. Qui autem post hanc cautionem interpositam servum manumittit, & liberum sistit, cum esset noxali iudicio conventus, in cautionem non committit; cum deterius non videatur reddidisse, sed potius meliorem adversarii conditionem, *l. pen. in fine ff. b. t.* quippe cui deinceps directa adversus manumissum actio in solidam poenam datur, sine noxae deditione; licet enim servi post manumissionem ex suis contractibus durante servitute initis conveniri

Voss ad Pandect. Tom. I.

nequeant; ex delictis tamen in servitute perpetratis obligari remanens, *l. servi 14. ff. de oblig. & action.* Aliter quam obtineret, si de corporali poena ipsi servo infligenda quaestio esset: cum enim aliter liberi, aliter servi puniantur, non recte sisteretur liber factus, *d. l. pen. ff. b. t.* Et licet poena servilis propter crimina in servitute commissa etiam post datam libertatem irroganda sit, *l. 1. ff. de panis*; tamen in eo saltem ex manumissione deterius reddi videtur actoris conditio, quod probare teneatur, tempore delicti perpetrati in servili conditione fuisse eum, qui illud commisit, ut poena servilis inferri possit. Si tamen in causa criminali statuliberum qui sistere promiserit, & liberum sistat, in eadem videbitur stitisse causa, eo quod implicitus ei fuerit libertatis casus, *l. ult. ff. b. t.*

TITULUS X.

De eo, per quem factum erit, quo minus quis in iudicio se sistat.

SUMMARIA.

1. Qua sit poena unius aut plurium dolo agendum, quo minus actor vel reus se sistat?
2. An restituenda actori sit actio, qua perit, si tertius, qui dolo fecit, solvenda non sit?
3. Quid iuris, si & actoris & rei doli intervenierit, vel solius actoris?
4. In quibus differat actio hoc titulo proposita, ab ea, qua est in huius libri tit. 7.

1. **S**i per alterius dolum (non culpam) factum fuerit, quo minus quis in iudicio se sistat, qui ad sui copiam faciendam obstructus erat, sive actor, sive reus; actio in factum intra annum datur non actori tantum vocanti, sed & reo vocato, *l. 1. §. 1. 2. 3. ult. l. ult. §. 2. ff. b. t.* nam & vocati interest, tum, ne sapius ab aliis negotiis & re familiari avocetur, a quibus plerumque sine latione abesse nequit; tum etiam, quia vocanti tenetur ad poenam, vel id, quod interest, quod se non stiterit, cum propter detentionem a privato factam reus non excusetur, *l. 2. §. ult. ff. si quis caution. in jud. sist. caus. facti.* Competit vero adversus eum, qui per se vel alium hoc dolo fecit, sive retinendo, sive triste quid nunciando *d. l. 1. §. 1. 2. ff. b. t.* e jusque haeredes, quatenus ad eos pervenit, *d. l. 1. §. ult. ff. b. t.* ad id, quod interest, *l. ult. pr. ff. b. t.* Unde si plures id dolo fecerint, unius prastatione ceteri liberantur: actor enim, dum id, quod interest, exigit, magis damni reparationem, quam poenam persequitur, *l. 1. §. si plures 4. ff. b. t.* licet in eo, quod interest, subinde comprehendat possit ipsa rei petita quantitas, dum inter moras reus petite rei dominium tempore acquisivit, aut actione liberatus est, *l. ult. & pr. §. ult. ff. b. t.*

2. Si tamen tertius, cuius dolo reus se non stitit, solvendo non sit, & actio interim praescriptione extincta sit, actori contra reum restitutoria actio competit; id est, actio, quae lapsu temporis evanuerat, ex equitate restituitur, ne reus ex alieno dolo lucrum sentiat, actor damnum, *l. ult. §. plane 1. ff. b. t.*

3. Quod si actor dolo rei, & reus actoris dolo se

non stiterit, dolus cum dolo compensatur, l. ult. §. pen. ff. b. i. cum enim hic tantum de lationis privata reparatione, & eo, quod interest, lesis applicandatur, crimina posse mutua pensatione tolli receptum fuit, l. viro 39. ff. soluto matrimo. Si reus solus dolo actoris impeditus sit, nec tunc actor reo ex hoc edicto tenetur: cum reo sufficiat exceptio actori ad penam agenti opponenda l. i. §. si reus ff. b. i.

4. Differt autem actio hoc titulo proposita ab ea, quæ est in titulo septimo. Hic enim dolus coarctatur; ibi vis. Hic actor & reus agere possunt; ibi solus actor. Hic agitur, sive reus non venerit, sive actor; ibi tantum, si reus se non stiterit. Hic petitur id quod interest; ibi mera pena. Hic non solvante liberantur reliqui; ibi non item. Denique hic ipse impeditus agere potest, si modo ab extraneo impeditus sit. Adde Cujacium libr. 10. observ. 10.

TITULUS XI.

Si quis cautionibus in judicio sistendi causa factis non obtemperaverit.

SUMMARIA.

1. Quid sit vadimonium deserere? Quid si deserant illi, qui non jure vocati, puta, minores?
2. Deserto vadimonio, actor jure Romano non potuit definitivam petere sententiam, sed penam promissam, vel id, quod interest: contra, ex novella Leonis. Cujus temporis interesse spectatur, & quid juris, si, qui duos sistere promissa, unum tantum sistat?
3. Cessat actio ad penam, vel id, quod interest, si reus ante diem sistendi mortuus sit; etiam post diem sistendi in actione injuriarum.
4. Si pupillus, cujus tutor caverat, mortuus, vel beredatus, cujus nomine conveniebatur, abstinuit sit. Ex quibus si reus postea se sistat, cum necdum actoris jus esset factum deservit?
5. Enumerantur plures justæ causæ, ex quibus reus, se die dicto non sistens, excusatur.
6. Quo usque ex hodierno jure de contumacia & mora actorum & reorum tractari possit? Tribus citationibus contentis, reum contumacem fieri. Quid juris de quarta citatione, & an reus tunc adhuc audiri debeat?
7. Enarrantur causæ, quibus vel una, vel geminata citatio sufficit.
8. Actore non veniente, ad quid reus contendere possit tum in prima, tum in appellationis lite?
9. Non difficietur ante sententiam ex probabilibus causis admitti purgatio mora & contumacia, saltem mediante restitutione; ac difficietur post sententiam definitivam.
10. Quid juris, si is, qui deficiebat, post decretum defectus mox se sistat, iudice adhuc pro tribunali sedente?
11. Etiam pro deficiente habendus, qui se quidem sistit, sed non agit ea, quæ agenda sunt.
12. Non, censetur deficere, qui se statim tempore ac loco sistit, si alio in loco is actus expediat: nec is, qui se non sistit, cum nec adversarius se sisteret, utrimque mora compensata.
13. Nec qui vocatus est ad iudicem jure communi

incompetentem, secus si tantum ex privilegio incompetentis sit. Hinc non priori, sed posteriori tantum casu potest reo exceptio fori declinatoria post primum defectum.

14. Nec, qui citatus in diem ulteriorem, citiore die se sistit, impetrata per libellum dici anticipandi licentia. Quæ anticipatio quando utilis sit, declaratur.
15. Nec qui se sistit per procuratorem; nisi in criminalibus, quandoque & in civilibus, iudex nominatim ipsius citati præsentiam requisiverit; quod tamen non facile decernendum.

1. QUI cautione de sistendo interposita sese non sistit, vadimonium deserere dicitur; (de cujus denominatione latissime Budzus ad Pand. ad l. 2. ff. de orig. juris sol. 21. 22. Ravardius ad leg. 12. tabul. cap. 5. pag. 29. & 1099.) etiam si se actione illa temporali, quæ conveniendus est, ob lapsum temporis, & præscriptionem liberatum putet, si modo id quodammodo sit dubium, & inquisitione ulteriore indigeat, l. si cum 10. in princ. ff. b. i. Si tamen per eos de sistendo cautum sit, qui nec agere poterant, adeoque legitimam non habebant personam standi in judicio (quales impuberes, minores & similes sine curatore) & hi deinceps si non sistant, vadimonium deseruisse dici nequeunt, cum tota cautio frustranea & nulla sit, l. fidejussor 2. §. si quis 1. ff. qui satisd. cog.

2. Deserto autem per reum vadimonio, actor non videtur contra reum absentem potest definitivam impetrare sententiam, cum nondum lis contestata esset. Licet enim, actore absente, ac tribus edictis citato, reus post annum petere poterit, causam absente actore cognosci ac terminari, nov. 112. c. omnem vero 5. actori tamen, cujus in multis deterior quam rei causa est, id nusquam a Justiniano datum; sed demum a Leone, Novell. Leonis 108. Magis ergo ex Jure Justiniano, in tali casu actor tantum a prætoris in possessionem bonorum rei mittitur, novell. 53. cap. si vero samel h. l. prætor ait 2. ff. quib. ex caus. in posses. eatur, atque insuper tam reus ipse, quam datus per eum de sistendo fidejussor, tenetur certi conditione, si pena certa promissa sit; vel, si prætermissa sit pœne adjectio, ad id, quod interest, æstimatione facta ejus temporis, quo reus sistendus erat, etiamsi eo tempore, quo ad id, quod interest actio instituitur, desierit agentis interesse, l. qui autem 12. §. 1. ff. b. i. l. ult. ff. si quis in jus vocat. non ierit, l. fidejussor 2. §. ult. ff. qui satisd. cog. Licet enim circa æstimationem regula invenitur tradita, juxta quam in bonæ fidei judiciis tempus rei iudicatz, in stricti juris litis contestatz tempus spectandum dicitur, l. sed mihi 3. §. in hac 2. ff. commodati; quia tamen illa tantum locum habet, quoties nulla temporis adjectio facta est, ut nos sit. de condit. triticaria monstrabimus; ad questionem præsentem haud pertinet, in qua certum sistendi tempus expressum est. Quod si duos quis sisti promiserit, unum sistendo non liberatur, l. ult. ff. in jus vocati ut eant, aut satis vel caus. domi; & licet summo jure ad penam integram eo casu obstrictus sit, quia verum est, secutum non esse facti promissi implementum, arg. §. ult. Inst. de verbor. obligat. l. stipulatio ista 53. §.

alteri 17. in fin. ff. de verb. oblig. opposita tamen doli mali exceptione tantam poenae partem praestat; l. si serous 9. §. 1. ff. b. t. aliter obtineret, si nulla fuisset poena apposita, atque ita tantum ad id, quod interest actio comparata esset; tunc enim quanto minoris interest, unum tantum sistisse, tanto quoque minoris esset facienda condemnatio; eo modo quo id & in cautione de rato receptum, cum pro parte tantum rati habitio secuta est, l. si procurator 18. ff. ratam rem haberi. Ceterum jure novo non protinus post lapsum diei fidejussor ad poenam, aut id, quod interest, solvendum compellitur; sed indulgentiae ei aliae similes prioribus ad sistendum induciae, non tamen longiores sex mensibus, intra quas si reum sistat, satisfecisse videbitur; eodem modo, quo & satisfecerit, si rei sistendi defensionem post primi temporis indulti lapsum, ante finitas inducias repetitas, suscipere voluerit, ac ad finem perduxerit, l. sancimus 26. C. de fidejussoribus & mandatoribus. Ant. Matthaeus de criminibus lib. 43. tit. 14. cap. 2. n. 18.

3. Cessat tamen poena aut ejus, quod interest, exactio, si lis interim transactione sopita sit, l. non exigimus 2. in prim. ff. b. t. aut reus ante diem sistendi damnatus fuerit morte aut exilio, l. si decesserit 4. ff. qui satisd. cog. l. sed & si 4. pr. & §. 1. ff. b. t. aut sit mortuus; nisi dolo promissoris perierit, l. si decesserit 4. ff. qui satisd. cog. l. si reum 10. §. homo 1. ff. b. t. Quod si post diem sistendi decesserit, fidejussor ex stipulatione semel commissa obligatus manet, & utiliter conveniri potest d. l. si decesserit 4. ff. qui satisd. cog. l. sancimus 26. C. de fidejuss. nisi principalis actio talis sit, ut contra rei haeredes non transeat, sed morte ejus extinguatur; licet enim regulariter ex stipulatu actiones semel natae ad haeredes transeant, ac in heredes continentur; tamen, si in actione injuriarum (quae lite nondum contestata per aitoris aut rei mortem evanescit) fidejussor ante litem contestatam de sistendo caverit, & die sistendi pratorio vel actor vel reus moriatur ante litem contestatam, non ultra fidejussor obstrictus erit, nisi tam diu post lapsum sistendi tempus supervixerit reus sistendus, ut, si die conditio venisset, potuisset etiam cum eo deinceps lis esse contestata, l. si cum 10. §. qui injuriarum 2. ff. b. t.

4. Cessat quoque, si, cum tutor, pupilli nomine conventus, de sistendo cavisset, pupillus ipse mortuus fuerit, vel adoleverit, vel hereditate, ob cujus additionem tenebatur, abentibus sit, etiamsi post mortem factam, l. ult. ff. b. t. junct. l. tutor pro pupillo 23. ff. de administr. & pericul. rer. Idemque est, si non constituto quidem tempore, sed postea reus venerit, cum necdum ex mora jus aitoris esset redditum deterius, l. & si post 8. ff. b. t. quamvis enim in stipulationibus poenalibus, ex libera contrahentium voluntate sine pratoris imperio interpositis, id vulgo obtineat, ut non quaeratur, utrum intersit, nec ne; ac poenae persecutio etiam ei detur, cujus nihil interest, l. stipulatio ista 38. §. alteri 17. in mod. ff. de verbor. obligat. neque regulariter mora purgetur per subsequutam postea obligationem, postquam semel propter adjectum obligationis diem moramque in solvendo factam jus ad poenam acquisitum fuit, l. trajecitina 23. ff. de oblig. & act. l.

Celsus ait 23. & l. 24. ff. de recept. qui arbit. recep. aliter tamen receptum in istis, quae jussu magistratus interponuntur, quippe quas, uti prator fieri jubet, ita factas ex sua jurisdictione interpretatur ac moderatur ex aequitate, arg. l. 1. §. pen. & ult. ff. de pratoris stipulat. l. in conventionalibus 52. ff. de verbor. oblig. junct. l. si fidejussor 7. §. 1. ff. qui satisd. cog.

5. Praecipue vero cessat poena, aut exactio ejus quod interest, quoties reus sine sua culpa venire constituto die non potuit, justam allegans impedimenti causam; si modo postmodum impedimenta cessant, se sistere paratum profiteatur, arg. l. quid tamen 21. §. si quis ex 9. ff. de recept. qui arbit. recep. neque enim interveniente impedimento legitimum litigator in universum ab observatione judicii liber erat, sed magis ex praecepto legis duodecim tabularum dies judicii diffundebatur, id est, differabatur, l. 2. §. si quis iudicio 3. ff. b. t. Ravardus ad leg. 12. tabul. cap. 5. pag. mibi 24. & 25. Iustae autem causae recensentur potissimum haec, si quis municipalis muneris obeundi, aut testimonii in iudicio perhibendi necessitate, vel valetudine, tempestate, vi fluminis, furore, detentione publica jussu magistratus facta, funere domestico, absentia reipublicae causa, aliisque similibus impeditus fuerit, l. non exigimus 2. §. 1. & seqq. usque ad finem, l. sed & si 4. §. 1. in fine §. 2. 3. l. si is, qui & ff. b. t. Si modo non specialiter quibusdam causis renunciatum fuerit, d. l. sed & si 4. §. quatuordecim 4. ff. b. t. & causae haec non fuerint dolo malo affectatae, vel manifesta rei in hac causas incidentis negligentia ac culpa non appareat; in quibus arbitrio judicis locus est, ut pluribus Ulpianus prosequitur in d. l. non exigimus 2. §. si quis tamen 8. & 9. ff. b. t. Illud observandum, sufficientem non esse excusationis causam, si quis a privato detentus fuerit; quippe quo casu si ob vadimonium desertum in damno haerent, regressum adversus detentorem ad id, quod interest, est habiturus, d. l. 2. §. ult. in fine l. 3. ff. b. t.

6. Et hac quidem haecenus secundum Romani juris dictata. Ceterum, quamvis hodie quot tribunaalia, totidem prope diversi sint & variantes in variis iudiciorum ordines, impositaeque non una ratione aitori ac reo sistendi temporumque observandorum necessitates, ac negligentiae, morae, aut contumaciae poenae; quae singula exequi, aut accurate observare neque animus est mihi, neque si esset, aut mihi aut cuiquam, nisi magnifice nimium de se sentienti, potestas esset: tamen, quia inficias haud eundem, quin universalis quaedam circa aetorum reorumque officia, moram, contumaciam, principia traditi possint, magno multorum populorum atque tribunalium consensu comprobata, operae pretium fuerit, quam brevissime hac enarrare, subjunctis illis, quae horum occasione videri possent controversae esse. Reum ergo quod attinet, frequentius morator est quam aitor, is regulariter post trinam demum citationem, interjecto inter unamquamque legitimo ex more judicii intervallo temporis, non parens iudici & se non sistens, pro contumace habetur, omnibusque privatur exceptionibus declinatoriis post primam, dilatoriis post secundam, peremptoriis post tertiam citationem contestatam; ac quarta vice cita-

tur, ut videat edi contra se petitionis libellum, & instrumenta probationem continentia, ac testes produci, atque probationes actoris, si possit, enervet, etiam actore petente ad interrogata respondeat, interposito calumniz jurejurando, ubi is mos etiamnum viget. Neque interest, in rem, an in personam, an mixta actione conveniatur. Ac in contumaciae poenam, sive succumbat, sive absolvatur, dum actor in intentionis probatione deficit, in expensis damnandus est. Vide instruct. Cur. Holland. art. 108. 109. 110. Curiz Ultrajectinz tit. van defeuten van den gedaagde art. 1. 2. 3. 4. 6. Brabantinz cap. 18. art. 561. 562. Flandricz art. 263. 269. 270. 271. 272. Ordonnantie op de justitie in de Steden en te platten lande van Holland. 1. April. 1580. 3. 4. 5. Wassenaar pract. jud. cap. 4. num. 53. & seqq. Simon van Leeuwen paratit. jur. noviss. lib. 2. part. 1. cap. 9. Licet autem quarta vice citatus secundum rigorem & verba variarum instructionum non admittatur ad sui defensionem; usu tamen jam inveterato obtinuit, eum die quartum dicto sese sistentem etiamnum ad sui defensionem admitti; quod & quorundam judiciorum legibus cautum, Instruct. Curiz Ultraject. tit. van defeuten van den gedaagde art. 4. Curiz Flandricz art. 271. Wassenaar pract. judic. cap. 4. num. 56. Sim. van Leeuwen paratit. jur. noviss. lib. 2. part. 1. cap. 9. num. 1. vossu, den gedaagde, Ant. Faber Cod. lib. 3. tit. 10. defin. 1.

8. Plura tamen negotia sunt, ad quæ trina citatione opus non est, sed vel una, vel geminata sufficit. Unam quidem sufficere receptum, ad id, ut quis sui copiam haud faciens privetur exceptione fori declinatoria, vel ea admittatur actore deficiente; aut ut confirmetur impetratum cessionis beneficium, vel nova decernatur executio sententiæ, intra præfixa ex usu judicii cujusque tempora executioni non mandatæ, & ita præscriptæ; vel denegetur facultas diminuendi impensarum petitarum quantitas; vel procedat executio, a qua fuerat appellatum; vel pro confesso habeatur vocatus ad respondendum ad interrogata cum juramento calumniæ; vel testes jurati examinentur; exempla cum authenticis collata confirmantur; ocularis inspectio fiat; & alia plura. Ut tamen in multis repetenda sit citatio, si prima ad domum tantum facta sit, non ipsi adversario insinuata. Geminata requiritur, ut hæres defuncto litigatore literis continuent; ut chirographum habeatur agnitus, ac plenius fiduciaria decernatur solutio; ad hæc in materia appellationis interpositæ, reformationis petitiæ, ut sententia feratur in causa ejus, qui prima vice citatus se nolle ad judicium venire declarat, aut cum dilationem ad respondendum petisset, deficit condicio die in causis fraudatarum impositionum publicarum, & aliis pluribus, quæ recensentur instruct. Cur. Holl. art. 113. 114. 115. 118. 119. 178. 223. Instruct. Curiz supr. art. 187. 188. 206. 211. 214. 228. 229. 231. 237. 242. 244. 247. 248. Curiz Ultraject. tit. van defeuten van den gedaagde art. 5. & seqq. usque ad finem tituli. Curiz Brabantinz cap. 18. art. 541. & seq. ad art. 561. & art. 563. Curiz Flandricz art. 273. & seqq. ad art. 262. Ordonnantie op't sruick van de justitie in de steden en ten platten lande van Holland ann. 1580. art. 6. 7. 8. reglement op't procedere voor de gecommiteerde Raaden van

Holland 22. Januar. anni 1660. art. et seqq. Instruct. van den Raad van Staten in reken van de gemeene middelen 5. Martii 1656. art. 4. 5. 6. 13. 14.

9. Quod si actor statuto tempore sui copiam non faciat, reus petit, & ab instantia absolvi, seu circumduci edictum, & in expensis damnari actorem; non iterum ex eadem causa audiendum, nisi re ipsa refusus impensis, l. & post 73. §. 1. 2. ff. de judiciis, aut si appellatione causa ad superiorem sit delata judicem, petit reus appellationem pronunciari desertam: quo facto, non ultra potest ab actore ex ea causa conveniri, l. ult. §. illud etiam l. C. de temporib. & reparat. appellation. Instruct. Cur. Holl. art. 111. 114. Ordonnantie op de justitie in de steden en ten platten lande van Holland anno 1580. art. 2. instructio supr. Curiz art. 225. Curiz Ultraject. tit. van defeuten van den eyscher art. 1. Flandricz art. 266. Brabantinz cap. 17. art. 517. 518. ubi & articulis sequentibus d. Instructionis Curiz Ultraject. & Brabant. traditur, quid in aliis multis casibus peculiaribus actore deficiente obtinere debeat. Si tamen reus, actore deficiente, nolit ab instantia absolvi, potest, actore tribus edictis citato cum intervallo triginta dierum, ac integrum per annum suam intentionem proponere detestante, petere tandem & impetrare, ut lis principalis ex suis allegatis probatisque terminetur, nov. 112. omnem 3. Estque probata per Ultrajectinos in plerisque hæc Romani juris definitio, data reo licentia vocandi actorem deficientem, ut actionem instituat, aut alias ei perpetuum imponatur silentium. Instruct. Cur. Ultraject. tit. van defeuten van den eyscher art. 1. de quo & latius egi tit. de jurisdictione.

9. Circa quæ omnia sic in genere atque obiter proposita, pleniusque ex fontibus ipsis designatis petenda, considerandum primo, non adeo rigide pro contumace habendum, qui tempore præfixito nec ipse venerit, nec procuratorem constituerit, quæ contumacia admittatur purgatio, dum justas allegat ac probat impedimenti ac absentie causas, juxta l. 2. §. 1. & seqq. b. t. l. questum 60. ff. de re judicata, l. pen. C. quomodo & quando judex sentent. præferre debet; poenam enim contumaciae non patitur, quem adversa valetudo, vel majoris causæ occupatio defendit, l. contumacia 53. §. poenam 2. ff. de re judic. Qui quidem purgationi, refusus impensis, facilius locus est, cum litigantium alteruter, postquam in lite subsistere cepit, in hac aut illa judicii parte morator est, ac nondum definitiva est lata sententia; juxta instruct. Cur. Holl. art. 122. 125. ut tamen quandoque restitutione peculiari opus sit. Vide Wassenaar pract. judic. cap. 5. at post definitivam latam difficilior longe, ac non nisi median- te solemnī restitutione, ex justissimis causis indulgenda; de quo tit. ex quib. causis majores.

10. Si tamen venire debens non sistat se, & ita, adversario petente, defecisse declaretur; mox autem accedat, judice adhuc pro tribunali sedente, ac respondere, vel alia agenda peragere, paratus sit, moræ purgatione alia opus non est. Essi enim (ut ab Imperatore Antonino rescriptum) nihil facilius mandandum est ex solemnibus: tamen, ubi æquitas evidens poscit, subveniendum est: ideoque si citatus non respondit, & ob id more pronunciatum est, confessum

autem pro tribunali se sedente adit, eximari potest, non sua culpa, sed parum exaudita voce praenit defuisse, l. pen. ff. de in integr. restitut. ibique Gothofredus in notis, & Groenewegen ad d. l. pen.

11. Non is autem tantum pro moratore ac deficiente habendus, qui omnino non venit praefinito die; sed & qui venit quidem, verum non expedit actum illum, ad quam expediendum dies dictus fuerat; ut, puta, si actor se sistens nihil petat, aut reus petitioni actoris, cum deberet, non contradicat; cum absentis loco is utique habeatur, qui praesens non defenditur, & nihil videatur egisse, sed nominatim contumax dicatur, qui rogatus non respondet, l. non defendere 52. ff. de reg. juris, arg. l. ait praetor 23. pr. & §. ult. ff. ex quibus causis majores, l. de etate 11. §. qui tacuit 4. §. nihil 7. ff. de interrogat. in iure faciend. Carpovius de fin. forens. par. 1. comit. 10. de fin. 12. & 16.

12. Quemadmodum ex adverso pro contumace non habendus, contumaciae aut morae poenas subit, qui citatus, ad actum aliquem certo die ac hora & loco celebrandum, tempore quidem praefinito sui copiam fecit, cum interim actus ille alio tempore aut loco expediretur, arg. l. si ut proponis 4. l. 5. C. quomodo. & quando iudex sent. proferre deb. l. cum sententiam 6. C. de sentent. & interlocut. omn. iud. Uti nec ille, qui non venit, quoties nec adversarius ipsius se se sistit; sed potius compensata utriusque absentia, neuter morator creditur; non enim ipso iure contumacia inducitur, sed demum adversario id propter absentiam partis adversae postulante, iudiceque decernente, quippe qui alioquin non rogatus suum non solet officium impetiri, l. proponendum 13. §. & si quidem 2. verbo, parte fugiente ex una parte actoris absentiam accusante, C. de iudiciis, arg. l. peremptorium 63. l. & post. additum 73. ff. de iudiciis, junct. l. dies 4. §. hoc autem 8. ff. de damno infecti. Crinzus ad Leg. Macchliniens. tit. 1. art. 21. n. 6. Rebuffus ad constit. reg. tom. 1. de literar. oblig. art. 6. gloss. 5. n. 5. Simon van Leeuwen cens. for. part. 2. lib. 1. cap. 25. n. 13. eoque conferunt argumenta apud Tyraquellum ad l. si unquam, verbo, revertatur, num. 20. & seqq. C. de revoc. don.

13. Similiter contumax non creditur, qui non venit, cum citatus esset ad iudicem incompetentem. Contumaces enim non videntur, nisi qui, cum obedire deberent, non obsequuntur; id est, qui ad jurisdictionem ejus, cui negant obsequi, pertinent, l. consumacia 53. §. ult. ff. de re iudic. Quod tamen ad illos videtur restringendum iudices, qui secundum jus commune incompetentes sunt, ratione territorii, vel quia specialiter certis tantum causarum generibus iudicandis constituti sunt; de his namque verum est, extra territorium jus dicenti impune non pareri, l. ult. ff. de jurisdictione. Ceterum si quis ex privilegio tantum fori praescriptione gaudeat, in territorio existens, & iudici parere obstrictus, nisi fori privilegiati jure gauderet, a contumacia non erit immunis, nisi veniat, privilegium suum allegaturus; ut ita iudex aestimet, an sua sit jurisdictio, l. si quis ex aliena 5. ff. de iudiciis. Et ad hujus generis casus restringendum, quod superius generaliter traditum, reum prima vice citatum, & die praefinito deficientem, actore petente, omnibus declina-

toris privati exceptionibus. Nam si ex jure communi esset iudex incompetens, sic ut nec ex prorogatione expressa vel tacita partium competens fieri possit, nihil valeret eorum, quae apud talem gesta, adeo ut nec sententia tunc in reum velut contumacem lata, rei judicatae habeat auctoritatem, ut latius probavi de jurisdictione. Hinc & si post primam aut secundam citationem defuerit reus, & postmodum suam velit purgare moram, admitti quidem eum ad allegandam exceptionem fori declinatoriam ex jure communi competentem, sed non ad eam, quae ex privilegio concessa est, tradunt pragmatici, Ant. Faber C. lib. 3. tit. 12. defin. 3. 4. Rebuffus ad constit. regiar. tom. 3. tract. de consumacia art. 8. gloss. 1. n. 8. Mynsingerus cent. 6. obr. Joh. Papon lib. 7. tit. 7. arrest. 3.

14. Denique nec pro contumace habendus, qui, dicto per actorem die ulteriore, ex justa causa petit, & impetravit, citiorie die atque adeo maturius causam agi, & sic citiorie die sese sistit. Quale reorum desiderium justum credimus, quoties arresto ipsi detinentur vel bona eorum, vel mandatis poenalibus iis ad tempus, donec de jure constiterit, denegatur circa res suas pro arbitrio faciendi facultas; ut ita tanto maturius laxetur arresti vinculum, vel mandatum poenale aboleatur, Nader ampliatio van de instructie van den Hooze Rade 24. Martii 1644. art. 26. vol. 2. placit. pag. 704.

15. Sufficit autem ad evitandam contumaciae aut morae poenam, quod quis procuratorem constituat, & ita per eundem sese sistente iudici obtineret: neque necesse, ut in causis civilibus ipse sui copiam faciat; licet in criminalibus citatus, ut ipse veniat, procuratorem mittendo non possit defungi, sed magis in eum deficientem manus injectio atque carceris custodia decernatur. Et quamvis in civilibus id rarius obtineat, ad id obstringi iudicis auctoritate reum, ut ipse praesentem sese sistat iudici; tamen si id ex causa iudex praeeperit, parendum foret, ne alioquin ex mora, (quam in civilibus quidam geminam requirunt) prehensio decernatur; non tam ob ipsius causae civilis qualitatem aut gravitatem, quam potius, quod sperni ac contemni non debuerit jus dicentis auctoritas, sed ei quocunque modo obtemperari, arg. l. unic. in pr. ff. si quis jus dicenti non obtemperaverit, l. ex quacunque 2. pr. & §. 1. ff. si quis in jus vocat. non iverit, Ant. Faber C. lib. 2. tit. 2. def. 10. 11. ut tamen providi quoque ac circumspetti iudicis sit, non facile in civilibus, imo ne in criminalibus quidem causis, nisi urgente graviore suspitione, indulgere petentibus, sive privatis, sive auctoritate publica munitis accusatoribus, citationem in persona (ut vulgo loquuntur) quam non raro pecunie magis extorquenda, quam vindictae serio persequenda gratia fieri, pruden- ter observatum in respons. JGtor. Holl. part. 5. cons. 34. pag. 122. in med.

TITULUS XII

De feriis & dilationibus & diversis temporibus.

SUMMARIA.

1. Quid sint feriae, dies nefastii, iustitium &c.

2. *Dividuntur in solemnes & repentinas, divinas & humanas. Sanctitas diei dominici, quid eo die liceat, necne; an contractus, an sententia die dominico lata, nulla sit?*
3. *Citatio die dominico facta, est ipso jure nulla.*
4. *Citatus die profesto, ut se sistat die dominico, sistere se debet proximo sequente die judiciali.*
5. *Quid feria humana?*
6. *Humanis feriis nullus invitatus litigare cogitur; sponte potest; & si contra invitum sententia lata sit, eam ratificatione potest efficacem reddere.*
7. *Ferius bis citatio recte fit in diem non feriatum; & alia peragi possunt favorabilia, publice utilia, more impatiencia.*
8. *Ferias solus Princeps indicit, musas, tollit quandoque & populus consuetudine.*
9. *Observanda tantum feria recepta in loco iudicii, non alia, nisi privilegium in id concessum sit.*
10. *Quid sint dilationes, quo modo a feriis distent?*
11. *Dividuntur in legitimas, arbitrarías, & conventionales; quod exemplis docetur.*
12. *An iudex legitimarum dilationum tempus ex iusta causa prorogare possit?*
13. *An ex adverso coartare?*
14. *Dilationum dies continuus sunt. An certorum dierum dilatione data, dies quo data dilatio, computari debeat?*
15. *De tempore, intra quod lites civiles & criminales terminantur, remissive.*

1. **F**ERIA Jurisconsultis sunt dies ab actibus judicialibus vacui; dicti ideo dies nefasti, quod lis prator tria verba solemnia non solebat proferre, aut jus dicere, sic ut in foro diebus illis silentium esset & iustitium, seu iuris stitium. Moque plura pertinent ex antiquitatibus congesta circa feriarum naturam, tempora, distinctiones, per Jul. Polleum *historia fore Romani lib. 1. cap. 8. Rævardum 5. varior. cap. 19. Rosinum antiq. Romanar. lib. 4. cap. 3.*

2. Jure nostro recte dividuntur in solemnes, quæ statim redeunt temporibus, & repentinas, quæ ex variis causis arbitrio Principis extra ordinem indicuntur, nec praveri possunt, *l. sive pars 3. C. de dilation. l. sed etsi 26. §. si feria 7. ff. ex quib. caus. majores*, præcipue vero in divinas & humanas. Divinæ dicuntur, quæ ob cultum divinum sunt constitutæ, & altissima Majestati dicantur; inter quas præcipuus dies dominicus; cujus exactam observantiam, & a labore quietem, otiumque non obscenis voluptatibus, neque scenæ theatri, aut Circensibus certaminibus, lachrymosive ferarum spectaculis, sed pietati, pœnitentiæ ac resipiscentiæ impendendum, commendat *l. ult. C. b. t. usque adeo*, ut si in diem illum incidit natalium Principis celebranda solemnitas, jubeatur differri. Quibus consentaneum erat, ut a cogitationibus ille dies haberetur alienus, sive per iudices sive per arbitros compromissarios cognoscendum fuerit; silente tunc horrida voce præconis, & respirantibus a controversiis litigantibus, *l. quadraginta 6. l. omnes 7. d. l. ult. C. b. t.* Ruri tamen positus hoc datum fuit, ut agrorum cultura libere licenterque inservirent, ne pereat commoditas celesti provisione concessa, dum non aptius alio die

frumenta sulcis, ac scrobibus vinear, videbantur posse mandari, *l. omnes iudices 3. C. b. t.* nec transactionibus concordiam reducentibus interdictum fuit, *d. l. ult. C. b. t.* nec emancipationibus aut manumissionibus, *l. actus 8. C. b. t.* nec contractus ex eo nullus erit, quod die dominico probatur celebratus: quamvis enim peccent contrahentes, tamen & verum est, multa esse, quæ fieri prohibentur, & tamen facta tenent. Responsa Jurisc. Holl. *part. 4. consil. 75. Augustin. Barbosa axiomat. usufreq. 93. verbo, factum num. 30. & seqq.* nec expediri vetita, quæ omnis moræ impatiencia sunt, veluti reorum criminalium persecutiones, *l. pen. C. b. t.* debitorum de fuga suspectorum, aut rerum ablationis periculo obnoxiarum publicæ detentiones seu arrestationes; ut dictum sit. *de in jus vocando*, appellationis quoque interpositiones, arg. *l. 1. C. b. t. Brunneanus ad d. l. 1. Andr. Gayl. lib. 1. observo. 53. num. 11. & pignorum capiones*, teste Ant. Matthæo *de actionibus lib. 1. cap. 6. num. 22.* ubi & publicationes solemnes bonorum sub hasta distrahendorum, ex vulgatissima praxi. Si tamen sententia die feriato dominico lata sit, sive a iudice, sive ab arbitro, neque nulla ob id hodie erit, neque rescindenda, si credimus Groenewio *ad l. ult. C. b. t. & l. 6. ff. b. t.* ubi allegat pessimam locorum quorundam corruptelam, in quibus solis diebus dominicis judicia exerceri moris est. Sed cum irrationabilis ista consuetudo paucis placeat, plerisque damnata sit, neque aliis in locis, ubi protestis tantum diebus (necessitatis casu excepto) judicia exercentur, jus Romanum inveniatur abrogatum, nec minus nunc, quam jure Romano stabilita sit frequentibus Ordinum decretis ac municipiorum legibus diei huius sanctitas; magis est, ut sententiæ, tanquam iudicii strepitu non carentes, etiamnum dicantur nullæ.

3. Quod si citatio die dominico facta sit ad id, ut quis sese die profesto sistat, nullius etiam momenti videtur esse, tanquam horrida interposita præconis voce, arg. *l. ult. C. b. t.* licet enim ea facti sit, & non per iudicem, sed nuncium fiat (quo fundamento eandem tueri nititur Andr. Gayl. *lib. 1. observo. 53. num. 6. 7.*) tamen, quia executionem continet decreti de citando nominatim interpositi, vel ex generali mandato apparitoribus dato profluentis; nihilque magis quieti repugnat, eamque interturbat, quam executio; nec iniicias iri potest, quin apparitor iudicis vice ac partibus fungatur, eundemque representet, rectius sentire videntur, qui citationem talem nullam esse statuunt, quoties nullum probatur subesse in mora periculum, nec pro contumace habendum, qui die hac ratione & hoc tempore dicto, sese non sistit. Nisi enim ita statuatur, quid, quæso, aliud expectandum foret, quam ut plerique diebus aliis districti apparitores diei huius venerandam quietem, divinis collocandam, in perpetuum citationum ac denunciationum iudicialium consuetudinem essent conversuri? Baldus in *l. dies festus C. b. t.* & alii allegati apud Bessianum *ad consuetud. Avernia cap. 1. art. 2. num. 2.* Ant. Matthæum *de iudiciis disput. 5. liber. 11.*

4. Sed si profesto die quis ita citatus sit, ut die dominico jubeatur adesse; sistere quidem sese eo die haud obstringitur, cum nec iudex ipse sui copiam facturum esset; sed cum per huiusmodi citatio-

nem, licito factam tempore, nulla contigerit diei ad otia sacra destinati profanatio, merito probatum plebique fuit, proxime saltem insequente profesto die iudiciis dicato, venire debere ita vocatum, nec morae ac contumaciae poenam, si defuerit, evitaturum, arg. l. tempora 2. fere in fine, vers. illud etiam C. de temporibus & reparat. appellation. cap. cum dilecti 8. circa fin. extra, de dolo & contumacia, Bezianus ad consuetudines Avernia, cap. 1. art. 2. nu. 3. h. Christinus vol. 2. decis. 153. n. 15. Rebuffus ad consuet. regias tom. 3. tract. de contumacia art. 1. gloss. unic. nu. 25. Groenewegen ad l. ah. C. b. t. de feriis. Simon van Leeuwen censur. for. part. 2. libr. 1. cap. 26. num. 9. Anton. Matthaeus de iudiciis dispus. 5. ibi. 12. adde Zoesium ad pand. b. t. n. 5.

5. Humanae feriae dicuntur, quae propter hominum utilitatem constitutae. Quales praecipue sunt messium & vindemiarum; de quarum duratione quamvis certa tempora inventiantur jure posteriori praefinita in l. ut in die 2. l. omnes dies 7. C. b. t. rectius tamen antea id praesidibus provincialium permissum fuit, ut ex loci cujusque consuetudine messis vindemiarumque causa tempus constituerent, l. praesides 4. ff. b. t. cum non ubique eodem tempore aut fruges maturescant, aut apricis in collibus uvae ducant colorem, sed ut regio quaeque vel soli vicini est vel ab eodem remotior, ita sibi mandatorum creatorumque vel citius vel tardius usuras cum sorte solet repraesentare.

6. Feriis autem humanis licet nemo invitus litigare cogatur; tamen, cum haec in ejus favorem introducta sint, & suo quisque juri licite renunciet, ex voluntate partium lites procedere, & rata esse tunc temporis gesta, obtinuit; sive expressa appareat voluntatis declaratio, sive tacita, dum vocati sponte veniunt, nulla sese feriarum exceptione tuentes. Ceterum apparente manifesto alterutrinus dissensu aut ignorantia, irrita procul dubio forent, quaecunque feriato die iudex decreverit, l. 1. §. 1. l. si feriatis 6. ff. b. t. l. si ut proponis 4. C. quomod. & quand. iudex sent. proferre deb. neque hisce adversatur Ulpianus in l. si feriatis 56. ff. d. receptio qui arbit. recept. ubi, si arbiter a praetore coactus die feriato sententiam dixerit, ea firma dicitur; aut enim accipi potest id ipsum de casu, quo a praetore talem coactionem postulaverant compromittentes; vel Ulpianum ex ipso Ulpiano interpretari poterimus, & verba d. l. 36. restringere ad casum, quo dies compromissi exitura erat, nec poterat ultra proferri; juxta l. Fomponius 13. §. arbit. 3. ff. de recept. qui arbit. recept. Bronchorst enam. cent. 1. assert. 27. Besoldus de libat. juris ad Pand. lib. 2. quest. 10. part. med. Nulla vero sunt, quae die feriato contra leges, invito adversario, gesta, decreta, iudicata sunt, nisi ratihibitio postmodum fuisset subsequuta; quippe quae, uti jussui ac mandato comparatur, ita quoque retro gestis assensum desiderantibus firmitatem addit, l. ult. C. ad Senatusconsult. Macedon. l. semper qui 60. ff. de regul. juris, l. 1. §. si ratum 6. ff. quod. jussu, frustra dissemitente Ferdinando Vasquo illustr. controvers. lib. 4. cap. 27. num. 3. nam quamvis ab initio non subsistant, imo ipso jure nulla sint feriato die in absentem & ignarum decreta; novum tamen minime est, in actibus inter

vivos firmari ea, quae initio inspecto contra leges gesta & invalida erant, quoties jus sum remittunt illi, in quorum utilitatem prius negotium censebatur vitiosum. Id quod nulla probatione eget, nisi quis omnem e medio tollendam existimet ratihibitionis efficaciam & usum.

7. Citationes tamen die feriato humano fieri in diem non feriatum, liberum est: eo quod messium & vindemiarum similesque feriae in id tantum comparatae fuerunt, ne quis eo tempore adversarium circa res rusticas occupatum compellat invitum in forum venire, l. 1. pr. ff. b. t. Recte quoque expediuntur ea, quae vel ingentem merentur favorem, vel ad publicam insignem respiciunt utilitatem, vel ne modice quidem morae patientia sunt; qualia recensentur, l. 1. §. 2. l. eadem 2. l. 3. l. Divus Trajanus 9. ff. b. t. l. publicas 5. l. pen. C. b. t. l. miles 11. §. sexaginta 6. ff. ad leg. Jul. de adulter.

8. Indicit vero ferias solus Princeps, non magistratus ceteri, sic ut & nomine & fructu carere debeant illae, quas administrator aut iudex edixerit, l. a nullo 4. C. b. t. licet magistratus potuerit feriarum a Principe indultarum tempora ex regionis cujusque consuetudine dirigere, l. praesides 4. ff. b. t. l. si in aliam 7. ff. de officio procons. & legat. atque etiam olim Rex sacrorum, seu Rex sacrificulus, & praetor, indicere ferias ac proclamare solemniter soliti; ille quidem sacrorum rite peragendorum causa, hic gratia vacationis a forensibus negotiis; uti id ex Macrobio, Gellio, Varrone, Arnobio, docet Ravarthus 5. varior. cap. 19. Ex adverso nec alius praeter Principem earum tollendarum potestatem habet; cum unumquodque naturaliter ita solvatur, ut introductum est, l. nihil tam naturale, 35. ff. de reg. juris, ut tamen eas longo populi usu tolli aut mutari posse non sit negandum, quoties conniventia Principis appareat, aut voluntas ejus non manifeste refragatur, convenienter illis, quae de consuetudine legem abrogante dicta sit. de legibus.

9. Quoties autem pro calendarii Juliani aut Gregoriani diversitate, vel sacrorum cultu, & institutis alio atque alio in loco diversis, variantia deprehenduntur feriarum tempora; ex solis feriis attendenda ac observanda, quae in loco iudicii, in quo litigatur, receptae sunt, arg. l. semper in stipulationibus 34. ff. de reg. juris, nisi in ipso iudicii loco speciatim subjectis, propter religionem venire praepeditis, id privilegii datum appareat, ut non nisi temporibus neque actori neque reo feriatis litigent; quod Judaeis indultum, juxta l. in ferivocatis 2. C. de Judaeis. Sande decis. Friv. lib. 1. tit. 12. defin. 5. circa fin. Besoldus de libat. juris ad Pand. lib. 2. quest. 10. in fine. Ant. Matthaeus de iudiciis dispus. 5. ibi. 15. Paulus Voet de statutis sect. 10. num. 7. Sed extra tale privilegium, standum definitioni, solas loci iudicii ferias respirationem a litibus praebere. Hinc in ditionibus, quae subsunt Ordinibus generalibus, nullas ferias esse servandas Pontificiae religioni probatas, sed eas solas, quas Reformatae receperunt Ecclesiae, cautum 2. Junii ann. 1633. vol. 1. placitor. pag. 261. adde Ampliationem instruat. Curia Holland. 21. Decembr. 1579. art. 29. vol. 2. placit. pag. 773. nominatim quoque vetitum, ne sub obtentu festi Pontificii in Brabantia aut alia regione hisdem Ordinibus generalibus parente mutentur,

vel differantur dies judiciales, *reglement op de politieke reformatie in de Meerye van den Bosch. &c. 1. Aprilis ann. 1660. art. 18. vol. 2. placit. pag. 2610.*

10. Dilatio, quæ alteram tituli partem constituit, est rei in iudicio agenda ad alium diem seu terminum rejectio; sic ut eo usque iudicis officium conquiescat, donec petiti temporis deflexerint curricula, *l. siue pars 3. C. de dilationibus.* Quæ cum feriis haud confundenda: licet enim verum sit, ipsi quoque feriis frequenter dilationes inesse, tamen ferias vel divinas vel humanas esse jam traditum; cum ex adverso dilationes tantum humanæ sint. Illæ omnibus ex æquo conceduntur; hæ non item. Illæ omnem faciunt conquiescere forensium strepitum; hæ tantum certarum personarum causarumque intuitu. Illæ litigantibus solis utiles sunt, ac a litibus respirandi licentiam præbent; hæ etiam non litigantibus, sed simpliciter ad solvendum obstrictis concedi solent, licet hæ posteriores hoc in titulo non considerentur, *l. quod dicimus 105. ff. de solutionibus & liberationibus, 7. promissor Sticchi 21. §. 1. ff. de constit. pecun. l. arbitraria 2. §. qui ita 6. ff. de eo, quod certo loco.*

11. Triplicis autem generis dilationes sunt: aliæ enim *legitimæ* dicuntur, quæ litigantibus ex ipsa legis dispositione competunt, partim ante litem contestatam; veluti dierum viginti reo vocato ad deliberandum, duorum mensium actori ad litem contestandam; partim post litem contestatam, puta, ad probationes faciendas, *l. 1. C. b. t. de dilation. partim post sententiam; qualis illa decem dierum ad appellandum, quatuor mensium ad subeundam iudicati executionem.* De quibus aliisque alibi ex professo tractatur. Aliæ *arbitrariæ* sunt, quas iudex ex variis causis pro arbitrio concedit; veluti, condemnatis ad restituendam aut exhibendam rem alio in loco existentem, *§. & si in rem. 2. & 3. Instit. de offic. iudicis,* fidejussori, ut reum principalem absentem prius excutiendum sistat, *novell. 4. cap. 1. aurb. præsent. C. de fidejussor. & mandat. nudo rerum vindicandarum detentori convento, ut dominum certiorum reddat, l. 2. C. ubi in rem actio, atque ita usque frequentatum, peti a iudicibus litis pendens temporariam suspensionem, vulgo *stateringe*, quoties alteruter litigantium vel expeditione militari & armis occupatus, vel alio impedimento legitime prædeditur privatis litibus, quas qua actor aut reus exercet, superesse. Vide Wassenaar *pract. iudic. cap. 5. numer. ult.* Aliæ denique *conventionales*, quæ parti partis adversæ arbitrio ac liberalitate conceduntur.*

12. Quamvis vero inter legitimas & arbitrarias dilationes id interesse tradant interpretes, quod dilationum quidem legalium terminus peremptorius censetur, sic ut alia dilatio post temporis a lege indulti lapsum non sequatur; arbitrariam vero terminus non ita peremptorius sit, quin adhuc iudicis arbitrio audiri possit, qui dilationis per iudicem concessæ tempora elabi passus est: Ant. Matthæus *de auctionibus libr. 1. cap. 17. num. 12. & vulgo DD. ad ij. ff. & Cod. de dilationib.* tamen & legitimas a iudice prorogari, quoties vel necessitas vel summa æquitas ex variis causis id suaserit, rationis est: sic ut legitimæ dilationi tunc arbitraria videatur accedere, *l. si se non obtulit 4. §. si quis con-*

demnatus 5. ff. de re iudicat. l. 1. in fine C. b. t. de dilat. l. oratione 7. b. t. atque adeo, licet regulariter verum sit, unam tantum in causis civilibus dilationem concedendam esse, l. ult. ff. b. t. & amputandam, quantum fieri potest, dilationum dandam materiam, l. tempora 2. in pr. C. de tempor. & reparat. appellations. tamen, an non alteram iterato indulgendi, & arbitrariam legali superaddendi causa subsit, iudex ex bono & æquo æstimare debet, *d. l. 7. ff. b. t. instruat. Curia Holland. art. 124. 131.* Quemadmodum ex adverso in criminalibus, majus plerumque præjudicium tum reo tum actori ob inscriptionem in crimen inferentibus licet actori dua, reo tres dilationes causa cognita concedi possint, monente Paulo in *l. ult. ff. b. t.* tamen & unam tantum tribuendo esse quoties litis trahenda ac protelanda causa alteram peti iudex persuasus est, verius arbitror. Immo nullam esse dandam, nisi cum iudex negotii qualitate motus fuerit, ab eodem Paulo traditum *l. in crimine 41. ff. ad leg. Jul. de adulteriis.*

13. Magis dubium, an iudex in civilibus concessæ per legem dilationis tempus coartare possit. Regulariter quidem ea iudici potestas deneganda; ne aliquin legitimarum dilationum naturam arbitrariis videamur adæquare; neve iudex, in cuius potestate facti quidem questio est, non vero juris auctoritas, ipsa lege severiorem se præset, *l. si se non obtulit 4. §. si quis condemnatus 5. ff. de re iudicat. arg. l. ordine 15. ff. ad municipalem, junct. novell. 82. cap. oportet 10.* Si tamen & hic gravis causa aliud suadeat, velut manifesta alterutrius calumnia, aut insignis causa favor, coarctanda dilationis legalis potestatem non jure quisquam iudici denegaverit, *l. qui pro tribunali 2. ff. de re iudicata, arg. l. debitoribus 31. ff. eod. tit.* Neostadius *Curia Hollandia decir. 31. Ant. Matthæus de judiciis disput. 6. thes. 48. 49. & disp. 13. thes. 2. 3.* quo modo & ipsa supplicationum adversus sententias faciendarum tempora non infrequenter angustior, quam lex dederat, spatio circumscribi dicitur *tit. de appellatione.*

14. Ceterum continua sunt dilationum tempora connumeratis etiam diebus feriatis, *l. siue pars 3. C. b. t. de dilation. l. tempora 2. circa fin. vers. illud etiam C. de tempor. & reparat. appellat.* nec tamen ideo usque adeo in archum eogenda videntur dilationum spatia, ut si certus dierum numerus dilatione exprimeretur, numerum quoque faceret is ipse dies, qui dilationis decretum interpositum. Proinde si intra triduum (verbi gratia) ex quo quid factum gestumve fuerit, jubeatur quis vel intercedere, vel sese sistere, aut aliud quid agere; verius est ipsum illum diem, quo quid gestum, aut quo decreto dilationis interpositum fuit (finge mensis Martii primum) non esse connumerandum, sed præter illum diem tres alios arbitrio ejus, qui dilationem impetravit, relictos esse; sic ut quarto ejusdem mensis die recte impleat ea, ob quæ dilatio data fuerat. Sic & cui ipsis Calendis Januariis dilatio data, non excluditur ex eo, quod ultimus Decembris dies elapsus est, nisi & ipsas anni sequentis calendæ patiatu elabi; & cui duorum mensium spatium a lege datum est, sexagesimo & primo die veniens audendus est; cum tamen mensis duplicati spatium die-

bus sexaginta constet; sic ut frustra dies sexagesimus primus includeretur, si assignato bimestri spatium ipse quoque dies assignationis facta impuraretur, l. ubi lex 101. ff. de regul. juris, arg. l. eum, qui calendis 41. ff. de verbor. obligat. l. 1. ff. si quis cautionem in iudicio sist. caus. fact. accurate Ant. Matthaeus de auctionibus lib. 1. cap. 8. num. 11. 12. 13. Berlichius part. 1. concl. pract. 74. num. 120. Tyraquellus de tractu gentil. ars. 1. gloss. 11. num. 17. & seqq. Mollerus semestrium lib. 1. cap. 7. & plures longa serie ab iis enarrati. Et hæc vera, nisi vel usu inveterato jam invaluerit, vel lege sanctum nominatim fuerit, in certis casibus singularibus diem assignati termini esse diebus concessis annumerandum, aut tempus ipsum esse de momento in momentum computandum; uti de reauditione servari dicam sit. de appellationibus. Interim vide Jacobum Coren obiter. 36. His consequens est, ut nec exclusus censi debeat dies ille, intra quem aliquid vi legalis aut arbitrarie dilationis est expediendum; sic ut intra octiduum vel solvere vel excipere vel aliud agere jussus, ipso octavo die recte censeatur implenda implere quacunquē istius diei parte, sic ut totus is dies sit arbitrio ejus, cui dilatio data, l. 1. ff. quod dicimus 9. ff. de success. edicto, d. l. 101. ff. de reg. jur. d. l. 41. ff. de verbor. obligat. d. l. 1. ff. si quis cautionem in iud. sist. caus. Aulus Gellius noct. Attic. lib. 12. cap. 15. Tyraquellus de tractu gentil. §. 1. gloss. 11. num. 27. Ant. Matthaeus de auctionib. lib. 1. cap. 8. n. 14. nisi & hic de momento in momentum computari tempora constitutum sit, aut usu invaluerit, Coren d. obs. 36.

15. De temporibus, intra quæ tum civile tum criminale iudicium terminandum sit, in titulo de judiciis, ut magis propria sede, tractabitur.

TITULUS XIII.

De Edendo.

SUMMARIA.

1. Quid sit editio actionis; cur fiat; quo modo fiat, voce vel libello?
2. Quid sit libellus, quæ contineat? in conclusione ejus formanda opus esse summa prudentia.
3. Libellus debet esse clarus; obscurus pro auctore contra reum recipit interpretationem; iudex auctorem cogere potest, ut libellum obscurum explaret: si tam obscurus, ut nullo modo colligi possit intentio auctoris, nullus est, & inutilis sententia ad eum secuta.
4. Exprimendum libello nomen auctoris & rei, & qualitas, an suo an alieno, tutorio, uxorio nomine &c. agat, quæ qualitas in ingressu litis probanda, si in principio negatur. An & cessio probanda statim, si quis certa actione agat?
5. Exprimenda & res, quæ petitur: multis tamen casibus incerti petitio probata est.
6. Nomen iudicis aut iudicii.
7. Causa agendi libello inserenda, specialis in actionibus in personam, generalis in actionibus in rem.
8. An & nomen actionis?
9. An, & quo modo libellus ante ac post litem contestatam mutari possit, iudicio eodem manente? Voe: ad Pandect. Tom. I.

10. Quid bodie obtineat? etiam sapius mutationem admitti, causa cognita?
11. Qui non mutat, sed tantum obscuritatem libelli explicat, nulla ob id adversario impendia reddit. Quis censeatur tantum explicare, non mutare?
12. An mutationem libelli magis licitam faciat clausula adita, salvo jure addendi, mutandi &c.
13. Quæ sit vis clausula salutaris, & implorationis nobilis officii iudicum, quæ libello petitionis addi solet? & quo usque iudex supplere possit, quæ desunt advocatis partium?
14. An plures actiones uno libello cumulari possint? quales moribus actiones cumulari possint, quales non?
15. Quæ sint exprimenda in libello criminali?
16. Edenda etiam instrumenta, quæ auctor reo ante litem contestatam edere debet, sive in conventionis, sive in reconventionis auctor sit, vel actione cessa agat.
17. Non edit auctor reo ab initio nomina testium, quorum depositione usus est, nec instrumenta, quibus ipse usus non est: nisi ea sint rei propria, vel auctori & reo communia; quales etiam rationes accepti & expensi, debiti & crediti ex libro mercatorio.
18. An, & quando, & qualia instrumenta reus auctori edere teneatur? an etiam ad formandam auctoris replicationem? qui plenius scripserint de instrumentis per reos edendis.
19. Regulariter non totum instrumentum edendum, sed tantum ea pars, quæ ad litem istam spectat, una cum capite.
20. Rationes suas edere teneatur argentarii (quibus non abrimiles in multis bodiæ tabelliones) etiam cum argentariam exercere desierunt, & baredes eorum; non successores singulares, nisi rationes possideant.
21. Edunt argentarii, tabelliones, & similes, instrumenta illis tantum, quorum interest, & in dubio consilium expectari decretum iudicis ad exhibendum, nec iudex promissæ editionem jubere potest.
22. Edunt argentarii etiam contra se.
23. Ipris argentariis & eorum baredibus, aut illis, quibus semel facta editio, non est edendum, nisi causa cognita rationibus deperditis &c. venditorum tot, omni venditori edere debet instrumentum venditionis ab altero forte amissum.
24. Quo in loco argentarii debeant rationes edere? An cum, an sine diu rationes & instrumenta edi debeant, jure civili & bodiæ? Cujus loci consuetudo in editione spectanda sit?
25. Quæ actiones cogantur ad editionem? ad quid, si non edant? quid si jurent, se nec possidere, nec dolo malo desisse possidere?
26. An actio ista ad id, quod interest in baredes datur, aut post annum?

1. Edere, Ulpianus in l. 1. §. ff. b. t. est copiam describendi facere, vel in libello complecti, & dare vel dicere; eum quoque edere Labeo ait, qui producit adversarium suum ad album, & demonstrat, quod dictaturus est: vel id dicendo quo uti velit, etiam si tunc re ipsa ad album præ-

toris non deducat. Editur autem vel actio vel instrumentum. Editio actionis est futura litis demonstratio, ut adversarius deliberet, utrum cedere ac contendere velit. & si contendendum putet, veniat instructus, cognita actione, qua convenitur, l. 1. pr. ff. b. t. Actor scilicet instructus ad iudicium debet accedere; cum in ejus potestate sit, an & quando agere velit, tot. tit. C. ut nemo in ius agere vel accus. teneatur, sed cum reus, ubi vocatur, etiam non paratus accedere debeat, non mirum fuit, ei temporis alicuius inducias ad consultandum indulgeri; adeo ut jure quidem Romano recentiore post in ius vocationem & ei conjunctam actionis editionem reus, præbitis apparitoris sportulis & cautione præstita, viginti dierum spatium deliberare possit, utrum cedere an contradicere, aut etiam iudicem recusare velit, aut petere, alium ei tanquam suspecto sociari, *auth. offeratur C. de liti contestatione*. Nunc vero apud Hollandos & vicinas gentes viginti dierum loco obtinet dierum quatuordecim interstitium; imo & brevis tempus, præsertim in litibus, de plano aut coram iudice inferiore ventilandis; qua in re iudicij cuiusque observandus mos, Groenevvegen *ad auth. offeratur C. de liti contestatione*. Vide *Instruct. Curia Holl. art. 59. Ordonnantie op. de Justitie binnen de Steden en ten platten Lande Holland. 1. Apr. 1530. art. 1. 11. 12.* Quod si reus non contendendum existimet, sed consentiat in condemnationem, ea in continenti interponitur; si solutionem offerat ejus, quod petitur, modicam ad solvendum dilationem haud difficulter impetrat, ea lege, ut intra definitum tempus non solvens, possit non præsens tantum, & absens condemnari, ad condemnationem tamen excipiendam de novo citandus. Fit autem hæc editio actionis in summaris iudiciis, & causis levioribus ac villioribus, in quibus omnes amplexus, ac non necessariæ superflueque dilationes amputantur, viva voce; in ordinariis ac majoris momenti litibus libello: quod non ex jure tantum canonico sic invaluit, *clementina cape 2. de verbor. signif. junct. cap. 1. extra, de libelli oblatione*, sed & jure civili posteriore receptum fuit, *auth. nisi breves C. de sententiis ex periculo recitand. novell. 17. cap. sit tibi 3. Anton. Matthæus de iudiciis disp. 6. tb.* estque & hic spectanda ac observanda recepta in unoquoque consuetudo. Vid. Simonem van Leeuwen *cons. for. part. 2. lib. 1. cap. 24. num. 4. 5. Wassenar præf. jud. cap. 1. num. 30. 40. & seqq. Instruct. Curia Holland. art. 53. 59. nader. ampliatie van de instructie van den Hogen en Provinciale Rade 24. Martii 1644. art. 27. 28.*

2. Libellus est scriptura futuræ litis speciem demonstrans, ac constans narratione & conclusionem: sic ut contineat enthymema, ut logici loquantur; seu syllogismum altera propositione, & quidem majore truncatum. Supposita quippe juris depositione, quæ majorem in syllogismo propositionem facit, quæque iudici jurisperito nota præsumitur, pro assumpto seu minore propositione est narratio facti, comprehendens & ipsam agendi causam; ex quibus duabus, altera subaudita, expressa altera, tandem conclusio syllogismi formatur. Ac licet non errent, quibus placuit tres facere substantiales libelli partes, narrationem facti, causam sive medium concludendi, & conclusionem, uti can alijs Ant. Mat-

thæus *de iudiciis disp. 6. ther. 18. & seqq.* errat tamen, & a principiis logicis longissime deviat Sim. van Leeuwen, dum in *cons. for. part. 2. lib. 1. cap. 24. n. 2.* propositionibus tribus, majore, minore, ac conclusione libellum constare opinatur, narrationem facti pro majore accipiens, causam vero petendi pro minore: cum potius vere philosophanti tota narratio comprehendens & causæ expressionem, nihil aliud quam argumenti plenioris assumptio sit. Cum vero libellus præcipuum litis totius fundamentum existimetur, & præcipua libelli pars sit conclusio, in quantum regulariter nunc in minus quidem, sed non ad alia, quam quæ libelli conclusione comprehensa sunt, iudex damnare reum potest; non mirum, si circumspectione exactissima providaque cura circa conclusionem libelli concipiendam juris prudentes moneantur occupati esse; ne alias temeritate sua clienti damnum concilient, sibi ipsi imprudentia ignominiam; quanquam de jure Romano in causis tantum civilibus, non vero in criminalibus, conclusionem in libello necessariam esse verius est, quoties de crimine agitur, cui certa per leges & poena proposita, quippe quam neque accusator petitione, neque iudex sententia sua mutare potest, arg. l. libellorum 3. ff. de accusat. junct. l. si qua poena est 244. ff. de verbor. signif. Andr. Gayl. lib. 1. observ. 61. num. 18. & seqq. Jul. Clarus lib. 5. sentent. §. fin. quest. 12. num. ult.

3. Allaborandum præcipue, ut certus, quantum per jura licet, ac clarus perspicuusque sit; ne aliquin inepti aut obscuri libelli exceptione repulsam actor patiat, quæ tamen per reum non opposita, iudicium in civilibus manebit ratum, arg. l. ult. C. de annali except. cap. de significandis 2. extra, de libelli oblatione, forte non æque in criminalibus, arg. l. libellorum 3. §. quod si libelli 1. ff. de accusat. & inscript. Andr. Gayl. lib. 1. observ. 66. num. 6. 7. & 8. & observ. 62. n. 12. 13. Imbertus *Instit. for. lib. 1. cap. 17. in fine. Zangerus de exception. part. 2. cap. 14. num. 1. & seqq. Zoësius ad Pand. b. t. num. 4.* Recipietque libellus ille in iis, in quibus ambiguus aut obscurus est, interpretationem illam, quæ actori utilior, l. si quis in intentione 66. ff. de iudiciis, & quæ res ipsi salva est, l. in contrabenda 172. §. 1. ff. de reg. jur. quæque maxime quadrat reliquis claris & perspicuis eo comprehensis, præcipue conclusioni evidenti, Zangerus *de except. d. part. 2. cap. 14. num. 22. & seqq. Andr. Gayl. lib. 1. observ. 61. num. 16. 17. & observ. 66. num. 6. et seqq. Simon van Leeuwen cons. for. part. 2. lib. 1. cap. 24. num. 6.* Generaliter etenim, quoties in actionibus aut exceptionibus ambigua oratio est, commodissimum est, id accipi, quo res, de qua agitur, magis valeat, quam pereat, l. quotiens in actionibus 12. ff. de rebus dubiis; imo, cum quæritur, quid videatur in iudicium deductum, periculosum esse Celsus aiebat, ex persona rei hoc metiri; qui semper, condemnatur, dicit, hoc non venisse: meliusque id videri in iudicium venire, non de quo actum est, ut veniret; sed id non venire, de quo nominatim actum est, ne veniret, l. solemus 61. ff. de iudiciis. Et licet verba stipulationum obscura contra stipulantem interpretanda esse Ulpianus & Celsus responderint, eo quod in stipulantis arbitrio ac potestate fuit, verba latius & apertius concipere,

l. stipulatio ista 38. §. *in stipulationibus* 18. *l. quicquid adstringenda* 99. ff. *de verb. oblig.* *l. cum quis* 26. ff. *de reb. dubiis*, non tamen facile ita, ut totum id, quod gestum est, ipso jure foret invalidum, & nihil videretur actum, teste Paulo *l. ubi est* 21. ff. *de reb. dubiis*; & si forte id aliquando in stipulationibus contingeret, non tamen ad judicium trahendum esse, satis demonstrant Pauli verba in *l. inter stipulantes* 83. §. *si Stichum* 1. ff. *de verb. oblig.* nam si Stichum, inquit, stipulatum de alio sentiam, tu de alio; nihil actum eris: quod et in judiciis Aristo existimavit. Sed hic (id est, in judiciis) magis est, ut ita positus videatur, de quo actor sentit. Nam stipulatio in utrumque consensu valet; judicium autem etiam in invitum redditur, et ideo actori potius credendum est; alioquin semper negabit reus, se concessisse. Quibus accedit, quod actiones ex negotiis ante gestis factisque praeiudicis moveri solent: quo fit, quae extraneis gestorum ignavis obscura sunt, iis tamen ipsis, quorum lis est, ac reo praesertim, ambigua non sint, sed velut sapienti & intelligenti sufficiant abunde: qui & eo ipso, quo respondit ad dubium actoris intentionem, satis percepisse videtur, quodnam fuerit actoris desiderium: & si maxime non percepit, propria negligentia imputare debet, quod ab adversario non postulaverit, ut disertius suam declararet mentem. Zangerus de except. d. par. 2. cap. 14. num. 3. Wassenaar practyk judic. cap. 1. num. 61. Unde &, si reus libello inepto conventus, in iudicio se debere aut deliquisse confessus fuerit, non obstante libelli ambiguitate, condemnandus est, Mynsingerus cent. 5. obr. 77. Zangerus d. cap. 14. num. 30. Quia vero id, quod reo notum est ac perspicuum, iudici judicatur, & negotiis ante gesti haud gnaro, obscurum esse potest, licitum ei est, etiam post litem contestatam, actorem adigere, ut dubiam explanet intentionem, quo intelligatur, qua de re lis ventilanda ac sententia ferenda sit, cum condemnationem non dubiam oporteat, sed certam esse, *l. in sententiis* 59. §. *qui sortis* 2. ff. *de re judic.* §. *curare* 32. Instit. de actionibus, Zangerus d. cap. 14. n. 4. Plane, si neque ex interpretative colligi possit, quae fuerit actoris intentio, neque ex narratis confusus ac variantibus, aut sibi contrariis apparere quod actori competat jus de re agendi eo, quo agit modo, magis est, ut sententia ad talem libellum pro actore ferenda non sit, & si lata, ipso jure inutilis habeatur, arg. *l. idem Pomponius* 5. §. *ult. ff. de rei vindicatione*, cap. examinata 15. extra, de judic. Andr. Gayl. d. lib. 1. observ. 66. num. 1. et seqq. et n. 13. 14. Nisi reus libello tali obscuro & inepto conventus, debitum aut crimen sponte fateatur; eo quod confessio ineptiam & nullitatem libelli videatur purgare, Mynsingerus d. cent. 5. observ. 77.

4. Evitatur autem quam maxime obscuritas, quoties libello inseritur, quis petat, & a quo, quid petatur & coram quo, ac denique quonam petendi jure. Actoris quidem & rei non modo nomen exprimendum, sed & qualitas, si forte tutorio, curatorio, procuratorio nomine, aut mariti jure pro uxore agat aut conveniatur: & licet is, qui suo nomine experitur, ante litem contestatam docere non teneatur de jure seu titulo suo; tamen qui alieno nomine experitur, suam qualitatem, ut loquantur, protinus

in litis ingressu probare tenetur, quoties per adversarium negatur tutoria, curatoria, procuratoria, aut maritali praeiudicis esse auctoritate: cum exceptiones procuratoriae, ac similes dilatoriae, protinus ab initio litis non allegandae tantum, sed & discutiendae sint, ut a limine iudicii repellantur, qui non eo, quo oportet modo, ad actionem pro alio intentandam instructus est, arg. *l. licet* 24. *l. ita demum* 13. C. de procurator., *l. Pomponius* 40. ratihabitionis 3. ff. de procurator. arg. cap. alia 1. extra, de procuratoribus, Rebuffus ad constit. regias tom. 2. de literis dilatoriis &c. art. 3. gloss. unic. n. 74 & 16. Guido Pap. dec. 322. Gratianus discept. for. 401. n. 30. & seqq. Brunnemannus ad *l. ult. in fine Cod. b. t.* Andr. Gayl. lib. 1. observ. 3. num. 5. 6. Ant. Faber C. lib. 3. tit. 5. def. 1. Unde &, si adversarius in ingressu litis agnovit adversarii qualitatem, qua ille experitur, non potest postea lite pendente exigere ab eo qualitatis probationem, nisi causa dubitandi emergat, vel innotescat, ante probabili errore ignorata, arg. *l. licet* 24. C. de procurator. junct. *l. Pomponius* 40. §. *pen. ff. de procurat.* §. *ult. instit. de divir. stipulat.* Ant. Faber Cod. lib. 2. tit. 8. def. 9. Quod si actione cessa actor contendere velit, id ipsum quoque libello declarari necesse est; eo quod hoc praetermisso reus deliberare non potest, utrum cedendum an contendendum sit; certus quippe, adversarium ex proprio capite nullum habere agendi jus, Henr. Kinschot responso 78. num. 7. 8. Fidem tamen cessationis in ipso litis ingressu ita demum faciendam esse, si nomine cedentis experitur, non item, si suo, & utili actione agat, post alios allegatos tradit Rebuffus d. tom. 2. tract. de literis dilatoriis art. 3. gloss. unic. n. 14.

5. Nec minus rei petenda intuitu certus esse libellus debet, ut declaretur quid, quale, quantumque sit, quod in iudicium deducitur. Ut tamen quandoque libellus generalioribus conceptus verbis non sit reprobandus, veluti in iudiciis universalibus, petitione hereditatis, inofficiosi querela, actione ad supplementum legitimae, familiae erciscundae iudicio, actione ex emto ad hereditatis venditae traditionem: utri & in actionibus in personam generalibus, tutelae, negotiorum gestorum, mandati generalis pro socio, & similibus: in quibus omnibus, hereditatem, aut rerum divisionem, aut rationum redditionem restitutionemque residuorum peti sufficit. Idemque est, si de praestatione ejus, quod interest, si de fructuum rei possessione restitutione, & si de iniuria illata satisfactio, questio sit. Nec dubitatum, quin, re in genere, vel rebus duabus alternative sic debitis, ut electio debitoris sit, libellus generis, aut rei utriusque alternative debita, non speciei, mentionem debeat complecti: quae tanquam vulgo nota adstruere supervacuum. Denique & in implorando adversus eam laesione remedium alternatim libello concludendum esse, constat ex *l. rem majoris* 2. C. de rescind. vend. aequae ac alternative rem aut aestimationem, petere licet, quoties incertus est actor utrum res quae praestanda vel restituenda est, in rerum natura sit, nec ne. Mynsingerus cent. 4. observ. 11. Andr. Gayl. lib. 1. observ. 62. Zangerus de except. part. 2. cap. 14. n. 8. 9.

6. Iudicis nomen, aut saltem iudicii resignatio, in libello necessaria est, ut reus deliberare possit, utrum

declinatoriam fori, aut iudicis suspecti exceptionem velit proponere, *autb. offeratur C. de litiis contestatione.*

7. In primis vero exprimenda petendi causa; quæ vel generalis est, quam alii proximam appellant, vel specialis, quam & remotam dicunt. Generalis in actionibus in personam est obligatio: in actionibus in rem dominium aliudve simile jus in re. Specialis in actionibus in personam est contractus, aut simile quid, unde obligationes nasci solent; in actionibus in rem factum illud, ex quo dominium nobis adjectum, vel jus in re acquisitum est. In actionibus in personam causa generalis expressio non sufficit, dum quis allegaret, se petere, quia adversarius ipsi obligatus est, sed & speciale addi oportet, veluti, ex mutuo, commodato, emto, ac similibus; imo specialem exprimi sufficit, dum subauditur generalis, *l. 1. & an eadem 14. §. actiones 2. ff. de except. rei judicat. cap. ult. extra, de libelli oblatione.* An in iis, quæ in rem sunt, actor satisfacit, si generalem libello causam petendi proponat, puta, dominium, servitutis, pignorisve jus; nec opus ut acquisiti domini jurisve causa, velut venditio, cum subsequuta traditione vel quasi, vel permutatio, vel legatum, vel donatio, cum similibus adjiciatur; licet auctori noceat hæc addidisse; cum utique, lite procedente, dominium ex acquisitionis causa allegata & probata docendum sit, ut dicitur *tit. de rei vindicatis.* Differentia ratio inter in rem & in personam actiones ea est, quod res unaquæque non amplius quam semel mea esse potest, deberi vero sæpius mihi potest ex diversis causis, *l. 1. & an eadem 14. §. actiones 2. ff. de except. rei judicatis, l. possideri 3. §. ex plurimis 4. ff. de acquir. vel amitt. posses. l. non ut ex pluribus 159. ff. de reg. Juris,* seu, quod semel meum est, amplius meum ex alia causa neri non potest *§. sed si rem 10. Instit. de legatis,* at ex adverso, quod mihi ex una causa debitum est, adhuc ex alia causa potest deberi, *§. si res aliena 6. Instit. de legatis,* ac proinde, si quis in actione in rem dominium libello expresserit velut actionis fundamentum, omnes quoque domini acquisiti causas censetur complexus esse; quæ semper una tantum est, ex qua dominium ei fuit acquisitum. Sed si obligationem in genere expresserit, obscurus libellus esset, quia & res eadem, & eadem quantitas, vel ex stipulatu, vel ex mutuo, vel ex legato, vel ex venditione deberi potest, atque inde incertus foret reus; quia pulsatur actione; nec deliberare potest, an contendendum sit, nec exceptiones agenti opponere, *d. l. 4. §. 2. de except. rei judic. Gudelinus de jure noviss. lib. 4. cap. 5. vers. certum seu num. 12. 13. Andr. Gayl. lib. 1. observ. 61. n. 2. & seqq. Zoesius ad Pand. b. t. num. 6. Ant. Matthæus de judiciis disp. 6. thes. 21.*

8. Nomen actionis quod attinet, illud jure Romano, etiam novissimo, exprimendum fuisse, probabilis est. Quod enim sublata fuerint actionum formula, *tit. Cod. de formulis sublatis,* inde non recte inferitur, ipsa quoque actionum nomina sublata esse. Cum ergo jure veteri illud necessarium fuisse in libello haud sit ambiguum, arg. *l. 1. in fin. l. 2. §. ff. de præscript. verbis, l. ff. de arimatoria actione, l. 1. ff. b. t. §. si quis aliud 35. in fine Instit. de actionib.* cur, quæso, quod non invenitur correctum, prohibetur stare? Non tamen pectereundum, ex ju-

ris Canonici dispositione negligi impune in libello posse actionis nomen, si modo plena rei gestæ enarratio facta fuerit; eo modo, quo id jure civili in actione præscriptis verbis fuit usitatum, *cap. dilecti 6. extra, de judiciis.* Quod & hodiernis moribus observatur, *Wesembecius paratiil. ff. b. t. num. 7. Gudelinus de jure noviss. lib. 4. cap. 5. vers. jure civili Romano, seu num. 14. 15. Ant. Pichardus ad §. 14. Instit. de action. num. 44. Imbertus Instit. forens. lib. 1. cap. 17. verbo querendum in me & d. lib. 1. cap. 15. in fin. Andr. Gayl. libr. 1. observ. 61. num. 1. Groenewegen ad rubric. instit. de actionibus, Parens p. mem. Paulus Voet ad §. 14. Instit. de actionib. num. 2.*

9. Quia vero in nullo penitus aberrare, divinitatis potius, quam mortalitatis est, *l. 2. §. si quid autem 14. C. de veteri jure emuleand. & tamen actor errante vel in re, vel in actione, vel in petendi causa, reus absolvendus esset, veluti si fundum petiisset, & probaret deberi centum, vel ex emto actionem libello concepisset, & doceret sibi ex stipulatu aut legato deberi; eo quod verum est, intentionem non esse probatam; nec iudex in aliud condemnare potest, quam quod petitum: quippe cujus potestas se ultra libellum petitionis non extendit, l. Babius 30. ff. de pactis dotal. l. habebat 13. pr. ff. de instit. actione, Menochius de arbitrar. judic. lib. 1. quest. 31. Henric. Kinschot respons. 73. num. 8. Carpzovius defin. forens. part. 1. constit. 26. defin. 6. Brunnemannus ad d. l. 30. ff. de pactis dot. hinc humanum visum, laboranti hac in parte errantique auctori succurri, data ei licentia libelli perperam ab initio concepti emendandi mutandique. Id vero fieri posse non tantum ante, sed & post litem contestatam, usque ad sententiam, probabilis est, manente eodem judicio, *§. si minus 34. & 35. Instit. de action. l. in delictis 4. §. ult. ff. de noxal. act.* Ut tamen non aliter hæc fiat mutatio, quam, *prout edic. perpetui mones auctoritas, & jus redditus decernit aequitas;* ex rescripto Imperatorum Severi & Antonini *l. edita actio 3. C. b. t. Equitate scilicet jus redditus decernente, ut actor reo liti perperam inchoata impensas refundat; cum in eas temerarius litigator condemnandus sit, nec quisquam magis temerarius dici possit, quam qui sua propria confessione, per mutationem libelli declarata, talis est, l. cum, quem 79. ff. de judiciis l., non ignores 4. C. de fruct. & litium expens. Edicti vero perpetui auctoritate monente, libellum mutatum edendum esse, ac tribuendum reo deliberandi spatium quantum ad mutata; cum potuerit se ex nova causa proposita, aut alia re petita, debitorem fateri, qui primitus optimo exiterat jure contradictor. Cui consequens est, ut & nova liti contestatione in mutatis opus sit, ubi reus & post mutationem contendere consultum duxit, *l. 1. ff. b. t. Et quamvis probabilis omnino videatur, dictam l. 3. C. b. t. de ea agere mutatione, quæ ante litem contestatam facta est, si eam cum l. 1. C. de litiis contestatione, velut partem ejus posteriorem conjungamus, uti id observatum a D. Noodt de jurisdictione lib. 1. cap. 13. pag. 52. nulla tamen ratio sufficiens est, cur non ad eam quoque mutationem, quæ post litem contestatam contigit, porrigenda foret; cum constet, tempore Severi & Antonini, auctorum d. l. tertia mutationem***

etiam post lris contestationem admissam fuisse, ex responso Pauli ante allegato in *l. 4. §. ult. ff. de noxalibus*, quem sub eodem Antonino floruisse, fides historiz manifestum facit. Neque ad id, ut post litem contestatam mutatio fiat, ulla existimem opus fuisse pratoria in integrum restitutione, quasi ex causa justi erroris, cum id neque leves de libelli mutatione loquentes, & superius adductæ, dicent, neque satis probetur ex *§. si quis agens 35. in pr. Inst. de actionibus*, quippe in quo neque de libelli mutatione, neque de restitutione ad impetrandam mutationis licentiam sermo est, (de mutatione enim in *§. 34. & 35. demum tractatur*) sed de restitutione adversus sententiam iudicis, qui propter plus petitionem libello comprehensam, neque ab auctore emendatam, reum ex veteris juris dispositione absolverat, & ita effecerat, ut actor causa caderet in plus petitionis penam. Distat autem longe restitutio adversus sententiam absolutoriam, cui ferendæ causam præbuerat justus actoris error, distat, inquam, longe ab ea, qua ad licentiam emendandi ante sententiam libellum erroneum gratis consideratur, non probatur. Nec his adversatur, quod olim & actio a prætoribus & iudex dabatur cum formulæ præscriptione, cui iudex adstrictus erat, sublato demum per Constantinum usu formularum, tanquam aucupatione syllabarum cunctorum actibus insidiantium, *l. 1. §. tot. tit. C. de formulis & impetrat. act. sublatiis*. Etenim, si id maxime in stricti juris actionibus obtinuisse concesserimus; tamen in bonæ fidei negotiis liberior a formula recedendi ex bona fide potestas erat. Quanquam nec in stricti juris actionibus adeo coarctatam ex formula existentem dari iudicis potestatem, ut de iis, quæ libello mutata essent, judicandi potestas videretur denegata. Adstrictus enim formulæ potissimum dicebatur, in quantum non poterat ex bono & æquo excedere partium conventionem ac petitionem; non vero, quod non posset condemnare ad ea, quæ libello mutato fuerant nominatim comprehensa ac petita. Innuat id satis non modo contractuum & actionum bonæ fidei ac stricti juris descriptio a Justiniano proposita *tit. Inst. de obligat. ex consensu, §. in bona fidei 30. Instit. de actionibus*, sed & inter iudices arbitrosque differentia per Senecam *3. de beneficiis cap. 7. exhibita*. Melior, inquit, videtur conditio causa bonæ, si ad iudicem, quam si ad arbitrum mittatur, quia illum formulæ includit, & certior, quos non excedat, terminos ponit; bujus libera & nullis adstricta vinculis religio, & detrabere aliquid potest, & adjicere, & sententiam suam non prout lex, aut iustitia suadet, sed prout humanitas & misericordia impulsit, regere, scilicet formulæ ita ad certos terminos, quos non excedat, includitur iudex, ut non possit judicare prout humanitas & misericordia impulserit, sed prout lex & iustitia suaserit: iudicabit autem prout lex suaserit ac iustitia, etiam post factam libelli mutationem. Et sane si ista formularum diversitas, qua iudices pedanei dabantur in bonæ fidei ac stricti juris iudiciis, impedimento fuisset, quo minus post litem contestatam mutatio libelli heret eodem iudicio manente, non ita generaliter de mutatione rescripsisset Imperator Antoninus in *d. l. 3. C. de edendo*, aut respondisset circa idem fere tempus aut paulo serius Paulus in *d. l. 4. §. ult. ff. de noxal. act.* uterque certe

antequam vel actionum formulæ, & impetrationes a Constantino fuerint sublatae in *tit. C. de formulis sublatiis*; vel iudicum pedaneorum dandorum mos ac facultas a Diocletiano & Maximiano mutata fuit per *l. placet 1. C. de pedaneis iudiciis*, adeoque illis temporibus, quibus adhuc verus iudiciorum ordo in usu erat. Frustra vero mira præten-ditur iudiciorum confusio, si iudex datus actionem nunquam editam, vel prætori auditam, admittete posset, si loco actionis stricti juris per libelli mutationem bonæ fidei actio substitueretur, & ita iudex cum formulæ strictæ datus, in qua nulla bonæ fidei mentio erat, omnes præstationes actionum bonæ fidei sententia sua potuisset complecti. Urgerent etenim ista nonnihil, si a prætoris penderet definitione, & arbitrio, an ex bona fide iudex judicare deberet, nec ne. Sed cum non fuerit per prætorem definiendum, sed ab ipso jure determinatum, quæ essent bonæ fidei, quæ stricti juris negotia, nec aliam ob causam prætor formulæ addiderit, vel in ea prætermiserit, illud ex bona fide, quam quia negotii ventilandi & actionis ab initio editæ natura id exigebat, dum ius componebat in verba litis, id est, formulam dabat pro variz litis conditione, unde & sublatis hisce formulis nihilominus inter negotia bonæ fidei & stricti juris eadem, quæ olim, differentia secundum propriam negotii cujusque naturam supersunt, (vide Ravardum *tract. de præjudiciis libr. 1. cap. 5. Vinnium ad §. 28. Instit. de action. 2.*) hinc etiam nulla confusio fuit, si mutata actionis qualitate, ipsa quoque prætoris formulæ ab initio proposita, propter supervenientem mutationem, actioni surrogatæ haberetur accommodata, & ita vel munita vel destituta ea formulæ parte, quæ erat concepta de bona fide, prout id actionis surrogatæ qualitas postulasset. Eo fere modo, quo id etiam eveniret, cum mutua litigantium voluntate post litem contestatam mutatio libelli aut actionis fit, sive ut de alia actione iudex iudicet: in quantum tunc non opus est alia actionis editione apud prætorem, nec nova formulæ; sed magis prior illa formulæ prætoris informatur, fingitur, censetur accommodata negotio mutato, idque velut tacita prætoris voluntate. Et uti prætori non fit injuria, dum iudex ex litigantium voluntate recedit a formulæ; quia prætori negotium est dirimere lites, finemque hunc obtinet, cum litigantes sponte recedunt opera iudicis dati, D. Noodt de *iurisdictione libr. 1. cap. 13. pag. 55.* ita quoque mutatio libello ex unius actoris voluntate, prætor obtinebat adhuc suum finem, ut nempe lites terminentur, prout lex & iustitia suaserit, inter eos, qui ad eum in jus venerunt, sat iusta causa apparente, cur hanc sententiam perinde ratam habeat, ac si ex formulæ ejus iudicatum esset. Et licet libellus immutatus reo iterum edendus sit, editio autem apud prætorem fuerit facienda, tamen libelli mutati editionem rursus apud prætorem debuisse fieri, nuspiam traditum, nec probabile est; cum nec nova opus fuerit in jus vocatione, magisque submutatio libelli fuerit, & qualis continuata litis tractatio, quam nova editio, omnibus in locum priorum emendatorum surrogatis. Si quæras, cur ergo in stricti juris negotiis iudex datus nec exceptiones, nec compensationes admittere potuerit, nisi formulæ ad petitionem rei comprehensas,

si plane novam actionem formulæ non comprehensam admittere posset & de ea judicare? rationem ejus ego non a formulæ prætoris petendam existimo, sed ab ipsa negotiorum stricti juris natura; quam talem esse cum jura voluerint, prætor tantum formulam suam strictam iis accommodavit; ne alias confunderentur termini illi, quibus bona fidei negotia ab iis, quæ stricti juris erant, per leges fuerant separata. Qualis confusio contra leges haud metuenda fuit, cum loco actionis bonæ fidei alia stricti juris, aut vice versa, surrogabatur, unaquaque actione suam, quam a jure habebat, qualitatem retinente, & secundum eam judicanda. Parum quoque facit in contrarium *l. non potest 25. ff. de judiciis*, aliam desiderans interpellationem. Non enim alia juris-consulti Pauli in ea mens est, quam, non videri in iudicium deducta ea, quæ litis contestatione recentiora sunt, seu quæ post litem demum contestatam ceperunt deberi; vel ut Javolenus in *l. non quem admittit 35. ff. eod. titul. de judiciis*: ait iudicium non posse in pendenti esse vel de his rebus, quæ postea in obligationem advenire sunt, neque, antequam aliquid debeat, iudicium accipi posse, imo (ut ex ipso Paulo Pauli sententia manifesta fiat) cum quæreretur, ad quodnam opus aquæ pluviz arcenda actio pertineret, supponens Paulus, illam ad opus ante litem contestatam factum pertinere, de eo opere, quod post litem contestatam factum est, novo iudicio agendum esse, respondit *l. Anteus art. 14. §. ult. ff. de aqua et aqua pluv. arcend.* Vide varie hac in controversia sentientes Fachineum *controver. libr. 11. cap. 91. et seqq. ad finem libri*, Argentæum *ad consuet. Britann. art. 266. verbo, de interruptione per libellum cap. 7. pag. mibi 1062. et seqq.* Donellum *ad l. 3. C. de edendo, num. 17. 18.* Bachovium *trac. de actionib. disp. 1. thes. 44.* Wissembachium *ad Pand. vol. 1. disp. 8. thes. 20.* D. Huberum *ad tit. Instit. de action. n. 35.* D. Gerard. Noodt *trac. de Jurisdic. libr. 1. cap. 13. pag. 51: in fine et pag. seqq.*

10. Mores hodiernos quod attinet, post plenam litem contestationem, seu post duplicationem interpositam, non aliter mutatio libelli vel emendatio licita est, quam si vel adversarius consenserit, vel ad id impetrata fuerit in integrum restitutio cum refusione impensarum, convenienter interpretum vetustiorum communi opinioni, Sande *decis. Frisic. libr. 1. tit. 4. defin. 2.* Groenewegen *ad §. 34. et 35. Instit. de actionibus.* Wissenbach *ad Prad. d. part. 1. disp. 8. thes. 20. in fine*, Carpzovius, *defin. forens. part. 1. constit. 11. defin. 1. et multis seqq.* Berlichius *part. 1. conclus. practicæ 28.* Neostadius *Curia sup. decis. 69.* Wassenaar *Practic. Judic. cap. 2. n. 35. 36.* Simon van Leeuwen *centur. for. part. 2. lib. 1. cap. 24. n. ult.* Paulus Voet *ad §. 35. Instit. de actionib. num. 2. ubi plures cit.* nec semel tantum, sed & sæpius arbitrio iudicis æquitate ita suadent, mutationem permitti, vide apud Menochium *de arbitrarij. jud. libr. 2. casu 178. num. 35. 36.*

11. Quod si actor non mutare libellum, sed tantum obscuritatem explicare desideret, manente libelli tenore intacto, nulla ob id impendia adversario reddenda sunt; eo quod nihil novi videtur factum, nec perperam corrupta lis, ac in omnem even-

tum obscuritas intentionis, ipso jure eam recipiat interpretationem, quæ actori utilior est, *l. quis intentione 66. ff. de jud. arg. l. §. heredes palam. 21. si quid 1. ff. qu. testam. fac. poss.* Berlichius *d. part. 1. conclus. 28. num. 27.* Carpzovius *d. part. 1. constit. 11. defin. 12.* Interpretari autem non emendare censetur, qui forte plura exprimit indicia, vel locum & tempus commissæ injuriæ, in actione injuriarum, aliudve simile, Modestinus *Pistor part. 4. quest. 139. & quest. 155.* Carpzovius *d. loco.* Uti &, qui agens ad implementum alicujus contractus, postea ex suo latere offert contractus implementum, quod ab initio prætermiserat offerre, arg. *l. si rem 9. §. ult. ff. de pignorat. act.* Tyraquellus *de retract. gemilit. §. 1. gloss. 18. num. 13.*

12. Neque in hisce, quæ de mutando emendandoque libello aut ejus interpretandi licentia dicta, quicquam immutabit, quod clausulæ (quibus nimum a multis tribuitur) libello peritiosis subjunctæ fuerint, veluti *salvo jure addendi, mutandi &c.* eo quod mutandi vel emendandi potestas non ab actoris voluntate, sed legis potestate dependet; adeo his additis non erit permissum, quod alias jure reprobatum est: & vice versa, his omissis, non debet videri denegatum, quod ei non invenitur legis moribusve interdictum, uti id observatum a Zoësio *ad Pand. b. 1. num. 11. 12.* Gudelino *de jure novis. libr. 4. cap. 5. versic. nonne igitur actionem*, seu *num. 17. 18.* Carpzovio *defin. for. part. 1. constit. 11. defin. 4. numer. 4. 5.* Ant. Matthæo *de judiciis disp. 6. thes. 24. 25. 29.*

13. Clausulam salutarem ad iudicem directam, & officii ejus implorationem ad supplendam quæ desunt, continentem, quod spectat; ei quidem plures ab interpretibus adscribentibus effectus, veluti, quod omne remedium competens, & ex narratis resultans, in iudicium videatur deductum ad ea, quæ non sunt expresse petita, condemnatio recte fiat. Vultejus *jurisprud. Roman. lib. 2. cap. 29. numer. 38.* Andr. Gayl. *lib. 1. observat. 61. num. 11. 12.* Christinaeus *ad Leg. Moysi. tit. 1. art. 27. num. 3.* Mynsingerus *cent. 4. observ. 55.* Brunnemannus *ad l. 30. ff. de palliis dmal. num. 3.* Simon van Leeuwen *cent. for. part. 2. lib. 1. cap. 24. num. 4.* Ideoque instituto iudicio petitorio & possessorio, si in conclusionem tantum fuerit facta mentio petitorii, iudex tamen possit vel simul sua finire sententia iudicium possessorium & petitorium, vel solum possessorium si necdum sufficiens ad petitorium finiendum probatio adducta sit: vel vice versa finire petitorium, si litigantes in petitorio versentur, & actor conclusionem de solo conceperit iudicio possessorio. Andr. Gayl. *lib. 1. observat. 61. num. 12.* Neostadius *Curia Holland. decis. 14.* Sande *decis. Frisic. libr. 5. tit. 4. defin. 1. in fine*, Menochius *in præludiis de recuper. possessor. num. 16.* Carpzovius *defin. for. part. 2. constit. 7. defin. 9.* Hartmann. *Pistor. lib. 1. quest. 43. numer. 24. & seqq. & lib. 4. quest. 17. num. 15. & seqq.* Sed si certiores sequamur juris rationes, verius est, hanc clausulam salutarem tantum ut abundantem cautelam considerandam esse, nec inde majorem iudici accedere potestatem supplendi ea, quæ desunt, quam quæ ex juris dispositione ei data est; cum & hic non ab actoris arbitrio, sed sola legis potestate tota dependeat iudicantis potestas. Nec

Jubium, quin & prætermissa istiusmodi clausula supplere suo officio iudex possit, quæ partium advocatis desunt, jura scilicet per eosdem tractanda, & alleganda, cum ea, ut non allegata, debuerit iudex novisse, tot. tit. Cod. ut quæ desunt advocatis partium, iudex suppleat; ibique Perezius, & vulgo DD. Qua ratione litigatore temerarium in litis expensas jure condemnaverit, nec petita fuerint, nec clausula ulla salutari libello inserta; eo quod jus ipsum iudici dicat ac injungit, penam temere litigantibus hanc imponendam esse, ut victi victoribus calumniosæ litis impensas refundant, nec impunitam debere calumniam, licet nullam ejus penam adversarius persequatur; quippe cujus malitiam coerceri, privatim & publice non parum videtur interesse, l. i. propterandum 13. §. si vero autem alterutra 6. l. sancimus 15. C. de iudiciis §. 1. Instit. de pena temere litig. l. cum, quem temere 79. ff. de iudiciis, Wissenbach ad d. l. propterandum 16. §. 6. in pr. C. de iudiciis. At ex adverso, ut ea, quæ facti sunt, in libello prætermissa, suppleret iudex, utcumque salutari clausula ac id ejus fuisset imploratum officium, non patitur iustitia ratio; ne patrocinari potius videatur, quam cognoscere, & ita advocati simul jurisque munere eadem in lite contra fungatur, Anton. Faber. Cod. libr. 2. tit. 7. defin. 1. Perezius d. tit. Cod. ut quæ desunt advoc. partium, iud. suppleat. confer. lit. de iudiciis; ubi plura de officio iudicis tum nobili, tum mercenario.

14. Quamvis autem reus plures exceptiones simul possit eadem scriptura proponere, l. i. qui dicit 5. l. nemo 8. ff. de exception. præter. & præj. §. qui autem 16. Instit. de excus. tut. plures tamen actiones uno libello cumulari nequeunt, l. cum filius 76. §. pen. ff. de legatis 2. l. qui servum 34. ff. de oblig. & act. l. singulis 6. ff. de except. rei judic. quia favorabiliores rei, quam actoris partes sunt, l. favorabiliores 125. ff. de regulis juris. Wissenbach ad Pand. disp. 8. iter. 19. nisi incertum sit, quæ actione sit agendum; veluti, si verus hæres dubius sit, an hereditariæ rei possessor eam pro herede vel pro possessore possideat, an ut legatarius; quippe quo casu cum hereditatis petitione conjungere potest interdictum quod legatorum, ut alterutrius effectum obtineat. Quoties enim incertum est, quæ potius actio teneat, duas dicamus, protestati, ex altera nos velle consequi, quod nos contingit. l. 1. §. qui autem 4. ff. quod legatorum. Andr. Gayl. libr. 1. observ. 62. nu. 4. 5. & seqq. Ut nec actor, pendente petitorio, prohibetur experiri iudicio possessorio, apud eundem iudicem, alio oblato circa possessionem libello, l. naturaliter 12. §. 1. ff. de acquir. vel amitt. posses. l. cum fundum 18. §. ult. ff. de vi, & vi armata ex ratione, quæ est in l. i. qui 24. ff. de rei vindic. confer Vinnium select. quest. lib. 2. cap. 39. Sed usu hodierno invaluit, plures uno libello actiones cumulari posse, ex juris Canonici dispositione, quoties ex diversis causis ad diversa tendentibus agitur, c. cum dilectus 6. extra, de causa posses. et propriet. DD. ad l. edita 3. C. b. t. et ad l. si idem cum eodem 11. ff. de iurisdic. &, si forte actionum nomina libello expressa non fuerint, tamen tot esse actiones, quot sunt facta diversa enarrata, actiones diversas producentia; ac, licet naturaliter unus sit libellus, civiliter tamen tot vide-

ri, quot actiones scriptura una sunt comprehensæ, eo modo, quo pro ærum in stipulationem deductarum numero totidem separatæ videntur interpositæ stipulationes, §. quoties 18. Inst. de inut. stipul. l. scire debemus 29. ff. de verb. obligat. junct. l. etiamsi patre 29. §. ex causa 1. ff. de minorib. 25. annis. Andr. Gayl. lib. 1. observ. 63. n. 3. et seqq. Ita iudicium possessorium adipiscendæ vel recuperandæ (non item retinendæ possessionis, ob repugnantem ipsius rei naturam) cum petitorio cumulari posse, tradit Gayl. d. lib. 1. observ. 63. num. 10. Neostadius Cur. supr. decisi. 127. Curia Holland. decis. 14. Wissenbach ad Pand. vol. 2. dispus. 19. iter. 18. Henr. Kinschot resp. 1. num. 11. Adde tit. de interdicitis num. 5. et seqq. & actionem injuriarum cum actione legis Aquiliæ. Gayl. d. observ. 63. num. 9. Mynsingerus cent. 1. observ. 25. Speckham cen. 1. quart. 66. num. 4. 5. Actionem quoque personalem cum hypothecaria, quoties debitor pignoratæ rei possessor est, Guido Pap. decisi. Anton. Faber Cod. lib. 8. tit. 6. defin. 22. Speckham cent. 1. quart. 66. nu. 8. Mynsingerus d. cent. 1. observ. 53. Christinaus ad Leg. Mecklin. tit. 13. art. 90. num. 7. Imbertus Instit. forens. lib. 1. cap. 10. verbo, pignoratitia actio, Chassaneus ad consuetud. Burgund. titul. de reditibus rubr. 5. §. 2. verbo, non principal obligat, num. 34. in fine, etiam quandoque actionem civilem cum criminali, de quo Fachineus contro. lib. 9. cap. 2. Cavendum tamen, ne tales cumulentur, quæ sibi invicem contrariæ sunt, quarumque una subvertit alteram, aut in quarum una sententia absolutoria perimeret alteram. Andr. Gayl. libr. 1. observ. 62. num. 5. Speckham cent. 2. quart. 66. n. 10. et seqq. Sim. van Leeuwen cens. for. part. 2. libr. 1. cap. 24. num. 10. adeoque nec conjungenda petitio hereditatis ex testamento cum ea, quæ ab intestato est, ut dicitur tit. de petit. heredit. nec injuriarum actio cum actione ex l. diffamari, cum altera petatur, ut reus emendat ac reparat injuriam, altera, ut actionem intra certum tempus instituat, aut alioquin sileat; quæ quam non possint simul subsistere, sponte patet. Vide Carpozium defin. for. part. 4. constit. 42. defin. 15. Non etiam cumulanda plures actiones ex eadem causa & ad idem tendentes, veluti actio ex testamento, & rei vindicatio ad consequendam eandem rem legatam; eo quod altera intentata alteram perimit l. cum filius 76. §. pen. ff. de legatis 2. Nec plures actiones contra diversos ex diversis causis debitores, cum non possit non eo modo oriri confusio; secus, si ex eadem causa simul debitores sint, Carpozius defin. forens. part. 1. constit. 2. defin. 6. plura de cumulatione impedita vide apud Zangerum de exception. part. 2. cap. 19.

15. In libello, in criminalibus edendo, nomen accusatoris & accusati delictum, ejusque commissi annum, mensem comprehendi necesse est, l. libellorum 3. ff. de accusation. adde Zangerum de exceptionib. part. 2. cap. 14. n. 29. & seqq. Sim. Leeuwen cens. for. part. 2. libr. 2. cap. 11. Diei vero expressio haud necessaria, nisi reus id postulet, ut die addito suam a criminis commissi loco absentiam, indeque innocentiam, & accusationis falsitatem, posset docere, d. l. 3. l. pen. Cod. de accusat. arg. §. item verborum 12. Instit. de inutil. stipulat. Andr. Gayl. libr. 1.

obseru. 64. num. 11. Julius Clarus *sent. libr. 5. §. fin. queri.* 12. num. 13. Wessenbecius *paratiil. Pand. tit. de accusationib. num. 12. fere in med.* Zangerus *de exceptionibus part. 2. cap. 14. num. 35. et seqq.*

16. Præter actionem, etiam instrumentorum editio frequens est; quæ materia ut paulo altius repetatur, considerandum eorum editionem, aut per actorem reo fieri, aut per reum actori, aut per tertium, eumque vel privatim, vel munere publico fungentem, alterutri, sive actori, sive reo, cuius interest edi. Actor quidem reo, etiam ante litam contestatam edere tenetur instrumenta omnia, quibus ad suæ intentionis probationem usus est, ut ita reus, inspectis illis, securus deliberet, an cedendum, an contendendum sit, l. 1. §. edenda 3. ff. b. t. l. pen. §. ult. C. b. t. *ordonnantia van Justitie binnen de steden en ten platten lande van Holland 1. April. 1580. art. 1. Instructio Curie Holland. art. 53.* Proinde si vel mentio tantum instrumenti alicujus in libello facta sit, vel in instrumento jam edito instrumenti alterius commemoratio occurrat, recte editionem ejus petit reus, antequam sese responsioni & contradictioni accingat, *autb. si quis in aliquo C. b. t. de edendo, Cravetta cons. 112. n. 15.* Guido Pap. dec. 116. Rebuffus *ad consil. reg. tom. 2. tract. de lueris dilatoriis art. 3. gloss. unic. n. 15.* Neque interest, utrum in conventionione, an vero in reconventionione actor sit, cum & in reconventionione non tantum instructus venire debeat actor, sed & reo reconvento tribuenda sit deliberandi potestas, quæ deliberatio institui non potest instrumentis non editis. Responsa Jctor. Holland. *part. 2. consil. 109.* Ant. Faber *Cod. lib. 2. tit. 1. defin. 6.* Quod si actione sibi cessa experiatur actor, ad omnia illa reo edenda obstrictus est, quæ per cedentem, si ipse egisset, fuissent edenda; sive sit liber rationum mercaturæ cedentis, sive aliud quid, quod actionis intentandæ fundamentum est: tum, ne alioquin per actionis cessionem deterior redditæ videretur rei conventi causa, arg. l. ex qua persona 149. ff. de regul. juris, l. servum quoque 33. §. ait prator 3. et §. seqq. l. pater filio 70. ff. de procurator. tum etiam, quia actionibus mandatis, mandatarius exemplo creditoris mandantis, persecutionem habet, l. nominis 8. C. de hered. vel act. vend. & eo jure uti debet, quo is, cuius persona fungitur, l. emtor. 5. C. de hered. vel act. vend. Præsertim, cum in cessionarii sit potestate cedentem legitimis adigere juris remediis, ad omnia illa tum præstanda, tum exhibenda, quæ ad cessam respiciunt actionem, arg. l. emtori 6. ff. hered. vel act. vend. Ant. Faber *C. lib. 2. tit. 1. defi. 17.*

17. Non tamen actor reo edere tenetur nomina testium, quorum depositione suam intentionem adstruendum est, ne ab adversario corrumpantur forte antequam producti sunt; qualis corruptionis metus in instrumentis edendis nequaquam subest, arg. l. non ex omnibus 39. in fin. princ. ff. de receptis qui arbitri. Sed nec instrumenta illa, quibus ad firmandam actionem institutam usus non est; etiamsi illa reo ad exceptionem probandam profutura essent: neque enim cuiquam imponendum fuit, ut contra propria laboraret commoda, aut arma suo suppeditaret adversario, quibus ipse jupuletur, d. l. 1. §. eden. 3. ff. b. t. nisi illud, cuius exhibitionem reus petit,

rei ipsius proprium sit, aut actori ac reo commune instrumentum: nihil enim magis æquum est, quam id, quod meum est, mihi edi, arg. l. prator ait 4. §. bujus 1. ff. b. t. l. pen. C. b. t. Cui consequens est, ut & mercator, qui in suum librum retulit rationes accepti & expensi, debiti & solutionis, reo convento ac petenti edere teneatur integras crediti debiti que rationes, ut ita reus inde probare possit, quantum solum sit, l. non est novum 5. l. 6. C. b. t. sive creditor ex rationibus illis agat, sive ex chirographo, quod de credito mercatorio conceptum est, cum utique rationes illæ videantur utrique communes, & æque in debitoris, ac creditoris utilitatem conscriptæ, quippe creditorem quidem concernentes, quatenus expensa continent, debitorem vero, quatenus accepta seu soluta, arg. l. si quis ex 6. §. rationem 3. ff. b. t. Anton. Faber *Cod. lib. 2. tit. 1. defin. 16.* Brunnemannus *ad d. l. 5. C. b. t.* De cetero nimium evagari puto interpretes, qui actori necessitatem imponunt edendi reo non rationes tantum, sed & alia omnis generis instrumenta, sive communia sint sive non, si modo ad exceptionis confirmationem prodesset reo possint, licet illis actor ipse usus non sit. De quibus vide Berlichium *part. 1. conclusiones 45.* quod & fieri solere testatur Ant. Faber *Cod. lib. 2. tit. 1. defi. 6. in pr.*

18. Reus quoque ex adverso edere actori tenetur instrumenta sibi eum actore communia, multoque magis ea, quæ actoris sunt propria, arg. l. prator ait 4. §. bujus 1. l. si quis 6. §. unde apparet 5. ff. b. t. arg. l. pen. C. b. t. Ant. Faber *Cod. lib. 2. tit. 1. defin. 6. in not. num. 13.* cumque rationes ab illis, qui aliena gerunt negotia, non in propriam sed potissimum in eorum, quorum negotia curant, utilitatem conscribantur; non mirum, si actione tutelæ aliavæ simili conventi, rationes edere teneantur, secundum quas actori condemnentur, l. Lucius Titius 46. §. tutela 5. ff. de admin. et peric. tit. l. quædam 9. ff. b. t. Non tamen ea, quæ ipsius rei propria sunt, ante litam contestatam per eum edenda, veluti rationes rei, ut ex illis actio moveretur; non enim oportet originem petitionis ex instrumentis ejus, qui convenitur, fundari, l. ult. in fine Cod. b. t. & nimis grave esset, urgeri reum ad exhibitionem eorum, per quæ sibi negotium fiat, l. nimis grave 7. C. de testibus, sic ut & calumniari dicatur, qui petit ab adversario rationes sibi edi, sua magnopere interesse contendens, l. pen. ff. ad exhibendum, nisi iudex causa cognita aliud decreverit, l. 1. C. b. t. aut nisi fiscus actor sit, cui ex privilegio reus instrumenta ad intentionem probandam edere compellendus est, quoties non criminale, sed civile negotium vertitur, l. ex quibusdam 2. §. item 2. ff. de jur. fisci. Nec aliud vult l. senatus 3. ff. b. t. quippe quæ, dum delatoris mentionem facit, non ad criminum delationes pertinet, sed ad eas, quibus deferbantur ac denunciabantur fisco hæreditates vacantes, vacantia bona, & alia plura per fisci administratorem occupanda, quo modo inter ea fisco nunciata, & necdum nunciata seu delata, jus nostrum non uno distinguere loco notum est, §. res fisci 9. Instit. de usucapion. l. 1. §. Divius 2. ff. de jure fisci, estque hæc delatoris significatio in tit. C. de delatoribus, qui subjunctus titulo præcedenti de bonis vacantibus, Uti & in l. 3. d. tit. C. de delatori-

bas, & l. delator 44. ff. de jure fisci, [Bronchorst *enantioph. cent. 2. assert. 94. Menoch. de arbit. jud. lib. 2. cent. 5. casu 499. n. 40. & seqq.* Fuit autem majorum nostrorum tempore jus illud fisci usque ad eo in Hollandia extensum, ut si fiscus seu camera rationum litem haberet sibi cum privatis de juribus fiscalibus seu dominicis intercedentem, admitteretur jure singulari ad inspectionem eorum, quæ ab adversa parte edita judici, adversario haud erant ex praxi vulgata communicanda, vulgo *secrete stucken*. Sed postea id rescripto Ordinum interdictum fuit, constitutumque, cameram rationum quantum ad hujusmodi acta judici per adversarium oblata eodem debere cum privatis jure uti, *Rescriptum Ordinum Holland. 19. Jan. 1593. vol. 2. placitor. p. 1441. in fine*. Quia tamen reus excipiendo actor fit, *l. 1. ff. de exception. prae. & praej.* Ideo edere auctori tenetur instrumenta illa, quibus ad exceptionem probandam usus est; sed non nisi post litem contestatam, quoties ipsam auctoris intentionem putat in dubium vocandam esse: tunc enim, habita exceptionis contestatione, ita demum hunc locum esse, monstrari convenit, si intentionem secundum asseverationem suam petitor probaverit, *l. si quidem 9. C. de exception. quo non impleto, obtineret qui convenitur, etsi nihil ipse praestet, l. qui accusare 4. C. b. t.* Quod & non servari traditum, Responsa Jurisc. Holland. *par. 2. consil. 98.* Quin imo, ubi mos viget, auctorem edere debere reo instrumenta, quibus suam reus exceptionem firmet, ratio similitudinis suadere videtur, auctori quoque per reum ea esse edenda, per quæ suam auctori replicationem probare contendit; cum non magis actor eo tempore, quo litem movere cepit, aut certus esse potuerit de exceptione rei, aut ad replicandum instructus, quam ad excipendum ipse reus: ut proinde, si favor rei editionem ei fieri debere diceret, etiam auctoris replicantis, & ita ad exceptionem excipientis, favor non minor simile ei jure editionis postulandæ censi debeat indulgere: neque enim ea ratione videri potest auctor originem petitionis ex instrumentis ejus, qui convenitur, fundare contra *l. ult. C. b. t.* sed magis factam sufficientem intentionis probationem, adversus iniqua ac vana rei effugia tueri ac conservare; Henricus Kinschot *respons. 36. num. 3. & 4. Menochius de arbitrar. jud. lib. 2. cent. 5. casu 499. n. 83. 84. Bronchorst enantioph. cent. 2. assert. 91. Berlichius part. 1. conclus. practicae. 45. num. 49. Brunnemanus ad l. ult. C. b. t. circa fin.* Adde Bachovium ad Treutler. volum. 2. *disp. 5. tit. 4. lit. A. vers. ne tum quidem.* Quod & quibusdam in casibus jure Romano probatum est: si enim legatario legatum petente, hæres Falcidia legis beneficium per exceptionem proponat, recte legatarius sibi editionem fieri desiderat instrumentorum omnium, ex quibus patrimonii quantitas potest doceri, quo suam probet replicationem de sufficiente hæreditatis ad integri legati solutionem mensura, *l. pen. §. ult. ad leg. Falcid.* aut si testator legaverit, quod ex hæreditate Titii ad eum pervenit, legatarius, hærede quantitate minore pervenisse excipiente, jure postulat sibi exhiberi tabulas illas, in quas testator retulit, quod ex ea receptum est hæreditate, *l. qui concubinam 29. §. cum ita legatum 2. ff. de legatis 3.* Idemque est in casu *l. pradiis 91. §. Titio 3. ff. de legatis 3.* Plura de instrumentis auctori per

reum edendis, ex communibus DD. opinionibus qui cumulatæ cupit, adeat Menochium *de arbitrar. jud. lib. 2. cent. 5. casu 499. Berlichium conclus. pract. part. 1. conclus. 45. n. 23. & mult. seqq.* Hahnium in *nostris ad Wesembecii paras. b. t. n. 12.*

19. Quoties autem de instrumentorum editione questio est, non totum est edendum instrumentum, si plura capita de separatim tractantia comprehendat, multoque minus integrum rationum volumen, totumve liber mercatorius, accepti omnis expensive descriptionem habens; sed magis ea sola pars, solumve caput illud, quod ad deductam in judicium controversiam, ejusque adstructionem spectat, una cum rationum aut instrumenti capite seu principio, sine cujus inspectione eæ, quæ eduntur, partes intelligi non possent; quo sensu rationes a capite edendas esse, Jurisconsultus admonuit, *l. renatur 3. l. argentarius 10. §. edi autem 2. ff. b. t.* Plane, si de unico tantum negotio instrumentum aut rationes conscriptæ sint, vel omnia rationibus instrumentisve contenta in judicium forte generale deducta; dubium non est, quin integræ scripturæ editio faciendæ sit, *l. 1. §. edere non videtur, 4. ff. b. t. l. Lucius Titius 45. §. tutele 5. ff. de admin. & peric. tutor.* Quemadmodum & ipsi judici, ita ex causa jubenti, totum edendum esse volumen totumve instrumentum, ex praxi quotidiana tradit Andr. Gayl. *lib. 1. observ. 105. n. 10.*

20. Insuper in auctoris reive, aut omnino ejus, cujus interest, utilitatem tertius editionem instrumentorum aut rationum penes se existentium facere jubetur: quid enim, si tertius instrumentum meum rationesve meas possideat? utique æquitas, exhibitionem mihi fieri debere, dicitur, *l. in hac actione 3. §. interdum 14. ff. ad exhib. tot. tit. ff. de tabul. exhib.* de quo plenius ad *d. tit.* Adeo ut & ipse fiscus communia sibi cum privato instrumenta edere isti privato teneatur, *l. pen. C. b. t.* dummodo is, cui ea eduntur, caveat, se contra fiscum iisdem non usurum; aut, si usus fuerit, causa casurum. Nec mirum, fiscum non edere ita, ut sibi noceat, cum nec ullus alius debeat adversus fiscum acta edere vel instrumenta, *l. in fraudem 45. §. neque 5. §. ipse autem 6. ff. de jure fisci.* Sane, ut quis suas proprias ac privatas rationes tertio ad litem cum alio instruendam edere teneretur, jura non desistant; licet enim unusquisque invitus in causâ tertii ad perhibendum de veritate testimonium compelli possit, ut dicitur *tit. de testibus*; id tamen ad instrumenta edenda non invenitur porrectum; (vide tamen Schurphium *cent. 2. consil. 85.*) præsertim si, quod nunc plenius tradendum, consideremus, constitutum nominatim fuisse editio prætorio, ut editionem faciant argentarii, seu nummularii, qui & collectarii, collectores, dicti, Gothofredus ad *l. quisquis judici 10. C. si certum petatur*, quorum officium aliquo modo publicum erat, aut saltem publicam habebat causam, *l. argentarius 10. §. ideo 1. ff. b. t. & mensa publicam fidem, l. si ventri 24. §. in bonis 2. ff. de rob. auctor. jud. possid. nec in femininum, sed solum virilem cadebat sexum, l. pen. ff. b. t.* licet & servos potuisse argentariam facere, Ulpianus notet *l. prætor ait 4. §. sed si 3. ff. b. t.* Per hos etenim uti multa alia, ad hunc titulum non ita pertinentia, tractabantur, quæ plene congesta vide apud Cujacium

ad l. si unus 27. ff. de pablis & lib. 10. observ. 14. Speckham cent. 1. qu. 68. Ant. Matthaeum de action. lib. 1. cap. 2. num. 7. 8. 9. & cap. 3. num. 2. ita quoque, tanquam peritos, contractuum suorum condiciones, pecuniarum & negotiorum suorum rationes, solutiones, expansiones, & alia confici ac conscribi curarunt plerique Romani, sic ut praecipuum eorum ministerium & opera fuerit, actus sui rationes diligenter conficere, l. argentarius 10. ff. deo 1. ff. b. t. & hac in parte horum officium non longe recesserit ab eo, quod hodie est notariorum nostrorum seu tabellionum; ideoque ea, quae de argentiariis dicantur Romanae leges, extendi ad eosdem haud inepte queant, uti & ad graphiarios, secretarios, & similes iudicibus additos, juxta jus canonicum cap. quoniam 11. extra, de probation. ut cum aliis notat Ant. Matthaeus de jud. disp. 6. ib. 41. Groenewegen ad l. 10. ff. b. t. Nec interest, eo tempore, quo editio petitur, argentariam exercent, an exercere desiderint, l. prator ait 4. ff. b. t. Quid quod & haeredes argentariorum edere oporteat, sive ejusdem cum defuncto professionis sint, sive non, nam cum in locum & jus argentarii succedant, partibus ejus fungi debent, l. quidam 9. ff. nihil. 1. l. si quis 6. ff. cogantur 1. ff. b. t. non item legatarii alique particulares successores, nisi possideant, d. l. 9. ff. 1. ff. b. t. Sed cum apud nos acta tabellionum post ipsorum obitum ad archivia publica deferri oporteat, si id factum fuerit, editionem facient illi, quibus cura instrumentorum talium ac custodia publice demandata est; aut si graphiarii alique similes ea conscripserint, successores in officio; Groenewegen dist. loco. Quod si plures fuissent argentarii, aut plures unius haeredes, omnes edere debeant, aut unius editioni subscribere, d. l. 6. ff. 1. ff. b. t.

21. Edenda vero per argentarios rationes non promiscue omnibus desiderantibus, sed illis tantum, qui sua interesse iurejurando calumniæ interposito profitentur, non forte vel supervacuas rationes, vel quas habent, edi sibi postulent, argentarii vexandi causa, l. si quis 6. ff. exigitur 2. l. quidam 9. ff. ceterum 5. ff. b. t. Sed uti moribus passim iusjurandum hoc non amplius per eos, qui a tabellionibus instrumentorum petunt editionem, praestari consuevit, Wesembecius paratit. Pandect. b. t. n. 13. in pr. Berlichius paratit. Pand. b. t. num. 11. Andr. Gayl. lib. 1. observ. 106. in pr. Hieron. Schurphus com. 2. consil. 85. Respons. Jurisc. Holl. part. 4. consil. 11. & 12. Sim. van Leeuwen cons. for. par. lib. 1. cap. 8. num. 4. & 6. Etenim ne iudicis quidem in potestate est, pro arbitrio & promiscue instrumentorum omnium editionem decernere: quid enim si quis alterius etiamnum vivi testamentum sibi edi desideret sine testatoris voluntate? quid si is, contra quem testes deposuerunt, sibi postulet copiam fieri descri-

bendi inspicendive depositiones eorum, antequam ex juris dispositione aut consuetudine fori publicatio testimoniorum facienda est? certe non vivi tantum testamentum tertio exhibendum non esse responsum est l. 1. ff. pen. ff. de tabulis exhibend. l. tabularum 2. ff. si dubietur 4. ff. testam. quemadmodum aper. inspic. & describ. sed & qui vivi tabulas testamentarias aperuerit, recitaverit, resignaverit, in legem Corneliam de falsis incidere, l. 1. ff. b. t. qui aperuerit 5. ff. ad leg. Corn. de falsis, l. si quis aliquid. 58. ff. qui vivi 7. ff. de panis, Paulus recept. sen. lib. 5. tit. 25. ff. 6. Et frustra tunc iure Romano, tum usu hodierno, publicationi testimoniorum locus demum esset post ulteriorem productionis renunciationem, propter metum imminentis aliquin subornationis ac falsitatis, si quovis tempore testimoniorum per tabellionem edendorum decretum iure posset a iudice interponi, d. respons. Ictur. Holl. part. 4. consil. 12. in fin.

22. De cetero non interest, utrum is, qui editionem ab argentario postulat, editis uti velit contra tertium, an contra ipsum argentarium, dum ei cum argentario lis intercedit, l. argentarius 10. pr. ff. b. t. cum enim singulorum rationes argentarii conficerent, aequum fuit, ut id, quod alterius causa conferant, tanquam quodam modo proprium ejus instrumentum, eidem exhiberent, l. prator ait 4. ff. 1. ff. A. 1.

23. Non tamen argentario ipsi haeredive ejus rationes suae propriae edenda sunt; cum ipse instrumentos professionis suae instructus esse possit, & absurdum sit eum petere, ut edatur sibi, qui in ea ipse causa est, ut edere teneatur. Sed nec ei, cui semel editio facta, iterato edendum; cum editione prima videatur ei abunde consulum. Ex causa tamen tum argentario ipsi, tum haeredi ejus, ut & ei, cui semel facta, editionem fieri prator jubet. Quid enim si naufragio, ruina, incendio, aliove casu simili, se suas aut sibi editas rationes perdidisse, aut in longinquo habere probet? quid si editio prima minus plene minusque legitime facta appareat? l. si quis 6. ff. prator ait 4. 9. 10. l. 7. pr. & ff. 1. ff. b. t. Nec sine fundamento hinc ex rationis similitudine conchuseris, regulariter quidem illis in casibus, in quibus, propter contractum ultro citroque obligatorium, velut emptio, venditio, locatio, conductio, societas, quisque contrahentium instrumentum conventionis habet, alteri per alterum non oportere illud edi: si tamen alteruter illud amissum conqueratur, recte eum ab altero editionem & descriptionis solemnia licentiam expetere, Papon. lib. 9. tit. 8. arrest. 7. Henr. Kinschot respons. 36. n. 1.

24. Facienda autem per argentarium editio in illo loco, in quo argentarium exercuit; non alibi nisi sumptibus petentis & dilatione ad perferendum indulta: adeo ut, si in alia provincia argentarium exercuerit, in alia rationes habeat, edere tamen teneatur ibi, ubi eam exercuit; cum hoc ipso de iuris se censendus sit, quod alio instrumentum transulerit, l. prator ait 4. ff. ult. l. 5. l. 6. pr. ff. b. t. Et rationes quidem edenda cum die & consule; alia vero instrumenta seu magis exempla ex authenticis descripta, sine die & consule, quo scripta sunt, l. 1. ff. editiones 2. l. prator ait 4. pr. ff. b. t. l. tabularum 2. ff. diem 6. ff. testam. quemadmodum aper. inspic.

et describ. Quod enim rationibus dies addendus fuerit, id inde est, quod duabus rationes paginis consent, accepti una, expensi altera, quarum collatio in ponendo pari calculo inutilis est, si omittas diem & consule: instrumenta vero, quae reo actorem edere ante litem contestatam prator jubet, satis usui esse reo videbantur, etiam non adjecto die: praeterquam quod metuendum fuerit, ne ex diei adjectione quid falsitatis excogitetur, praelato die, d. l. 1. §. 2. ff. b. t. Cujacius lib. 10. oberv. 14. in pr. Sed, cum non expresso instrumenti edendi die edens ipse facile possit falsum machinari, & ex diei adjectione reus de veritate vel falsitate eorum, quae instrumento cauta, rectius cogitare queat, arg. §. item verborum 12. Inst. de iustil. stipul. l. optimam 14. C. de contrah. & committ. stipulat. hinc instrumentorum aliorum aequae ac rationum editionem cum die & consule nunc fieri auctor est Groenewegen ad d. l. 1. §. 2. ff. b. t. adde Berlichius part. 1. conclus. 45. num. 27. & seqq. Etque in universum illud observandum, spectandam esse consuetudinem illius loci, in quo editio facienda est, si de editionis forma modoque controversia sit, arg. l. testament. 2. C. quemadmodum testam. aper. inspic. & descr. adde quae dicta sit. de consens. Princ. parte altera de statum. 13. & seqq.

25. Ceterum uti remediis ordinariis, puta, tutelae, mandati, pro socio, ad rationum redditionem editionemque adiguntur tutores, procuratores, scilicet; ita actio in factum, praetoris edicto introducta, argentarii, alique his similes condemnandi, ni editionem fecerint, ad id, quod interest, inspecto tempore, quo praetor editionem fieri decreverat, etiam si postea vel pluris vel minoris compleret interesse, l. si quis 6. §. in hoc 4. l. ubi exigitur 8. §. 1. l. argentarius 10. §. ult. ff. b. t. Cujacius d. lib. 10. oberv. 14. Ut tamen non aliter locum habeat persecutio ejus, quod interest, quam si dolo malo, aut culpa dolo proxima factum fuerit, quod minus jussu praetoris de edendo sit paritum; sive nullo modo editio subsequuta sit, sive malitiose facta, l. ubi exigitur 8. pr. ff. b. t. Cui consequens est, ut absolvendus sit, a quo editio petita, quoties iurejurando declarat, se rationes petitas aut instrumenta neque possidere, neque destisse dolo possidere; si adversarius in contrarium nihil probet, arg. l. praetor ait 4. §. sed si corrus 3. l. quendam 9. §. nihil interest 1. ff. b. t. l. ult. in mod. C. de fide instrum. Carpiovius defun. forens. parte. 1. consil. 17. defun. 28. Ant. Thezaurus dec. 171. Berlichius part. 1. conclus. 45. n. 3. Brunnerianus ad d. l. ult. C. de fide instrum. Plaque, si vel lite pendente, vel brevi ante, quis possessionem se habuisse confiteatur aut vincatur, absolvendus non foret, etsi se sine dolo amisisse jurato declarare paratus sit, nisi manifeste satis ipsum illum causam doceat, quo amissio contigit; aliquoquin oblata iurisjurandi praestatio non liberabit eum, quo minus ad id, quod interest, iurejurando in litem ab adversario actionandam, aut saltem arbitrio iudicis moderandam, damnetur; praestetur cum instrumenta sui juris, id est, propria, & in qua jus habet actionis petitor, exhiberi cupit, l. non ignorabis 4. C. ad exhibendam, l. pen. ff. de in litem jorando, arg. l. si credider 5. C. de pign. act. Respons. Jctor. Holland. part. 3. mel. 2. cons. 355. responsa 255.

26. Datur autem haec in factum actio non ipsi tantum, cui editio facienda erat, sed & haeredi ejus; non tamen ultra annum, nec in haeredem, nisi ex proprio facto, l. ult. ff. b. t. quasi ex delicto quodam & dolo nata, exemplo actionis in factum adversus mensorem ob renunciata falsam mensuram; & adversus eum, qui alienationem iudicii mutandi causa fecit, l. si duobus 3. §. pen. ff. si mensor falsi. mod. dixerit, l. item si res 4. §. ult. l. 5. 6. 7. ff. de alienat. jud. mut. causa.

TITULUS XIV.

De Pactis.

SUMMARIUM.

1. Quid sit pactum, quibus a pollicitatione & contractu distet?
2. Pactum nudum, etsi geminatum, non parit actionem.
3. Pactum nudum liberatorium non ipso jure, sed opo exceptionis tollit civilem obligationem, exceptis quibusdam casibus. Et quid juris, si quis pactum promiserit, se liberaturum suum debitorem, nec tamen liberet?
4. Qui sint effectus pacti nudi obligatorii?
5. De pactis legitimis civilibus aut praetoriis; & pactis adjectis, circa contractum accidentia, naturam ordinariam, aut substantiam.
6. Pactum in continenti adjectum bonae fidei contractui parit actionem; & qualem?
7. Ex pacto contractui stricti juris adjecto actio non datur. Sentus l. 27. §. 6. ff. de pactis l. 40. ff. de reb. cred.
8. De Pactis contractui bonae fidei ex intervallo appositis tum adjectis, tum detrabenibus.
9. Hodie ex nudo pacto actio datur.
10. Pacta vel publica vel privata sunt; ubi de fideiuribus &c. Pacta hostibus, rebellibus, latronibus, hereticis servanda esse.
11. Quid sint pacta realia, & an quis nominatim uni haeredi pacisci possit pacto liberatorio aut obligatorio? an unum ultra partem hereditariam gravare?
12. An pactum fidejussoris prosit reo principali aut confidejussoribus? & an alteri quis pacisci possit, tum Romano, tum moderno jure?
13. Quid sit personale pactum, & quibus prosit?
14. An pactum personale prosit fidejussori? mandatori quidem, at non fidejussori contra debitorem principalem actionem a creditore cedi. In dubio pactum reale magis praesumi, quam personale.
15. Pactorum tutorum exempla; in illatis in praedictum; solutis in antecessum usuris; creditoribus entorem hereditatis sponte iudicium suscipientem conventionibus, licet in solvendo non sit; in redactione pignoris, vel chirographi. Quid juris, si ex duobus ejusdem debiti chirographis unum reddatur? Quis probet, si creditor neget, se reddidisse chirographum, quod debitor tenet?
16. Non valent pacta turpia, stolidia, impossibilia, ad delinquendum invitantia; nec de futura successione tertii certi videntur; nec, ut pacticentium unus alteri succedat, vel sibi mutuo ultimas superstit. Quid si tertius consenserit in pactum;

- de sua successione, nec postea mutet? Quid si alteri quis promiserit, se cum institutum, ei legaturum, nec postea faciat? quid si titulo donationis, executione in mortem dilata? de patris illustrium familiarum successoris, remissio.
17. Valent tamen de successione tertii incenti, vel certi quidem, sed jam defuncti, si dubius sit fideicommissi suspensi eventus.
 18. Non valent inter clientem & patronum de quota litis. Nec, ut demum obtenta victoria advocatus salarium petat. An avvocato vel procuratori, pendente lite, legari, donari possit?
 19. An pacta subsistant inter medicum & aegrotum?
 20. Non valent ea, quibus dominus sibi de re sua arbitrium adimit, ne quid in re sua faciat, si alterius interit. An pacta rem efficiant?
 21. An valeat pactum inter duos, ut, uter prior matrimonium contraxerit, alteri pecuniam aut penam praestet?
 22. Nemo paciscendo nocere alteri potest; ne debitor quidem principalis suo fidejussori.
 23. Si major pars creditorum cum debitore paciscatur in partem debiti, id reliquis non nocet; nec tutor sibi obest, si pupilli nomine cum majore creditorum parte pactus in partem sit, quo minus ipse solidum petat Ius singulare Zelanderum.
 24. Pactum majoris partis creditorum nocet minori, si heres debitoris obarati adire nolit, nisi pactio in partem facta.
 25. Quo casu etiam tutor pupilli heredis nomine paciscens eadem parte debet contentus esse, si creditor sit.
 26. Nec hoc jus mutatum, aut moribus abrogatum, post inductum beneficium inventarii.
 27. Idem est, si debitor obaratus vivat quidem, sed latius, nec usquam bona appareant; nec sistere se velit, nisi post pactum in partem.
 28. An pactus in partem cum debitore, petere possit partem, quam remissi, si debitor ad meliorem fortunam redeat? An non saltem partem remissam petere possit a fidejussore debitoris?
 29. An in hisce pactis creditorum cum debitore latitante vel herede ejus connumerandi sint creditores hypothecarii, privilegii? & an illis noceatur pacto tali?
 30. Chirographarii simplicibus similes bodie sunt, qui nudam mobiliam a se non possessorum hypothecam habent.
- x. Pactum a pollicitatione distat, quod pollicitatio solius offerentis promissio sit: pactum vero duorum pluriumve in idem placitum consensus atque conventio, de re danda, facienda, vel praestanda, cui tamen non obligandi causa ex se & sua natura. In quo postremo pactum diversum est a contractibus, qui conventiones sunt ex se & sua natura actionem parientes, l. pactum 5. ff. de pollicitationib. l. 1. §. 2. §. 3. ff. de. t. an autem pactum an contractus sit initus, non tam ex verbis, quam potius ex mente conventionium colligendum est, qui, si verba stipulationi adaptata adhibuerint animo paciscendi, pactum erit, l. juris gentium 7. §. quod fere 12. ff. de. t.
- a. Pactum aliud nudum est, aliud non nudum,

quod & vestitum DD. appellant. Confer Vinnium de pactis cap. 5. Nudum dicitur, quod in nudis & simplicibus conventionis terminis consistit, solam naturalem pariens obligationem, non actionem, neque restringeretur oris libertas, & imprudenter saepe verborum temere prolatorum laqueis caperentur, l. juris gentium 7. pr. & §. sed cum 4. ff. de. t. l. legem 10. C. de. t. l. si tibi 27. C. de locato. Paulus recept. sent. lib. 2. tit. 14. §. 1. Hinc neque geminato pacto actio nascitur, cum geminati nulla vis sit, nisi id lege cautum fuerit; neque ex pacto, quod iurejurando firmatum est, cum iusjurandum sequi solet naturam actus, cui apponitur, ex generalibus principiis. Nec hisce refragatur, quod ex pacto naturalis obligatio nascitur, & ex naturali obligatione actio, l. naturales 10. ff. de oblig. & action. l. fidejussor 18. §. naturales 4. ff. de fidejussor. & mand. latius enim in dd. accipitur naturalis obligatio, sic ut & eam comprehendant, quae simul cum civili obligatione conjuncta est; quo modo & liberi naturales dicuntur, qui tamen simul legitimi sunt, ex justis nuptiis procreati, pr. & §. 2. Instit. de adoption. estque in dd. animus Jurisconsulti, explicare, ex quibus iudiciis colligi possit, naturalem subesse obligationem: duplex autem constituit signum; primo quidem, si actio aliqua ex negotio nascatur; quo casu civilis quidem subest obligatio, sed tamen & evidens est, eo casu naturalem subesse: secundo, si exceptio & retentio soluti competat; quo casu naturalis tantum est obligatio; quippe cuius hic in genere effectus est, quod conditionem indebiti faciat cessare, l. naturaliter 15. l. si quod dominus 64. ff. de condic. indeb. Nec magis urget l. nuda 5. C. de contrab. & commiss. stipul. ubi ex pacto litis contestatio facta, adeoque actio ex pacto nata proponitur. Etenim, an pactum illud nudum fuerit, an adjectum bonae fidei negotio, aut a lege vel pratore firmatum, non illic exprimitur: ut proinde secundum alias leges intelligi commode queat de pactioe non nuda, sed tali, quae secundum generalia juris praecepta potest actionem producere. Minus denique in contrarium facit l. dedi tibi 5. §. quinimo 4. ff. de condic. caus. dat. eo quod ibi non dicitur pacto placuisse ut daretur, longe minus nudo id placuisse pacto; sed potius placuisse eo placiti genere, quod ad contractus pertinet; cum subnectatur, actionem competere, quae ex hoc contractu, stipulatione scilicet certae quantitatis, nascitur, id est, conditionem, adde t. de condic. caus. data.

3. Interim pactum nudum vires has habet, ut, si liberatorium sit, obligationem naturalem precedentem ipso jure civilem ope exceptionis tollat. §. praeterea 5. Instit. de exception. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis 4. ff. de solution. eo excepto, quod quaedam a lege adjecta pacta ipso jure perimunt obligationes civiles, l. legitima 6. ff. de. t. atque ita & injuriarum, & furti actio, ipso jure per pactum extinguuntur, l. si tibi 17. §. quaedam 1. ff. de. t. nec non actio hypothecaria ex pacto hypotheca data; quippe quae ut ex pacto nascebatur, sic naturalis erat, eam quoque pacto contrario, ne res hypotheca esset obligata, tolli. Id quod volunt Imp. in l. major 25. C. de pignoris, dum ajunt, majorem annis 25. persequi non posse pignoris conventionem remissam,

habet solo pacto, quippe quod munus jurisdictione; id est, edicto pratoris, ut notat Gothofredus ad l. l. legisque hujus sensum reddidit aptiorem. P. Noodt *probabil. lib. 2. cap. 8. num. 1.* delecto commate, seu distinctione post verbum *pactum*. Aliter quam statuendum foret, si pactum non de hypotheca, sed ipso principali debito conceptum esset, *ne petatur*; tunc enim, uti principale debitum non nisi ope exceptionis extinguebatur, accessoria quoque hypotheca obligatio, principalem imitata, & tantum propter cessationem principalis obligationis ipsa quoque cessans, non nisi exceptione videbatur perimenda, l. si tibi 17. §. de pignore 2. ff. b. t. ita enim in aliis quoque casibus, licet regulariter pactum pacto ipso jure tolleretur; d. l. 95. §. 4. ff. de solutione. tamen si precedente civili & efficaci obligatione, pactum de non petendo sit interpositum, iterumque postea, *ut petere liceat*, pactum prius per posterius non ipso jure, sed replicationis ope enerabitur, l. si unus 27. §. pactus, ne peteres 2. ff. b. t. Revardus accurate 2. *variorum cap. 6.* Quod si quis pacto promiserit, se debitorem suum ab obligatione liberaturum, neque tamen postea re ipsa pactum de non petendo interponat, jure Romano ad liberationem agi nequit; quia ex pacto nudo ad facti implementum actio non competit, l. inra ilium 41. ff. b. t. arg. l. stipulatio 38. ff. de V. O. & quamvis jure moderno pactis nudis eadem, qua stipulationibus, efficacia tributa sit, adeoque hoc casu debitori contra creditorem, ad liberationem faciendam actio prodita; tamen in hac facti specie ad eam confugere supervacaneum fuerit. Cum & sine ulla actione perinde res habenda sit, ac si pactum de non petendo fuisset interpositum, & liberatio facta: si enim debitor ex pacto priore de liberando ad ipsam contenderet liberationem, aut alioquin (ut fit in facti obligationibus) ad id, quod interest prius pactum non fuisse impletum; illud, quod interest in nullo alio posset consistere, quam in eo, ut debitor ab obligatione liber esset. Quemadmodum ergo is, cui liberatio legata est, licet actionem ex testamento habeat, commodissime se adversus haredem agentem exceptione tuetur, l. liberationem §. nunc 3. l. quod mihi 22. ff. de liberat. legat. l. si creditoris 17. C. de fideicommissis, ita & hic juxta d. l. 41. ff. b. t. Abr. a Wesel de connub. bon. societ. tract. 2. cap. 6. num. 25.

4. Quod si obligatorium pactum nudum sit interpositum, non contemnendos (si actionis productionem excipias) jure civili effectus sortitur: novari enim & in constitutum deduci, & compensari & fidejussores ac pignora admittere potest inde nata naturalis obligatio, impeditque soluti conditionem; ut suis hac locis tractanda latius.

5. Pacta non nuda obligatoria sunt, quibus ultra simplices fines conventionis vis aliqua civiliter et efficaciter obligandi extrinsecus accedit. Idque vel a jure pratorio, quod in hypotheca et constituto contingit l. si tibi 17. §. de pignore 2. ff. b. t. l. 1. ff. de consit. pecun. vel a jure civili, veluti in pacto donationis, l. si quis argentum 35. C. de donation. dotis, l. pen. C. de dotis promiss. usurarum civitati vel argentario, vel ex trajectitia pecunia, vel ex speciebus, velut oleo, frumento, mutuo datis, debitum, l. etiam 30. §. de usuris, l. frumenti, 12. leg.

olei 23. C. eod. tit. leg. periculi 5. §. ult. ff. de nautic. fanore, nov. 136. cap. quia vero legem 4. & cap. 5. vers. si vero, cujus generis pacta legitima conventiones appellantur, l. legitima 6. ff. b. t. vel denique, quia accedunt contractui. Ut tamen neque omnia pacta contractibus recte adjiciantur, neque omnia recte adjecta actionem pariant. Aut enim interponuntur de iis, quæ contractibus adesse, et ab illis abesse possunt, ac a vulgo accidentalitad dicuntur; neque dubium quin ista pro contrahentium arbitrio addita sustineantur. Aut de iis concipiuntur, quibus receditur ab ordinaria contractuum natura; ac nec ea causa sua carebunt firmitate, manente in ceteris propria contractus natura, quam a jure habet. Qua ratione gratuitum quidem est mandatum, et depositum: sed si id actum sit, ut remunerandi gratia honorarium mandatario prastetur, locus erit exactioni honorarii, et tamen in ceteris erit mandati actio, l. si remunerandi 6. in pr. l. 7. ff. mandati, junct. §. ult. Instit. eod. tit. et, si notissimos depositi terminos egressi sint deponentes ac depositarii, dum id egerunt, ut depositarius, nummis depositis, tantundem redderet, cum medii temporis usuris, lex contractus seu pactum servandum erit, servata in reliquis communi circa depositum juris dispositione, l. Lucius Titius Sempronio 24. ff. depositi. Aut denique adjiciuntur ita, ut ipsam contractum subvertant substantiam; eoque casu generali non potest definitio tradi, quid juris sit; quandoque enim totum vitiatur negotium perinde ac si nihil gestum esset; dum forte impossibilia pacto comprehensa sunt, l. non solum 31. ff. de oblig. & action. quandoque, valente principali negotio, irritum est et inutile pactum adjectum, impune negligendum: veluti, si id in deposito aut precario actum fuerit, ne intra certum tempus rem depositam, precariove concessam repetere liceat, l. 1. §. si deposueris 45. 46. ff. depositi, l. cum precario 12. ff. de precario, quandoque ipsum immutatur, principale negotium, sic ut ex vi pacti contra substantiam adjecti transeat in aliam negotii speciem; quod fit in emptione inita cum pacto de pretio non solvendo, quo casu donatio esse creditur, arg. l. ult. ff. pro donato, junct. l. cum in venditione 36. l. si quis donationis 28. ff. de contrab. emt. uti & in donatione mortis causa cum pacto, ut nullo casu revocetur; quippe quæ ex tali adjectione perinde habenda est, ac alia quævis inter vivos donatio, l. ubi ita donatur 27. ff. de mortis causa donat.

6. Posita autem pactorum adjectorum validitate; non ideo protinus etiam ponenda actionis producenda vis; sed demum, si bonæ fidei negotiis in continentem adjecta fuerint; quo casu & formare dicuntur actionem, & ex iis actio competere, l. juris gentium 7. §. quoniam 5. ff. b. t. l. in bona fidei 13. C. b. t. non eo quidem sensu, quod nova quapiam & nominata actio inde descenderet; sed magis quod ex ipso contractu actio nata, quæ ex propria contractus natura non erat comparata ad id petendum, quod pacto placuit, nunc ab ipso pacto formam accipiat, & idonea efficiatur ad ea quoque persequenda, quæ pacto acta. Fundum concipe venditum. confini ea lege, ut venditori per fundum venditum emtor servitutem constituat ad fundum alterum conterminum venditoris proprium: venditi quidem a

Oio, in se spectata, ad id inventa est ut pretium cum usuris ex mora venditor obtineat; non vero, ut servitutis constitutionem consequatur; sed quia id pacto in continenti appositum actum est, ex emto actio ad impetrandam quoque servitutis impositionem jure movebitur. Idemque de ceteris similibus jus est, *l. qui fundum 75. ff. de contrab. emt.*

7. Quod si stricti juris negotio pactum in continenti aut ex intervallo appositum fuerit, ad actionem producendam, eamve formandam, inefficax est. Hinc si mutuo datis decem, pactum sit, ut undecim reddantur, vel decem cum usuris; neque undecim peti possunt, neque usurae pacto comprehensae, sed sola decem, *l. rogasti 11. §. si tibi 1. ff. de reb. creditis, l. quamvis 3. C. de usuris. arg. l. in bone 13. C. b. r.* Nec in contrarium movere debet, quod pacta dicuntur inesse stipulationi, *l. lecta 40. ff. de reb. creditis, l. item 4. §. ult. ff. b. r.* pacta enim dupliciter dicuntur inesse contractui, puta, vel ex parte actoris, vel ex parte rei, unde & Ulpianus in *l. Juris gentium 7. §. quin imo 5. ff. b. r.* cum dixisset, *pacta conventa inesse bona fidei iudicii*, subiungit, sed hoc ita accipiendum esse, ut si quidem ex continenti subsecuta sint, *etiam ex parte actoris insint*; innuens eo ipso ea quoque inesse posse ex parte rei, sic ut non actionem pariant, sed exceptionem tantum, reo profuturam. Dum ergo in *d. l. 40. d. l. 4.* pacta dicuntur inesse stipulationi, id accipiendum est, ut insint ex parte rei: quod & dicit ipsa pactorum in utraque lege propositorum natura; cum utraque non obligatoria sint, sed liberatoria, non in utilitatem creditoris, sed sublevandi debitoris gratia, interposita, ne scilicet ille adigatur ad sortem reddendam, donec usuras solvit, *d. l. 4. vel ne simul & semel ad totius sortis restitutionem compellatur, ut ab initio promiserat, sed annua, bima, trima die, d. l. 40.* sic ut utroque in casu ne inveniri quidem possint termini habiles actionis: ex pacto producenda. Neque turbant verba in *med. d. l. 40. & si (ut ille putabat) ad exceptionem tantum prodesset pactum*, (quamvis sententia diversa obinuerit) tamen usurarum obligatio, ipso jure non committetur &c. non enim inde sequitur, actionem ex pacto dari, cum termini habiles actionis ex pacto, in *d. l. 40.* non inveniantur, ut dictum: sed magis eo pertinent, quod videatur fuisse dissensus Actorum, quorum alii credebant, pacta hujusmodi liberatoria, stipulatoria, stipulationi & mutuo adjecta, non impedire obligationem ipso jure, sed ope exceptionis; alii contra ipso jure obligationem tali pacto adjecto putabant diminutam: quo modo in *d. l. 11. §. 1. ff. de reb. creditis*. Ulpianus tradidit, si tibi dedero decem, sic ut novem reddas, non amplius te ipso jure debere, quam novem. Vel etiam, Jurisconsultus in *d. l. 40.* licet hoc aliis in casibus verum esset, quod quis ex pacto non ipso jure tutus esset, sed ope exceptionis, tamen in facti specie illic proposita debitorem ab obligatione usurarum ipso jure tutum fore, & obligationem usurarum ipso jure non committi; quia praestandarum usurarum causa deest, mora scilicet, non enim, inquit, in mora est is, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest; & ita absurdum esset, obligationem sine ulla obligationis causa nasci; absurdum, exceptione rerum se tueri, qui nulla potuit actione ad usuras conveniri, dum

exceptio actionem summo saltem jure efficacem praerequirat; actio obligationem, obligatio ad usuras moram; quae nulla hic fuit ob datam pacto posteriore solutionis dilationem. Minus obstat *l. si unum 27. §. sed si stipulatus 6. ff. b. r.* non enim illic ex pacto interposito efficaciter de Stichio agitur, sed ex stipulatione. Quod ut apertius constet, considerandum, in toto §. 6. non de obligatorio tractari pacto, sed liberatorio, quo vel in totum vel pro parte tolleretur obligatio ex stipulatu ad Stichium aut decem nata. In totum quidem, si pactum simpliciter intercessisset, *ne decem petantur*; exceptionem enim pacti in totum obstituram agenti ad Stichium aut decem; quia, ut solutione & petitione & accptione unius rei tota obligatio solveretur; ita pacto quoque convento de una re non petenda interposito, tota obligatio summo moveretur. Pro parte vero, si id actum esset, *ne decem sed Stichius praestetur*; quia hoc casu pactum liberatorium limitatum fuit ad decem, & nominatim cautum, ne ad petitionem Stichi impediendam vires extenderet; ideoque subjungitur posse efficaciter de Stichio agi, nulla exceptione opponenda; quippe quae opponi quidem potuisset, si decem petita fuissent, at non Stichio petito, cujus intuitu obligatio ex stipulatu per pactum ita subsecutum non fuerat enervata. Et hoc ipsum est, quod a Paulo actore *d. l. 27.* tractatur in *l. si emtio 4. ff. de rescind. vend.* dum ait, *si emtio contracta sit, roga, puta, aut lancis, & pactus sit venditor, ne alterutrum emtio maneat, potest resolvere obligationem hujus rei nomine duntaxat*. Etenim verba illa, *ne alterutrum emtio maneat*, non sunt ipsa verba pacti interpositi, seu pacti formulam nequaquam constituunt; cum illud ea ratione obscurum prorsus & ineptum esset exempta obligationi; sed potius praesupponunt verba alia apta ad id efficiendum, *ne alterutrum emtio maneat*: quae vero sit ista locutio, quae formula, quae id fiat, ex *d. l. 27. §. 6.* colligendum; videlicet, cum non simpliciter pactum est, *ne roga petatur*; sed cum plenius id actum, *ne roga, sed lancis petatur, vel ne roga, sed lancis emtio sit*: quae explicatione adhibita nullus inter *d. l. 4. & l. 27. §. 6.* dissensus est. Liberatorii vero hujus pacti, quo id actum, ne decem, sed Stichius praestetur, effectus atque utilitas potissimum in eo est, quod debitor intereunte Stichio, qui solus in obligatione remanserat, in totum liberetur; non liberandus, si adhuc alternatim obligatio ad decem aut Stichium mansisset; quippe quo casu non unius, sed demum utriusque rei interitus eum reddidisset immunem a praestandi necessitate, *l. arbitraria 2. §. Scavola 3. ff. de eo, quod certo loco l. cum in 32. pr. ff. de condit. indeb. l. si in emtionis 34. §. pen. ff. de contrab. emt.* Sic nec opinioni huic adversatur, quod loci adjectio facta in mutuo, in stipulatione, in legato, velut pacto contractui apposita videri posset formare actionem de eo, quod certo loco, juxta *l. si heres 3. l. §. 1. 7. §. 1. ff. de eo, quod certo loco*; tantum enim abest, ut eam solvet, ut si certiores rationem sequamur, potius contra passionem ex aequitate praetoria detur actio de eo, quod certo loco: nam, cum actor reum, alio in loco extra adjectum conveniens, summo jure repeti posset exceptione illa, quod non debito loco peteret, atque adeo loci adjectio prodesset reo ad excipiendum; praetor hanc

exceptionem, ex summo jure reo data, conquiscescere jussit, actione arbitraria alibi permessa, l. 1. ff. de ea quod certo loco. Similiter ex eo, quod pacto prorogatio jurisdictionis fiat, ac inde potestas aliam apud judicem intendendi actionem nascatur, juxta l. pen. C. de pactis, non recte concluderis, actionem ex pacto formari: cum utique nullam inde formam novam actio acquirat, aut ullam patiatur mutationem; dum neque plus neque minus actione aliud actor petit aut consequitur apud judicem ex prorogatione competentem, quam consecutus esset, si apud eum egisset, qui sine prorogatione competens est; qualis tamen mutatio requiritur, ut actio formari dicatur, seu formam novam a pacto accipere. Leviora denique sunt, quæ ex l. debitori suo 7. l. piam 27. C. b. t. cum res sit 22. C. de donation. l. & eleganter 7. §. servus 8. ff. de dolo petuntur argumenta, cum partim agant de actionibus ex stipulatione, quæ pacti confirmandi causa erat appositæ, natis; partim de pactis, quæ datione vel facto subsequuto transiverant in contractus inominati naturam, & ita doli aut præscriptis verbis actiones producebant. Confer Vinnium de pactis cap. 10.

8. Quod si non stricti jura, sed bonæ fidei negotiis pacta ex intervallo demum accedant; videntur, ad adjicientia sint, an detrahentia. Adjicientia dicuntur, quæ non de substantialibus alicujus contractus, sed de adminiculis ejus interponuntur, veluti de arrhis, cautionibus, evictionibus præstandis. Detrahentia sunt, quæ ex iis, quæ ad ipsam contractus substantiam pertinent, quid mutant, & faciunt, ut a priori contractus videatur pro parte recessum, ac novus celebratus, l. pacta conventa 72. ff. de contrab. omi. l. juris gentium 7. §. adeo autem 6. ff. b. t. Et detrahentia quidem pacta actionem formant, cum videantur novum facere contractum, priore sublato. Adjicientia vero nec insunt ex parte actoris, nec actionem formant, sed tantum pariunt exceptionem, ad. II. confer Ravarenm lib. 2. varior. cap. 1. pag. mihi 540. & seqq.

9. Ceterum si non hæ circa pacta, actionem formatia aut non formatia, distinctiones necessariae prorsus essent, ad Romani juris genuinum intellectum, legumque sine hoc præcognito, partim obscurarum, partim iniquitatem redolentium explicationem; potuissent sane quantum ad fori usum attinet silentio involvi; eo quod nunc tralatitium prorsus est, & passim receptum, ex pactis nudis, serio ac deliberato animo interpositis, aque ac ex contractibus, actionem nasci, multoque magis, si contractibus sive bonæ fidei sive stricti juris adjecta sint; sive in continentis, sive ex intervallo id ipsum contigerit. Jacobus Coren obrero. 13. n. 8. 9. 10. Lamb. Goris adversar. tract. 1. cap. 4. num. 20. 21. Gulielmus de jure noviss. lib. 3. cap. 5. vers. porro videamus, seu num. 8. & seqq. Grotius manud. ad jurisprad. Holland. lib. 3. cap. 1. circa finem. Wesel de connub. societate tract. 2. cap. 6. num. 25. Groenevegen ad l. 10. C. b. t. Parens p. m. Paulus Voet ad pr. Instit. de obligat. num. 5. Vinnius tract. de pactis cap. 7. id quod non tam juri canonico tribuendum; quippe quo non plus dicitur, quam jure civili dictum fuerat, pacta nempe servanda esse, & grave esse fidem falli; confer cap. 1. extra, de pactis cum l. juris gentium 7. §. ait prætor 7.

ff. b. t. l. 1. ff. de const. pecun. Fachineum libr. 2. controvers. cap. 100. quam potius, quod gentes præque bonam fidem & nudam juris gentium simplicitatem in servandis iis, quæ placuissent, præferendam censuerint nimis Romani juris subtilitatibus, nimia anxie inter pacta & stipulationes distinguuntibus, ac prope syllabarum aucupia instituentibus, sic ut verbis, non rebus jura illa scripta jurassit. Lapsus ergo est Simon van Leeuwen cons. for. part. 1. lib. 4. c. 2. n. 2. asserens, id in praxi quoque receptum esse, quod ex nudo pacto actio non detur: manifesta erroris causa in eo hærente, quod perperam pacta nuda confundit cum ea conventionione vel cautione, quæ expressam non habet debiti causam. Verum quidem est, aut exprimi aut probari saltem oportere causam debiti, ut exactio fiat ejus, quod dicitur deberi; sed id ad quæstionem, an ex pacto nudo actio detur, haud pertinet; neque dubium, quin quisque pacto nudo possit promittere, se fidejussurum pro alio, aut pignus daturum, se mutuum numeraturum, commodato concessurum, & quæ hujus generis sunt plura alia: ex qua promissione tanquam nudo pacto, ut certum est jure Romano agi non potuisse, ita quoque non ambigendum, quin hodie æque inde, ac ex stipulatu, actio recte intentetur.

10. Præter primam pactorum divisionem in nuda & non nuda, est & alia, quæ quadam publica sunt, quadam privata. Hac, quæ de rebus ac negotiis privatorum ineuntur. Illa, quæ de publicis interponuntur negotiis; ut, puta, cum belli duces inter se paciscuntur de induciis, de pace, l. conventionum 5. ff. b. t. qualia ducum pacta sponsiones appellatæ; nec tenebant, nisi a populo probatæ, & ex eo tempore incipiebant fœdera dici. Sed de pactionibus, sponsionibus, fœderibus, ac triplici fœderum specie plurima ex antiquitate congesta vide apud Carolum Sigonium de antiquo jure Italia lib. 1. cap. 1. Ubique autem talia pacta publica sunt interposita, non tantum servanda, si cum aliis populis liberis iniæta fuerint; sed &, si cum rebellibus, latronibus, hæreticis, piratis: eo quod hi omnes juris gentium ac naturæ communionem habent qua homines, atque adeo tales, quibus ex rationis dictamine servanda fides semel data. Vide Vinnium tract. de pactis cap. 3.

11. Ad hæc pacta alia in rem sunt, seu realia, alia in personam, seu personalia, l. juris gentium 7. §. pactorum 8. ff. b. t. Realia dicuntur, quæ prorsus sunt hæredibus & fidejussoribus, l. & hæredi 21. §. ult. ff. b. t. l. exceptionibus 7. §. 1. ff. de exceptionibus præscr. & præj. imo ut unusquisque hæredibus omnibus in universum pacisci potest, ita & uni ex pluribus hæredibus prodesse pacto liberatorio jura sinunt, l. avus 33. ff. b. t. etiam obligatorio pacto obligationem uni acquirere, si ea in faciendo, non item si in dando consistat; exemplo stipulationum, de quibus Venulejus dixit, cum quid fieri stipulemur, etiam unus hæredis personam recte comprehendit; at cum dari stipulamur, non posse nos id uni ex hæredibus acquirere, l. continuus 137. §. ult. ff. de verb. obligat. Gomezius variar. resolut. tom. 2. cap. 11. num. 15. Confer Donellum ad l. 38. §. 17. ff. de verb. oblig. num. 24. & seqq. Sed cum hodie quisque alteri etiam plane extraneo pacisci possit &

stipulari, ratio non superest, cur non & uni hæredi dari paciscatur, Gomesius *d. un. 15. in med.* Groenevogen *ad l. 137. §. ult. ff. de verb. oblig.* plane per pactiōnem nemo id agere potest, ut unus ex pluribus hæredibus, sibi successuris, in solidum dare teneretur: legibus scilicet magis acquisitioni aut liberationi hæredum, quam eorum obligationi faventibus, *l. cum, qui ita 56. §. 1. ff. de verb. oblig.* Lamb. Goris *adversar. tract. 3. part. 1. cap. 3. & seqq.* licet contra sentiat Groenevogen *ad d. l. 56. §. 1. ff. de verb. oblig.* Porro non impedit, quominus pactum reale sit, quod in pacto certa personæ mentio inveniat: utrum enim in rem, an in personam pactum factum sit, æque ex mente, ac ex verbis convenientium æstimandum est; plerumque enim persona pacto inseritur, non ut personale pactum sit, sed ut demonstretur, cum quo pactum factum sit, *d. l. 7. §. 8. ff. b. t. exemplis sunt in l. tale pactum 40. ff. b. t. l. si necessaria 8. §. pen. ff. de pign. actione.*

12. Non tamen vice versa fidejussorum pacta, ut ut generaliter concepta *de non petendo*, prosunt reo principali, neque ceteris confidejussoribus; eo quod paciscentis non interest, ab his non peti *leg. fidejussoris 23. ff. hoc titul. argum. leg. hæredem 2. ff. de liberat. legata*, nisi nominatim id pacto comprehensum esset, ut & confidejussoribus & reo prodesset; quo casu doli exceptio hisce adversus agentem optularetur, *leg. idem in duobus 25. §. ult. leg. 26. ff. hoc tit. arg. l. in duobus 28. §. quod reus 1. ff. de jurejurand.* idemque obtinet, si quis in rem suam fidejussisset, veluti pro suo procuratore; vel socius pro socio in re ad societatem spectantē; cum horum peculiariter intersit, reum principalem exceptione juvari, *l. sed si 24. l. 25. ff. b. t. l. si quis 5. §. 1. ff. de liberat. legat.* Vinnius *de pactis cap. 18. num. 8. in fine.* Ex quo fundamento etiam pactum unius correi vel argentarii prodest ceteris correis vel argentariis, si socii sint, *l. sed si fidejussor 24. l. 25. ff. b. t.* Cum alioquin in pactis æque ac in stipulationibus receptum sit, unumquemque sibi, & non alteri pacisci, *d. l. fidejussor 25. ff. b. t. usque adeo*, ut si quis pactus sit, *ne a se neque a Titio petatur*, illud pactum ne profuturum quidem sit Titio, licet paciscenti hæres extiterit, quia quod ab initio inutile erat, ex post facto confirmari nequit, *l. si tibi 17. §. si pactus sim 4. ff. b. t.* ut tamen filiusfamilias pro suo patre recte paciscatur, *d. l. 17. §. ult. l. 18. l. 19. ff. b. t.* & pater pro suo filio in potestate retento; ita saltem ut doli exceptio filio sit profutura, *l. & hæredi 21. §. nos autem 2. ff. b. t.* etiam pro filio emancipato, quoties eum pater consideraverit ut futurum sibi hæredem, *l. avus 33. ff. b. t.* non item, si ei, non qua hæredi, sed qua extraneo fuisset pactus, licet postea hæres extitisset, *d. l. 17. §. 4. ff. b. t.* plura de non paciscendo pro alio, vide apud Vinnium *de pactis cap. 15.* Ceterum supervacua videri merito nunc possunt hæ scrupulosæ distinctiones, quatenus nunc quisque alteri stipulari ac pacisci potest, ut dictum, & longa DD. serie docet Groenevogen *ad §. alteri 19. Instit. de inutilib. stipul.*

13. Personalalia pacta appellantur, quæ soli paciscenti prosunt, non hæredibus, multoque minus emoribus, donatariis, legatariis, aliisque similibus suc-

cessoribus particularibus, *d. t. l. juris gentium 7. §. pactorum 8. l. si tibi 17. §. si quis 3. l. idem in duobus 25. §. 1. ff. b. t.* Quibus non contradicit Paulus in *d. l. si tibi 17. §. pactum 5. ff. b. t.* quamvis enim dicat, pactum venditoris prodesse emptori, non tantum si in rem constituitur, *sed & si in personam conceptum sit*; non tamen inde sequitur, personale pactum venditoris in emptorem quoque valere: eo quod pactum in personam conceptum cum pacto personali haud confundendum; cum possit in personam conceptum esse, non ut personale fiat, sed ut demonstretur, quocum pactum factum sit, *l. juris gentium 7. §. pactorum 8. ff. b. t.*

14. Sed nec fidejussoribus prosunt hæc personalia, *l. nisi hoc actum 22. ff. b. t.* si modo hi ex jure suo renunciaverint ordinis beneficio; id enim si non egerint, ex accidenti ipsis quoque prodesset pactio, dum sibi creditor pacto admisit debitoris principalis excutiendi potestatem; nec tamen fidejussorem efficaciter convenire potest, nisi excusso prius principali debitore; alioquin ordinis exceptione excludendus. Vinnius *de pactis c. 13. num. 4. 5.* Nec est, quod quis existimet, creditori per leges liberum non esse, ut pactum de non petendo sic iniret cum debitore, ne illud fidejussori quoque prodesset; quia eo ipso creditor efficere, ne posset amplius actiones efficaces fidejussori contra principalem cedere debitorem; ad quarum tamen cessionem obstrictus est, antequam solutionem a fidejussore consequatur, *arg. l. Stichum 95. §. pen. ff. de solutionib.* Considerandum enim, mandatori quidem per mandatarium actiones ex æquo & bono cedendas esse, licet id ab initio actum non sit; quia sine cessione mandans contra debitorem, cui credi mandavit, non esset habiturus actionem: quippe cum quo neque contraxit, neque quasi contraxit, nec solutione sua debitorem ipso jure liberavit; quippe suum magis, quam debitoris negotium gerens, *l. si quis aliqui 27. §. ult. l. 28. ff. mandat.* & de hisce mandatoribus ac mandatariis agit *d. l. 95. §. pen.* Fidejussori quoque actiones quidem cedi debere contra confidejussores, opposito ad id cedendum actionum beneficio; cum sine actionum cessione hic quoque nullum esset contra confidejussores regressum habiturus, *l. fidejussoribus 17. ff. de fidejussor.* Non autem imponi necessitatem creditori, ut contra principalem debitorem actiones cedat; quia neque id ab initio actum, & stipulatio inter creditorem ac fidejussorem intercedens stricti juris est, neque hic ulla subest necessitatis ratio, cum fidejussori abunde sine actione consultum sit de indemnitate, dum vel mandati vel negotiorum gestorum actione a debitore principali recuperat solum, *§. si quid autem 6. Instit. de fidejussorib. l. ex mandato 20. §. 1. mandat.* Pactus *enantioph. cons. 1. n. 95.* Ceterum, quod fidejussori recta via prodesse nequit, ambagibus tamen adhibitis utile esse potest; dum fidejussor a creditore conventus, a principali debitore desiderat, ut ipse vel proprio vel procuratorio nomine judicium suscipiat, atque ita personali exceptione pacti se tueatur, *l. idemque 10. §. pen. ff. mandat.* nisi fidejussorem donandi animo intercessisse constaret, vel alio quocunque modo sic obligatum, ut contra debitorem principalem regressu careat, *arg. l. si quis rem 5. in pr. ff. de liberat. legata, Zoz-*

Ubi ad tit. ff. de exceptionibus n. 23. Brunnemannus ad d. l. 10. ff. mandati n. 15. & seqq. Qualem defensionem si reus principalis subire detrectet, est, quod sibi imputet: si a fidejussore, ad solvendum adacto, conventus ad restitutionem soluti, non sentiat effectum inspecto ulla pacti conventi utilitatem. Secus quam obtineret, si non ex legato creditoris, liberationem debitori specialiter legantis, solus debitor principalis tutus esset: tunc enim, si creditoris hæres fidejussorem convenisset, et ab eo quaquaratione debitum esset consecutus, teneretur actione ex testamento, ne alias inutile sit legatum, pereatque liberalitas ex defuncti voluntate quasita, *l. heredem 2. l. si quis rem 5. in pr. ff. de liberat. legat.* Quod si incertum sit, an reale an personale pactum intercesserit; in dubio reale magis illud præsumendum est, cum quisque non sibi tantum, sed et hæredibus contrahere credatur ac pacisci, *l. si pactum 9. ff. de probation. l. voveris 13. C. de contrah. & commis. stipul. l. stipulatio ita 38. ff. de verb. obligat. arg. l. juris gentium 7. §. pactorum 8. ff. b. t. Lamb. Goris advers. tract. 3. part. 1. cap. 2. n. 11. 12. Costalius ad l. 7. §. 8. ff. de pactis, Menochius lib. 4. præsumt. 47.*

15. Non contemnenda quoque pactorum divisio est in *expressa*, quæ per se satis nota; et *tacita*, quæ ex præsumptionibus et indiciis colliguntur. Quæ ratione, in vecta & illata suppellectile in prædium urbanum, tacita pactione hoc actum creditur, ut pro pensionibus hypothecæ obligata sit, *l. item 4. ff. b. t. vide tit. in quib. caus. pign. tac. contrah. & acceptis a debitore in futurum biennii aut alterius temporis usuris, tacita inducitur conventio de sorte toto illo tempore non repetenda, l. qui in futurum 57. ff. b. t. l. palam 2. §. non male 6. ff. de doli mali & met. except.* Similiter, si hæres vendiderit hæreditatem, licet non obstante ea venditione conveniri possit per creditores hæreditarios, tamen, si illi emtorem inceperint convenire, & is actiones intentatas sponte suscepit, ex eo tacitum pactum nascitur, ne creditores a venditore deinceps petant, *l. post venditionem 2. C. b. t. Groenewegen ad d. l. 2. qui tamen cum aliis in eo fallitur, quod putat, pactum illud tacitum non habere locum, si creditor agere inceperit cum emtore quem ignorabat solvendo non esse. Neque enim paupertas alicujus impedimento est, quo minus quis sequatur fidem ejus; nec ignorantia excusat, cum nemo ignarus esse debeat conditioni ejus, quocum contrahit, cujusque fidem ex libera voluntate sine ulla necessitate secutus est, l. qui cum alio 19. ff. de regul. jur. sic enim, qui, cum posset impetrare separationem bonorum defuncti a bonis heredis, secutus & heredis fidem, quem solvendo esse credebat, amplius separationem petere prohibetur, quia electione sibi præjudicavit, sibi quæ imputare debet, l. 1. §. illud sciendum 10. 11. & §. si quis pignus 15. ff. de separationibus, suadentque hanc ipsam sententiam ea, quæ de delegatione debitoris inopis, dequæ actione adversus minus idoneam vendita, alibi traduntur, sufficere scilicet, quod vendens aut delegans debitorem eum præstiterit; de cetero ut locupletem præstaret, non teneri. Non minus in redemptione tum pignoris tum chirographi tacita pactione inclusa est: pignore enim reddito, licet non creda-*

tur hoc actum, ne principale petatur debitum, nisi aliud probetur; tamen ne res amplius pignori pro debito obligata maneat, videtur conventum, *l. cum ex causa 9. C. de remissione pignoris. l. 1. §. 1. ff. de liberatione legata, l. postquam 3. ff. b. t.* Ipsa vero cautione, seu chirographo debiti restituito, placuit id videri tacite convenisse, ne debitum petatur, neve pignoris persecutio sit, *l. Labro 2. §. 1. junct. l. si sibi 17. §. de pignore 2. ff. b. t. l. liberationem 3. §. sed & si 1. & §. Julianus 2. ff. de liberat. legat. l. creditricem 7. C. de remiss. pignoris, l. qui chirographum 59. ff. de legatis 3. arg. l. si chirographum 24. ff. de probationibus.* Si tamen, debitore chirographum tenente, ac sibi redditum asserente, creditor se illud reddidisse neget, atque adeo nec debitum remisisse; debitori, tanquam id affirmanti, & taciti pacti exceptionem alleganti, probandi onus videtur imponendum, *arg. l. 1. ff. de except. præscr. & præjud. l. asservatio 10. C. de non num. pec. præcipue cum nemo præsumatur in dubio velle suum jactare.* Neostadius curia *supr. dec. 88. vers. his vicissim.* Quod si plura chirographa eodem de debito conscripta ac creditori data fuerint, uno restituito, non videtur induci pactum de non petendo, cum ex ceteris adhuc debitum constare possit; sic ut debitori incumbat probatio, ea mente unum esse redditum, ut & ceterorum chirographorum vis evanesceret, *arg. l. ult. ff. de his, qua in testam. dolentur.* Cui accedit, quod debiti remissio donationem continet, quæ in dubio haud præsumenda, cum donare sit perdere, & nemo credatur facile suum velle jactare, quoties alteri potest presumptioni locus esse, *arg. l. filius familias 7. ff. de donationibus, junct. l. cum de debito 25. ff. de probation. vid. August. Barbosa in notat. juris frequent. 112. verbo, jactare,* uti hic longe magis præsumendum est, creditorem tabulam unam suo reddidisse debitori, quod domi penes se aliam retinens intelligeret, abunde se suam inde posse probare intentionem. Vinnius de pactis *cap. 12. n. 13. in fine, & n. seqq.* Sed &, si chirographo uno plures obligatos concipias, chirographi redditui uni facta, eum quidem, at non ceteros pacto liberat; idque non modo ex Romani juris principiis, quibus unus alteri, uti expresse, ita & tacite pacisci nequit, *arg. l. si sibi 17. §. si pactus 4. ff. b. t. Vinnius d. cap. 12. num. 13. & cap. 16. num. 8. sed & hodierno jure quo etsi quis alteri stipulari, aut pacisci non prohibeatur, ut ante dictum; tamen in dubio non alteri, sed sibi pactus creditur, summæque potius, quam alienum voluisse negotium gerere; maxime, si ejus, cui redditum est chirographum, haud intersit, alteri contingere liberationem.*

16. Deduci possunt in pactionem negotia quævis honesta & possibilis; non juri publico contraria, quæve ad publicam spectarent lationem, *l. juris gentium 7. §. si paciscar 14. l. ius publicum 38. ff. b. t. dixi tit. de justis. & jure non impossibilia, nec stolidæ atque ineptæ, veluti pretiosas vestes, ornamenta alia, sepulchro secum inferri, arg. l. servo alieno 113. §. ult. ff. de legatis 1. l. ult. §. ult. ff. de auro argento &c. legatis.* Nec turpia aut probrosa, in bonos mores incurritura, aut invitantia ad delinquendum; cum hæc omnia civiliter impossibi-

ipso jure nulla forent, aut rem ipsam afficerent, nisi tale pactum ex usu harum regionum appositum & expressum esset in solemnī prœdii traditione coram lege loci faciendâ, aut nisi pactum apponens reservaverit sibi jus aliquod in ipsa re, veluti directi domini, dum in emphyteusim concedit, Annæus Robertus *rer. judicat. lib. 3. cap. 14.* sed quod vel ad id, quod interest, vel ad pœnam, (si quæ conventioni adjecta sit) personalis actio paciscenti danda foret, *d. l. ult. C. de pactis inter emt. & vend. d. l. 122. §. 3. & l. si ita quis 135. §. pen. ff. de verbor. oblig.* Andr. Gayl. *lib. 2. observ. 16. n. 5. 6.* Joh. a Sande *de prohibita alienatione part. 4. seu ult. cap. 1.* Louet *en ses arrets lit. S. art. des substitutions contractuelles.*

21. Improbata denique videntur pacta matrimoniorum libertati contraria, veluti cum duo inter se paciscuntur, ut uter prior matrimonium iniverit, alteri det certam pecuniæ quantitatem; cum matrimonia debeant esse libera, ac contra honestatem & mores sit, ea vinculo pœnæ constringit, *l. Titia 134. ff. de verbor. obligat. l. libera 2. C. de inutil. stipulat.* etiamsi additum non fuerit, pœnæ nomine id ipsum præstari; cum in omnem eventum promissio dandi, respectu ejus, qui nuptias contraxerit, in pœnam resolvatur, & non nisi verborum conceptione a pœna distet, imo pœnalis conditio sit, si finem, scopum & intentionem paciscientium species, ex quorum mente dijudicandum, an conditio an pœna sit, arg. *l. ult. ff. de his; quæ pœna caus. relinq.* Nec refragatur, quod donari, quod legari, quod institutio fieri possit sub conditione viduitatis, *novell. 22. cap. quæ vero nunc 43.* de quo nos latius *tit. de condition. institutionum*, neque enim isthac ratione matrimonia pœnæ aut damni comminatione impedita videri possunt; sed potius legati institutionisve præmio ad viduitatem quis invitari. Et ut aliud est, eligendi matrimonii pœnæ metu libertatem auferri, aliud, ad matrimonium certa lege invitari, *l. Dicio centum 71. §. Titio centum 1. ff. de condit. & demonstrat.* ita quod aliud, pœnæ metu a matrimonio absterri, aliud liberalitate ad continentiam & matrimonii neglectum moveri. Vide resp. Jctor. *Holl. part. 5. cons. 23.*

22. Porro, ut quisque sibi, non alteri, paciscendo prodest, secundum ante dicta, ita sibi quoque soli, non aliis nocet; ne illis quidem in casibus, quibus vel Romano vel hodierno jure posset aliis prodesse; eo quod naturali rationi conveniens est, conditionem quidem nostram per alios meliorem fieri, non vero deteriorem, & suum cuique factum pactumque, non alteri nocere, *l. non debet 74. ff. de regul. juris, l. si unius 27. §. pacta, quæ h. in fin. ff. b. r. l. debitorum 25. C. b. r.* Hinc licet principalis debitoris pacto de non petendo liberetur quoque fidejussor ejus; tamen si debitor rursus deinde paciscatur cum creditore, ut petere liceat, posteriore pactioe solus debitor, non item fidejussor obstrictus erit, *l. ult. ff. b. r. nec huic obloquitur Paulus in l. si unius 27. §. pactus 2. ff. b. r. utpote cujus non alia est sententia, quam quod, qua ratione debitor posteriore pacto, ut petatur, efficere poterat, ne prius pactum de non petendo interpositum firmitatem retineret, eadem quoque ratione fidejussores, qui pacti erant de non petendo, facere possint posteriore pacto, ne sibi suum*

prius pactum prosit. Nisi enim sic Pauli verba acceperis, non eadem, sed diversissima ratio esset, qua quis sibi, & qua alteri paciscendo noceret.

23. Usque adeo autem verum est, alterum alteri paciscendo nocere haud posse, ut nec aliud regulariter statuendum sit, cum de pacto majoris partis creditorum, debiti portionem remittente, questio est cum enim id, quod omnes & singulos concernit ut singulos, a singulis quoque probandum sit, arg. *l. per fundum 11. ff. de servitut. præd. rustic.* & hic de rei seu juris cuique privatim competentis amissione questio sit, ac quisque rei suæ, nullus vero alienæ moderator ac arbiter credatur, indeque suo quidem, non alterius juri renunciare possit, & de suo, non alieno liberalis esse, cavendum denique ante omnia, ne conventio in alia re facta, vel cum alia persona, in alia re, allave persona noceat, *d. l. unus 27. §. 4. in fine ff. b. r.* iniquum esset, ut quam debiti quantitatem major creditorum pars, sive commiserationis, sive affectionis ratione permota, remisisset, eandem minor quoque reluctans crederetur remisisset. *Placitum Caroli V. 10. Maji 1554. art. 35.* Jacobus Coren *consil. 8.* Groenewegen *ad l. 8. de pactis. Respons. Jurisc. Holl. par. 1. consil. 218. & part. 3. vol. 1. consil. 166. post mod. Henr. Kinschot de rescript. gratia tract. 4. de solut. induc. cap. 8. n. 5.* quibus consequens fuit ut, si tutor pupilli obarati nomine cum plerisque pupilli creditoribus in partem pactus fuerit, non teneatur eadem parte ipse contentus esse, ne officium necessarium ei damnosum sit; dum forte ipse alio (quod ajunt) loco positus, rogantibus tutoribus noluisse portionem tali cum iis decidere. Groenewegen *ad l. cum hereditas 59. ff. de admin. & peric. tutor.* Zelandis tamen placuit, ut, quoties debitor sine dolo suo mole æris alieni pressus fuerit, liceat ei cum creditoribus suis in partem ita pacisci, ut, si tres partes quartæ creditorum, quibus duæ partes tertie æris alieni debentur, vel duæ partes tertie creditorum, quibus tres partes quartæ debentur consentiant, hæc eo usque prævalens pars major creditorum & crediti ad se trahat minorem, & ab omnibus, modo legitimo vocatis, remissa censatur debiti pars, pœnis tamen in colludentes statutis, placit. *Ordin. Zeiland. 11. Dec. 1649. vol. 1. placit. pag. 407. & seqq.*

24. Quod si defuncto debitore, hæres adire hæreditatem detrectet, nisi remissa quadam debiti parte, si quidem pars major in certa quantitatis remissionem consenserit, minor pars sequi debebit partis majoris consensum. Nisi enim hoc casu pars major ad se traheret partem minorem, esset in potestate pauciorum, quorum minus interest, pluribus, quorum magis interest, nocere, in quantum hærede hæreditatem repudiante, ipsa pars major defraudaretur potestate conveniendi debitorem suum, propter pauciorum imprudentem sæpe dissensum, quibus hæres in solidum obstringendus ab additione absterretur. Cum ex adverso in casu præcedente nullum majori partis minoris dissensum inferatur præjudicium. Nec probabilem hic nobis objeceris collusionis aut temerariæ remissionis suspicionem; tum quia nemo præsumendus est velle jactare suum; tum quia quisque bonus & extra fraudem collusionis censendus est, donec contrarium probatum fuerit; neque facile credendum, majorem partem sine suo commodo in pauciorum necem col-

scripta rationi juris adversentur. Cujacius *ad d. l. 10. ff. b. t.* quod hoc certe in casu haud improbabile, ubi Principes principaliter de suo seu fisci jure remittebant, & ea occasione simul privilegiatos creditores addit, quos noluit tunc melioris esse conditionis, quam fiscum. Aliter Pacius *enarr. l. n. 89. Vinnius de pactis cap. 17. num. 6. & 8. Pauli sane sententiam, ampl. rationi magis congruam, amp. exi. Zealandæ Ordines placito suo 11. Dec. 1649. art. 3. vol. 1. placit. pag. 409.* neque enim æquum erat, ut majore numero consentientes duriores aliis inferrent conditionem, quam sibi, aut ut sua voluntate alios suis privarent beneficiis & prærogativis a lege datis. Adde Berlichium *part. 2. decis. 236. 237. 241. 242.*

30. Illud ex usu hodierno dubio caret, creditori, cui res mobiles tantum hypothecæ obligatæ sunt, sic ut iis creditor non incumbat, easve possideat, æque præjudicari per pactum majoris partis, ac quibusvis aliis chirographariis simplicibus minore numero dissentientibus; eo quod effectus juris tales inter se haud distant; nec mobilia sequelam habent, Ant. Matthæus *paramia 7. numer. 16.*

TITULUS XV.

De Transactionibus.

SUMMARIA.

1. Quid sit transactio? An pactum, an contractus? sit pure vel sub conditione, in, & extra judicium. An præbetur, si instrumentum scriptum sit, transactum esse, nec expressum, quid utrimque datum aut promissum vel retentum sit?
2. An recte transigant tutores, syndici, administratores civitatis, magistri collegiorum? & an decreto opus, si de immobilibus transigant tutores?
3. An procurator?
4. An pater de bonis filii? & an sine decreto?
5. An bodie maritus de bonis uxoris?
6. An unus ex consoribus ejusdem litis; invicis, reliquit, pendente lite?
7. An, & quo usque vasallus de feudo?
8. An fiduciarius de rebus sub conditione restituendus, in præjudicium fideicommissarii?
9. Quid juris, si fiduciarius cum fideicommissario transigat de dubio fideicommisso, & an hæredes transigentium transactioni is, i stare debeant?
10. Transigitur de rebus dubiis; etiam de status questionibus, libertate, ingenuitate, jure familiæ.
11. An post rem judicatam, aut pendente lite de integro restitutione? & quid moribus?
12. An de relictis ultima voluntate transigi possit, non inspectis tabulis testamenti? illustratur l. 16. ff. de condit. & demonstr.
13. An inspectioni huic renunciari possit? quid si aliunde certè sint transigentes de defuncti voluntate? quid, si nuncupativum sit testamentum? an gratis pacisci ante inspectionem?
14. An de alimentis præteritis aut futuris ex contractu vel testamento debitis? an gratis pacisci de jure? quid moribus? quid sub alimentis in transactione contineatur?
15. An de matrimonialibus causis ac sponsalibus?
16. An, & quatenus de futuris vel præteritis delictis transigere licitum fuerit?

17. De publicis criminibus non capitalibus transigere non licet, excepto crimine falsi.
18. De capitalibus poenam sanguinis irrogantibus transigere licet, excepto adulterio. An in adulteria olim quilibet accusare potuerim? an tempore l. 18. G. h. t. capitale fuerit hoc crimen? an gratis licuerit de eo pacisci?
19. Transactio de capitalibus non reo satum, sed & auctori licita est, & utrique tam ante, quam post litem contestatam.
20. Moribus privatis de quibusvis criminibus recte transigunt, sed non impedium publicam accusationem. De quibus criminibus accusantes officii ratione transigere possint? an reus cum his, aut cum privatis transigens infamis sit, aut pro confesso vel convicto habendus?
21. Quis effectus transactionis? strictam recipit interpretationem, nec egreditur rem, de qua transactum; quod exemplis docetur. An renunciasset videatur fideicommisso conditionali, si mutuo fideicommisso gravanti inter se hæreditatem dividant, & promittant, se adversus divisionem non veniuros, & quid juris, si fideicommissum purum fuerit tempore divisionis?
22. Transactio non nocet aliis quam transigentibus, per unum cohæredem facta non obest coheredi, inter testamentarium & legitimum hæredem facta non obest legatariis, nec creditoribus, quo minus illi ab altero solidum petant, prout probaverint testamentum valere, aut infirmum esse. Recte tamen etiam contra singulos agunt pro parte, que singulis cecit ex transactione; conciliatur l. 3. cum l. 14. ff. h. t.
23. Transactio non rescinditur ob instrumenta noviter reperta; nec, si doceatur, nullam fuisse causam transigendi. Ob dolum tamen, aut manifestam calumniam, aut suppressa instrumenta, vel falsa.
24. An propter enormem lesionem?

1. **T**ransactio est super re dubia aut lite incerta conventio non gratuita, aliquo dato, retento, vel promisso, l. transactio 38. C. b. t. Et quemadmodum donatio pacto perfici potest, vel stipulatione, vel denique traditione; ita quoque sese res habet in transactione, quæ proinde pactus quandoque annumeranda, si nudo consensu fiat, quandoque stipulationi, si intervenerit verborum solemnitas, aliquando contractibus innominatis, si datione vel facto confirmatum sit, quod fuerat simpliciter de re dubia conventionie decusum, l. actio 4. l. cum mora 6. l. ut responsum 15. l. cum proponas 17. C. b. t. Quamvis ob licium sopitarum favorem a tali contractu innominato recedere ex poenitentia non liceat, l. quavis C. b. t. arg. l. in summa 65. §. 1. ff. de condit. indeb. cum causas semel transactionibus legitimis finitas ne imperiali quidem rescripto oporteat resuscitari, l. causas 16. C. b. t. Potest autem vel pure fieri, vel sub conditione, l. si super 9. C. b. t. Nec refert, in judicio & apud acta interponatur, an extra judicium; scriptura interveniente, an sine scripto, si modo probationem habeat, l. si ve apud 28. C. b. t. arg. l. in re 4. in fine ff. de fide instrum. Ut tamen sufficiens non videatur transactionis probatio, si instrumento, licet publico,

scriptum inveniat, transactum esse, si de cetero expressum non sit, quid & quantum utrumque datum, retentum, vel promissum sit: eo quod inutilis est transactio omnis, in qua non aliquid datum, retentum, promissumve probatur, *l. transactio* 53. C. b. t. Andr. Gayl. lib. 2. observat. 71. num. 3. & seqq.

2. Transigere possunt omnes non prohibiti, adeoque etiam tutores, syndici, administratores civitatum, magistri societatum, alique similes, pro pupillis, civitatibus ac societatibus; si modo jus liquidum haud ambiciose remittant; eo quod hi omnes constituti sunt, non ut pupillorum civitatumque bona perdant, ac dissipent; aut gratia sua noceant, sed magis, ut utilitatem procurent, *l. Lucius* 46. §. ult. ff. de admin. & peric. tut. l. non omni 16. Cod. eod. l. ambitiosa 4. ff. de decret. ab ordine faciendis, l. item magistris 14. de pactis, l. prases 12. C. b. t. l. si pignore 54. §. ult. l. interdum 56. §. qui tutelam 4. ff. de furtis, Tyraquellus ad l. si unquam 8. C. de revoc. donat. in verbis, donatione largitus, num. 193. Montanus de tutelis cap. 53. num. 239. & multis seqq. & num. 290. 291. Vinnius de transactionibus cap. 3. num. 7. 8. 9. Respons. Jurisc. Holl. part. 2. consil. 201. Licet enim defensori municipum, vel cujusvis corporis permissum non sit jusjurandum deferre, nisi super hoc mandatum habeat, *l. jusjurandum* 34. §. defensor 1. ff. de jusjurand. tamen inde impedita videri non potest transigendi licentia in causa dubia: cum enim ex jurisjurandi delatione imminuat juris totius amissio, si adversarius delatum praestet; ex transactione vero semper aliquid transigenti supersit; non mirum, facilius transactionem, quam jurisjurandi deferendi potestatem defensori legibus fuisse permissam. Ne dicam, defensore excepto, nec tutores nec curatores alioque similes jurisjurandi delationem dubils in pupillorum causis facere prohiberi, *l. jusjurandum* 17. §. si tutor 2. l. tutor 35. pr. ff. de jusjur. Si tamen de re immobili minorum aliorumque similium, vel de re mobili tali, quae sine decreto nequit alienari, questio sit; toties ad transactionem decreto opus erit, quoties tutor vi transactionis vel rem litigiosam immobilem, quam tenebat, cedit adversario, aliquo vicissim accepto; vel rem immobilem pupilli non litigiosam dat adversario, ut is a lite super re alia discedat, *l. non solum* 4. C. de prad. & aliis reb. minor. sine decr. non alienand. Aliter, quam obtineret, si id transactione ageretur, ut res immobilis litigiosa non per pupillum; sed ejus adversarium posset sit, & tunc ex transactione penes eundem possessorem remaneat; eo quod priori in casu res immobilis non alienatur; & posteriore non potest videri alienata, cum in dubio pro possidentis dominio praesumatur, Montanus de tutelis cap. 53. num. 233. & multis seqq. Gomezius var. resolut. tom. 2. cap. 14. n. 15. Menochius de arbit. jud. libr. 2. casu 171. numer. 74. Sande de probib. alien. part. 1. cap. 1. §. 3. num. 26. 27. 28. Pinellus part. 3. l. 1. C. de bonis maternis, num. 45. Brunneimanus ad l. 3. & ll. seqq. C. de praediis & aliis reb. minor. num. 9. Hugo Grotius manu dicit. ad Jurisprud. Holland. libr. 3. cap. 4. num. 7. Confer Andr. Gayl. libr. 2. observ. 72. Argentraum ad consuet. Brit. art. 432. gloss. 2.

3. Procuratorem quod attinet, non aliter is recte transigit, quam si vel speciale ad id mandatum habeat, vel in rem suam constitutus, vel generali mandato cum libera administratione instructus sit: nam & jusjurandum per tales jure deferri constat, *l. jusjurandum* 17. §. ult. ff. de jusjur. junct. l. 2. ff. eod. tit. alius vero procurator, sive ad agendum datus sit, sive generali mandato sine libera administratione constitutus, si transegerit, rata non foret habenda transactio, *l. transactionis placitum* 7. C. b. t. l. mandato generali 60. ff. de procurator. arg. l. alias autem 18. de jusjurando, Ant. Faber Cod. libr. 2. tit. 4. defin. 7. Bronchorst enantiop. cent. 1. assert. 51. Hugo Grotius manu dicit. ad Jurisprud. Holl. libr. 3. cap. 4. num. 3. 4. 5. 6. Et his procuratoribus generalibus, libera administratione carentibus, annuerandi procuratores Caesaris, de quibus l. 1. §. 1. ff. de off. procurat. Caesar. l. nulli 13. ff. b. t.

4. Pater quoque, licet de rebus sui filii emancipati sine ipsius consensu transigendo nullum filio generet praedictum, *l. de re* 10. ff. b. t. idemque de filiifamilias castrensi vel quasi castrensi peculio juris sit, quippe quorum intuitu pro patrefamilias habetur, arg. l. Imperatores 3. in pr. ff. b. t. junct. l. usque 2. ff. de Senatusc. Maced. de bonis tamen adventitiis sui filiifamilias recte transigit, consentiente filio, si praesens & major sit, arg. l. ult. §. ubi autem 3. & 4. C. de bon. qua liberis. Sande decis. Frisic. libr. 2. tit. 7. def. 4. Vinnius de transaction. cap. 3. num. 11. Nec decreto opus, si de immobilibus adventitiis questio sit; tum quia id nupiam leges requirunt; tum quia olim de adventitiis, ut de propriis, liberam disponendi facultatem habuit; ac denique diversa patris, cujus consilium liberis optimum creditur, quam tutorum ratio sit, Vinnius d. loco.

5. Cum vero maritus uxoris tutor sit, & laxiorem, quam tutores, imo in plerisque aequalem cum patre, liberos in potestate habente, auctoritatem habeat, in quantum neque cautiones interponere, neque rationes reddere tenetur; a quibus & pater adventitii peculii intuitu immunis erat, *d. l. ult. §. sin autem* 4. C. de bon. qua liberis; hinc dubium, an de rebus uxoris, praesertim immobilibus, possit transigere? Decreto quidem haud opus esse, verum est, ac in Hollandia nec uxoris consensus requiritur, eo quod hic tam ampla maritalis potestas est, ut & invita muliere res ejus maritus suo possit arbitratu alienare. Cui consequens est, ut longe magis in casu dubio transigendi facultas ipsi tribuenda sit. Illis vero in locis, in quibus marito alienanda rei uxoris potestas sine uxoris voluntate denegata est, velut Ultrajecti id in marito improbe receptum, sub alienatione prohibita etiam transactionem contineri, crudius assertum invenio a Rodenburgio tract. de jure conjug. tit. 2. cap. 3. n. 16. cum rectius eandem, quam supra in tutoribus distinctionem adhibui, huc quoque traduxeris: ut, si quidem res immobilis vi transactionis non recedat ab uxoris dominio, sed tantum pecuniae quantitas adversario detur, quo a lite discedatur, ac redimatur adversarii vexa, consensu uxoris opus non sit; cum verum sit nihil immobile in alium isthac ratione transferri. Sin ex adverso id agatur, ut res immobilis adver-

sario cedatur, accepta pecunia certa quantitate, tum demum consensus quoque mulieris in transigendo exquiratur; cum tum demum vere rei immobilis alienatio contingat. Frustra certe in contrarium adducitur l. 1. §. 1. *at si transigat* 9. ff. *si quid in fraudem patroni*, quippe quæ de transactione liberti in fraudem patroni, adeoque animo doloso facta, tractat; cum alienatio inter vivos bona fide facta per libertum rata maneat, l. 1. §. 1. ff. d. *iii.* & præterea non immobilia tantum, sed & mobilia, libertus in fraudem patroni alienare sit prohibitus: ut longe alia in nostra questione ratio sit.

6. Quod si plures ejusdem litis consortes simul litem contestati fuerint, pendente ea, transactionem ceteris invitis aut ignorantibus per unum sociorum fieri posse, negat Berlichius *decis.* 132. Sed nulla probabili ratione ductus: socium namque invitis ceteris de sua parte pro arbitrio statuere posse, sive alienando in extraneos, sive oppignorando, liberumque suæ partis habere moderamen manifestum est ex l. *dudum* 14. C. de *contrab. emtione*, l. *falso* 3. C. de *commun. rer. alienat.* l. *juris gentium* 7. §. *adeo autem* 6. in *fine* ff. de *patris*, l. 1. C. *communi divid.* ut multo magis transactione interveniente, tanquam favorabili, & litibus sopiendis inserviente, id videri debeat licere. Nec recte prasidium in eo quaeritur, quod iudicio quasi contrahatur, a quo quasi contractu invito altero alterum recedere jura haud paterentur, l. *licet* 3. §. *idem scribit* 11. ff. de *peculio*, junct. l. *sicut* 5. C. de *ob. & act.* licet enim inter actorem reumque iudicio quasi contrahi facile concesserim; de quo & d. l. 3. §. 11. tamen inter plures litis ejusdem consortes, litem simul contestantes, non magis quasi contractum jura fingunt, quam inter confidejssores plures, simul pro eodem debitor apud eundem intercedentes creditorem. Ineptissime vero pro sententia adversa captantur verba l. *alienationes* enim 13. ff. *familia eriscunda* distantia, *interdictas esse post iudicium acceptum alienationes*; cum non aliud hisce voluerit Papinianus, quam quod, pendente familiæ eriscunda vel communi dividundo iudicio inter cohæredes consortesve, nullus horum invitis ceteris in extraneum suam possit partem transferre, convenienter *legi prima* C. *communi divid.* Quale divisorium iudicium non sit, ubi plures simul ex uno latere adversus alios in lite subsistunt; regulæ standum, qua quisque suæ partis alienandæ gaudet potestate.

7. De vasallo, an sine domini directi consensu de re feudali recte transigat, questio est. Illud id posse bona fide, docent consuetudines feudales *libr.* 2. *tit.* 26. §. 5. vers. *si vasallus de beneficio*, & *tit.* 43. adeo ut, feudo postmodum aperto, dominus ratam habere teneatur talem transactionem, d. *libr.* 2. *tit.* 26. §. 5. vers. *si vasallus de beneficio*, absurdum quippe fuerit, ut de secundo transigens simul & secundum retineret, & præter feudum transactionis nomine aliud insuper a suo caperet adversario. Peregrinus de *fideicommissis* art. 52. num. 83. Ro-

senthal *synopsi feudali cap.* 9. *conclus.* 21. *num.* 2. 3. & *seqq.* Schraderus de *feudis* part. 8. cap. 1. num. 44. Vinnius de *transaction.* cap. 3. num. ult. licet frequentius antiquioribus placuerit interpretibus, vasallum sine domini consensu non posse de feudo sic transigere, ut illud ab eo recedat, Jul. Clarus §. *feudum*, *quest.* 38. Rittershusius de *feudis* *libr.* 2. cap. 2. nu. 17. illud sane expeditum arbitror, vasallum cum extraneo transigentem efficere non posse, ut res penes eum, apud quem ex transactione constituitur, non ut feudalis, sed ut allodialis & libera haberetur: cum eo modo non principaliter de suo, sed domini directi jure, directo scilicet dominio, esset transacturus: sed magis necesse, ut salvo directo dominio, de solo utili, adeoque jure suo proprio dubio, vasallus aliquo dato, retento, vel accepto cum adversario decidat: quo casu non adeo multum interest, quem dominus directus sibi vasallum habeat, Neostadius *Curia Holland.* *decis.* 7.

8. Similis fere de fiduciario hærede dubitatio est, an super rebus ex fideicommissio restituendis, pendente fideicommissi conditione, sic possit transigere sine consensu fideicommissarii, ut ipsi fideicommissario post conditionis existentiam factamque restitutionem transactio illa esset nocitura? Quod quidem rationi juris videtur conveniens; si modo jus plane dubium fuerit, nec mala fides fiduciarii aut juris manifesti remissio appareat. Si enim id liceat tutoribus, curatoribus, aliisque rerum alienarum administratoribus, ut dominis noceant, juxta ante dicta; multo magis licere debet fiduciario, quippe non administratori tantum in alienam utilitatem, sed & in propriam fructuum intuitu, imo interm domino rerum hereditariarum, ac forte etiam in perpetuum mansuro, si conditio fideicommissi deficiat, aut persona fideicommissio honorata. Neque obscure hæc sententia colligi potest ex l. *ult.* ff. b. i. in qua, dum dicitur, transactionem post restitutionem hereditatis inter debitorem hereditarium ac fiduciarium hæredem interpositam non nocere fideicommissario, nisi debitor restitutionis factæ ignarus fuerit; satis innuitur a contrario, nondum restitutione facta transactionem bona fide interpositam ratam fore. Eo modo, quo & lis ante restitutionem fiduciario mota nocet fideicommissario, non item ea, quæ post restitutionem demum cepta est, l. *si patroni* 55. §. *ult.* junct. l. *facta* 63. §. *si bares* 2. ff. ad *SCons. Trebell.* Nec minus id evincit a compromisso desumptum argumentum, quippe cui per fiduciarium factæ dum stare tenetur fideicommissarius, l. *cum hereditas* 36. ff. ad *SCons. Trebell.* ratio non est, cur non & transactionem haberet ratam. Maxime, cum facilius transactio, quam compromissum sustineatur, arg. l. *fratris* 10. C. b. i. junct. l. *non distinguemus* 32. §. *de liberali* 7. ff. de *receptis*. Et quamvis verum sit, rem inter alios actam aliis plerumque haud nocere, l. *sapo* 63. ff. de *re judic.* l. *Imperatores* 5. ff. b. i. quia tamen pendente fideicommissi conditione incertum est, an unquam ad fideicommissarium ex causa fideicommissi quid perventurum sit, dum hic ante fiduciarium mori, aut alia ratione deficere potest; frustra videretur exquiri ac adhiberi in transactione consensus ejus, qui non nisi lubrica ac incerta acquirendi fideicommissi spe interim se alit. Multoque magis id obtinebit, ut non certæ personæ, sed generaliter iis

qui tempore existentis diei vel conditionis proximiores futuri sunt, relictum invenitur fideicommissum. Atque ita in aliis quoque juris partibus videmus, illos, qui jus in re habent, licet temporarium, aliis potuisse suo facto nocere, itidem jus in re, etiam prasens, habentibus. Creditor certe hypothecarius, cui per unum dominorum pars fundi pro indiviso pignori data est, si ab alio ad divisionem provocatus sit, licitatione bona fide vincere potest alterum vilis licitantem, aut vinci, adeoque vel totius fundi dominium debitori etiam invito acquireret, aut partem debitoris eodem repugnante in alterum partis alterius dominum est translaturus; etiam si voluntarius actus sit, licitatione vincere vel vinci, ac non multum a transactione distet, *l. communi dividundo 7. si debitor. 15. ff. communi divid.* Ut ergo creditor debitori, licet domino, ad quem res soluto debito reversura est, nocere potest, ita non video, cur non pari & majori ratione fiduciarius bona fide transigendo posset fideicommissario jus facere. Accedit his, quod pendente fideicommissi conditione facta a fiduciario in rem fideicommissariam bona fide impensæ per fideicommissarium rata habenda sunt, ac fiduciario restituenda, *l. qui exceptionem 40. §. si pars 1. ff. de condit. indeb.* uti & creditoribus factæ promissiones, & solutiones, sic ut alienari quoque possint hæreditaria res, fideicommissio non obstante, ad alieni æris solutionem, *l. filiusfam. 114. §. Divi 14. ff. de legat. 1. l. cum hereditas 36. ff. de Con. Trebell.* quodque solus fiduciarius, & nullo modo fideicommissarius, pendente fideicommissi conditione, adeoque ante restitutionem, de negotiis hæreditariis agere in iudicio ac conveniri potest, ac denunciations, quæ per viduam gravidam post mariti obitum fiunt illis, quorum interest, solis fiduciariis, non item fideicommissariis, faciendæ sunt; quamvis fideicommissarius intersit, non nasci aut substitui partem, hæreditatem fiduciarius pariter ac fideicommissarius interversum, *l. 1. §. denunciari 14. ff. de ventre inspic.* denique etiam in fiduciarium lata sententia fideicommissario nocitura est; nisi culpa fiduciarii condemnatio intervenisset, arg. *l. ex contractu 44. ff. de re judic.* sive de re singulari, sive de tota hæreditate fiduciario lis ante restitutionem mota esset, *l. si patroni 55. §. ult. ff. ad Senatusc. Trebell.* idque, ne alioquin dominia rerum in incerto essent, incertæque rerum iudicarum auctoritates; ut plenius exsequitur Peregrinus de fideicommissis art. 53. num. 49. & seqq. Si ergo & solutione, & impensa bona fide facta, & lite bona fide agitata, & denunciatio ne sibi facta, fiduciarius fideicommissario nocere possit; non est, cur non & transigendo bona fide sine gratia aut sordibus eidem posset præjudicare, præsertim si meminerimus, transactionem æque ac rem iudicatam, ad lites finiendas comparatam esse, nec minorem ejus, quam rei iudicata auctoritatem, *l. 2. ff. de iurejurando*; & ita sentit Corasius Miscell. lib. 2. cap. 19. n. 10. Peregrinus de fideicommissis art. 52. num. 88. Nec hisce refragatur, quod, licet lata in eum sententia in materia evictionis auctori noceat, & emptori in auctorem regressum det; transactio tamen & compromissum auctori haud nociturum sit, *l. si dictum 56. §. si compromiserit 1. ff. de evictionibus*, junct. *l. si cum questio 17. C. ord. tit. Et* sententia in testamenti inofficiosi qua-

Voss ad Landell. Tom. I.

stione adversus institutum data legatariis nocet; quibus tamen transactio inter institutum & hæredem legitimum interposita nullum præjudicium est allatura, *l. si suspecta 29. pr. & §. quamvis 2. ff. de inoff. testam. l. a sententia 5. §. 1. & seqq. l. si perusorio 14. ff. de appellat. l. Imperatoris 3. pr. ff. l. s. Et* enim quod attinet emptorem transigentem, non poterat non temere videri facta per eum transactio sine voluntate auctoris, non tantum principaliter periclitantis ac de evictione obstricti, sed reatius probabiliter defensiones rei venditæ scientis; cui etiam propterea, ut liti motæ assisteret, denunciandum fuit; cum ex adverso æque & magis fideicommissario, quam fiduciario ignota dubiaque sint jura defuncti, & ipsius successiones; ac fiduciarii magis, quam fideicommissarii intersit, cui & propterea denunciandum esse dictum est, *l. 1. §. 14. ff. de inspic. ventre*. Quod vero spectat transactionem super inofficioso testamento, non mirum eam neque legatariis obesse neque libertatibus: cum enim testamentum inofficiosum non ipso jure nullum sit, sed vires retineat, donec judiciali fuerit rescissum sententia, & institutus semel ex testamento tali hæreditatem adeundo semet obstrinxerit ad legatorum implementum, non potuit transigendo sese isti oneri in totum vel pro parte subducere, dum certo constat, quid ab initio legati nomine debitum fuerit, quoties legatarii validitatem testamenti probare parati sunt. Estque jus legatariorum distinctum plane a jure hæredis de inofficioso transigenti, quippe qui nullam sibi vindicant hæreditatis partem, sed ex titulo singulari res singulares: cum ex adverso jus fideicommissarii plane idem sit cum jure fiduciarii, ac simpliciter onera omnia ac commoda a fiduciario in fideicommissarium transeant, quantacunque fuerint, sic ut disputetur vulgo an gravanti an gravato succedatur ex fideicommissio: ut proinde fiduciarius de suo jure transigens, non possit non videri transigisse simul de jure fideicommissarii, jus suum omne ex jure, quod fiduciario competebat, habentis ac metientis. Prudentius interim & tutius hæres fiduciarius plerumque fuerit, si ab omni abstinuerit transactione, omnesque controversias secundum juris rigorem judiciali patiatur sententia decidi: quamvis nec inficias eundem sit, durum esse, quod fiduciarius debet litigando sese exponere metui amittendi totum, si succumbat, cum potuisset transigendo partem retinere. Prasertim cum & in jure transactiones commendentur, ac non vituperanda dicatur, verecunda cogitatio ejus, qui lites exaceratur, *l. item si 4. §. item si 4. §. itemque 1. ff. de alien. jud. mut. causa facta*.

¶ Et hæc quidem ita, si fiduciarius cum aliis, hæreditatem vindicantibus aut rem singularem, cum creditoribus vel debitoribus hæreditariis, de dubio transegerit suo vel defuncti jure. Sed si inter fiduciarium ac fideicommissarium super ipso fideicommissio, quod vel ex incerto eventu, vel ex obscuris fideicommittentis verbis est dubium, transactio intercesserit, non dubium quin & transigentibus noceat, & eorum hæredibus, quippe factum defuncti præstare obstrictis, *l. 1. l. cum proponas 16. C. de pactis, l. de fidei commissio 11. C. de transaction. arg. l. cum a matre 14. C. de rei vindic. l. venditrici 3. C. de reb. alienis non alienand. l. si sive possessio 14. C.*

de eviction. l. ex qua persona 149. ff. de regul. juris l. Seja fundo 73. ff. de eviction. mutato jure veteri, ex quo transactio super fideicommissio reciproco reprobata fuit, teste Paulo recept. sent. lib. 4. tit. 1. §. 13. Nec refert, hæredum in transigendo mentio fuerit, an non; cum in dubio quisque non sibi tantum, sed & hæredibus suis credatur pactus, l. si pactum 9. ff. de probation. Peregrinus de fidecommiss. art. 52. num. 97. Plane, si quis transigens hæreditatem respuendam censuerit; vel etiam adhibito inventarii beneficio adiverit, nullum videtur passurus ex transactione præjudicium; cum non adiens recte venire possit contra defuncti factum, arg. l. cum a matre 14. C. de rei vindic. l. siue possessio 14. C. de eviction. l. venditrici 3. C. de reb. alien. non alienand. & cum inventario hæreditatem suscipiens omnia sua jura sic integra conservat, ac si hæreditatem non adivisset, ut latius tit. de jure delib. Peregrin. d. art. 52. n. 97.

10. Transigi potest de rebus dubiis, id est, de quibus jus est dubium, dubiusque eventus; sive ex incerto conditionis etiam tempus pendens, licet tunc nulla lis sit, aut metuatur, velut inter fiduciarium & fideicommissarium de fideicommissio conditionalis, secundum jam dicta, l. de fideicommissio 11. C. b. t. sive ex dubia incertaque litis mota aut movenda victoria, l. cum se proponas 2. C. b. t. etiamsi forte res, super qua transigitur, naturaliter certa sit; in quantum non de generalibus tantum negotiis, velut hæreditate, rationum redditione, similibusque transigi potest, l. a. 3. 4. 5. 6. C. b. t. sed & de re certa singulari, puta, fundo Corneliano, debito aureorum centum, & aliis, l. si de certa re 31. C. b. t. nec dubium mihi, quin & de ipsa status questione, deque libertatis, ingenuitatis, aut familiae jure recte transigatur, l. ult. C. b. t. arg. cum, qui 30. §. si liberus 4. de jurejurando junct. l. 2. cod. Licet enim privata pactio nec vere servus liber fieri possit, nec vere liber in servilem transferri conditionem, l. transactionem 26. C. b. t. l. nec si volens 6. l. liberos 10. C. de liberali causa, quo minus tamen transigendum intuitu pro libero aut servo habeatur, nihil vetat; transactione inter solos transigentes, non vero aliorum intuitu, operante. Vinnius de transact. c. 4. n. 11.

11. De rebus certis non recte transigitur, adeoque nec post sententiam, quoties illa in rem judicatam transivit, sic ut haud amplius supersit appellandi facultas, aut restitutio adversus rem judicatam necdum petita sit. Nam si appellatio adhuc interponi possit, aut negetur judicatum esse, aut restitutionis adversus rem judicatam impetranda minus subsit, dum ea jam petita est, tanquam de dubio etiam modo negotio recte transigitur, l. et post 7. l. post rem 11. ff. b. t. l. si causa 32. C. b. t. adde Vinnium de transaction. cap. 4. n. 5. 6. 7. 8. 9. Sed quemadmodum de jure Romano transactio super re judicata firmabatur, quoties mediante Aquiliana stipulatione, & acceptilatione subsecuta, jus re judicata quantum ipso jure perimebatur, d. l. si causa 32. C. b. t. & gratuitum probabatur super re judicata pactum, tanquam liberatorium, & donationis causa conceptum, l. juris gentium 7. §. si paciscar 13. ff. de pactis; Paulus recept. sent. lib. 1. tit. v. §. ult. ita quoque moribus receptum est, transactio-

nes super negotio, ex re judicata certo, ratas esse. Groenewegen ad l. 7. §. 1. ff. b. t. num. 2. Nec dubium, quin, fidejussore jam condemnato, transigere valeat, ita ut non principali tantum, sed & fidejussori condemnato, transactio, tanquam in rem concepta pactio, sit profutura, l. et post 7. §. 1. ff. b. t.

12. De relictis testamento, & in universum de controversiis, quæ ex testamento proficiscuntur, neque transigi neque exquiri veritas aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti, l. de his 6 ff. b. t. Nec alius videtur sensus tribui posse verbis d. l. quasi Gajus Ictus in libr. 17. ad edictum, unde deprompta est d. l. 6. non de transactionibus, sed testamentis tractasset; nam licet hoc haud improbabile sit ex variarum legum inscriptione; debiliior tamen est argumentatio, qua concluderetur, non aliam ergo tali in libro questionem fuisse ventilatam. Quia enim nescit, innumeris prope in locis per modum rationis, objectionis, vel exempli, materias tractari ab ea, quæ ex professo excutitur, alienas prorsus, si in se spectatæ fuerint? Ne longius abeam, hic ipse Gajus locus cum aliis collatus abunde id docet; cum enim Gajus d. libr. 17. de testamentis agens in rationem inquireret, cur tabulae testamenti aperiri, inspicere, ac describi deberent, hanc ipsam suppediat, quæ est in l. 6. ff. b. t. postquam enim in principio verba edicti exhibuerat, quibus prator se testamenti inspicendi describendi-que potestatem facturum pollicebatur, mox in l. 1. §. 1. ff. testam. quemadmodum. aper. inspic. et deroib. subjungit: ratio hujus edicti manifesta est, neque enim sine judicio transigi, neque apud judicem exquiri veritas de his controversiis, quæ ex testamento proficiscuntur, aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti, removens ita omnem transactionem, sive sine judice & extra judicium, sive apud judicem, controversia transactione decideretur, si non essent prius inspectæ testamenti tabulae: meraque est verborum captio, si dicas, velle Gajum in hisce verbis, nullam posse de controversiis ex testamento proficiscuntibus transactionem fieri sine judice; cum id nulla lege cautum sit, & tum in judicio, tum extra judicium, seu, apud alia Re-
toris provincia, vel sine actis, recte transigi receptum, l. siue apud 29. C. b. t. adde Ant. Fabri Rationalia ad d. l. 6. ff. b. t. Et ex hisce ipsum quoque Gajum illustrari posse censeo, dum in l. in his 26. ff. de condit. et demonstrat. (quæ est ex eodem lib. 17. ad edictum) ait, in his, quæ extra testamentum incurrerent, posse res ex bono et aequo interpretationem capere; ea vero, quæ ex ipso testamento oriuntur, necesse esse secundum scripti juris rationem expediti. Quod enim controversiæ, tum ex testamento, tum aliunde descendentes, per judicem secundum scripti juris rationem seu leges decidi deberent, id omni dubio carebat: ac proinde hanc ejus in hisce puto sententiam esse, quod peculiari jure controversiæ ex testamento orientes expediti, transigi, finire non potuerint, nisi secundum scripti juris rationem, seu nisi secundum juris præscriptum, inspectis prius cognitisque verbis testamenti; ne alioquin temere nimis ac Inconsiderate spernerentur donatorum liberalitates, vota, ac expectationem honoratorum subinde superantes; & suprema elogia

subverterentur, quæ exitum habere, & testatorum privatim, & publice quoque interest, *l. vel negare 5. ff. testam. quemadm. aper. inspici. & describ. pr. Instit. de leg. Falcid.* Quibus accedit, quod ex jurejurando delato ac præstato super his, quæ testamento dicebantur relicta, nullum jus sibi jurans metiri possit, si postea inspectis testamenti tabulis nihil relictum constet, licet alicui de perjurio non soleat quæri, *l. ult. C. de reb. cred. & jurejur.* Neque sufficiens differentie ratio suppetit, cur aliud in transactione, quam jurisjurandi præstatione servaretur; cum jusrurandum vicem transactionis ac decisionis obtineat, imo jurejurando transigatur, *l. 2. admonendi 31. ff. de jurejurando.* Atque his fundamentis nititur, quod in *l. Imperatores 3. §. 1. ff. b. r.* decisum est, transactione propter fideicommissum facta, ac repertis postea codicillis, ea quibus apparebat, majorem ex fideicommissi causa quantitatem deberi, id, quod minus ex transactione fideicommissarius adeptus est, consequi eum posse. Quamvis enim apertum & inspectum esset testamentum, atque inde quis forte concludendum putasset, juris interpretatione codicillos quoque, velut testamenti accessorios, pro apertis ac inspectis habendos fuisse, & sequi jus testamenti, juxta *l. ab intestato 16. in fine, & l. 18. ff. de jure codicill. l. pen. ff. testam. quemadm. aper. insp. & describ.* rectius tamen visum fuit, etiam ipsos codicillos, quibus erat expressa fideicommissi quantitas, debuisse inspicere, quod cum in casu *l. 3. §. 1.* non esset factum, transactio nullum fideicommissum pariebat præjudicium. Scilicet, ut incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare vel respondere, *l. incivile 24. ff. de legibus*; ita quoque, non inspectis cognitisque omnibus voluntatis supremæ (legis instar sese habentibus juxta *novell. 22. cap. secundum 2.*) partibus, judicare aut transigere reprobatum. Atque ita observari, testes sunt Peregrinus de fideicommissis *art. 52. n. 77. Sande dec. Frisic. libr. 4. tit. 5. defin. 15. ante med. Ant. Faber. Cod. libr. 2. tit. 4. defin. 1. Andr. Gayl. lib. 2. observ. 139. n. 10. Christinus vol. 1. decis. 84. n. 12. & seqq. Hugo Grotius manu def. ad Jurisprud. Holland. libr. 3. cap. 4. n. 9. Vinnius de transaction. cap. 5. Respons. Jctor. Holl. part. 3. vol. 2. consil. 14. n. 3. 4. nec adversatur l. Lucius Titius 78. §. ult. ff. ad Senat. consul. Trebell.* quippe quæ non de repertis postea codicillis agit, sed de instrumentis illis, ex quibus apparebat major quantitas patrimonii; cum ex codicillis voluntas quidem, at non substantiæ quantitas colligenda sit. Multo minus obest, *l. non est ferendus 12. ff. b. r.* cum aliud sit, de solo vo cogitasse, quod prima testamenti parte, at non etiam, quod posteriore legatum sit; aliud vero priorem tantum partem inspexisse, nam et qui totum inspexit, & generaliter transigit de relictis testamento, prætere quidem potuit, se de relictis priore parte tantum cogitasse, sed talem ferendum non esse, cum indignatione Jurisconsultus testatur; cum tamen satis probabilis fuisset ignorantia, nec cum indignatione rejicienda, si nihil præter partem priorem fuisset inspectum.

13. Nec recte quisquam in transigendo huic tabularum inspectioni renunciat; cum suo quidem favori unumquemque renunciare leges sinant; at non

juri tertii, jure publico; quod hic contingeret, dum inspectionem requiri diximus, ne temere subverteretur testatoris judicium, neve testamenta defunctorum occultarentur, quæ exitum habere, testatoris & publice interest, *d. l. 5. ff. testam. quemadm. aper. inspici. & describ. d. pr. Instit. de leg. Falcid.* Peregrinus de fideicommissis *d. art. 52. num. 78. Sarde d. lib. 4. tit. 5. defin. 25. ante med. Andr. Gayl. d. lib. 2. observ. 39. num. 10. Christinus d. vol. 1. decis. 84. num. 13. 14. Vinnius de transact. cap. 5. num. 7. & seqq.* Si tamen sine inspectione voluntas testatoris aliunde transigentibus certo innotuerit, subsisteret transactio; cum is, qui non ignorat, sed jam certus est, non amplius videatur certiorandus, *arg. l. 1. in fine ff. de action. emm. Ant. Faber Cod. libr. 2. tit. 4. defin. 1.* Hinc & si nuncupativum fuerit conditum testamentum, quia tabularum inspectio fieri non potest, suffecerit, auditis testibus cognitam perfectamque transigentibus fuisse defuncti voluntatem. Vinnius de transact. *cap. 5. num. 6.* Non etiam vetitum videtur ante inspectas tabulas pactum gratuitum, aut simplex renunciatio seu repudiatio relictorum eo quod jus singulare, in transactione inductum, ad consequentias trahendum non est, & vulgo cuique licet jus suum remittere. Vinnius de pactis *cap. 18. num. 6. & de transaction. cap. 5. num. ult.*

14. Alimenta quod spectat, si quidem ea ex contractu debita sint, nihil impedit, quo minus mutua transactione absque prætoris decreto tollantur, uti mutuo consensu introducta fuit obligatio ad ea præstanda: neque enim hoc casu quisquam alieno, sed suo tantum juri renunciat, & naturale est unumquodque eo genere dissolvi, quo colligatum est, *l. cum hi 81. §. hac oratio 2. ff. b. r. 1. nihil iam naturale 35. ff. de regul. juris.* Sin ultima voluntate relicta fuerint, si quidem mora in iis præstandis intercesserit, sic ut in præteritum, biennii forte vel alterius temporis jam transacti alimenta sint debita; nec tunc ad transactionem videtur decreto opus: eo quod hæc alimentorum naturam habere desierunt, & simplicis legati induerunt conditionem, adeoque nec alimentorum jure censi debent; non enim quisquam in præteritum vivit aut alendus est, *l. de alimentis 8. C. b. r.* Si vero in futurum præstanda veniant ex testamento, vel (quod hic idem) ex codicillis, vel mortis causa donatione, vel mortis causa capione, transactio non aliter firmitatem habitura est, quam si prætoris decretum accesserit, ne hi, quibus alimenta relicta, nimis temere transigant, & lucri presentis illecebra invitati, modico contenti sint, atque ita pia ac provida testatoris, alimoniam concedentis, voluntas subvertatur, *d. l. cum hi 8. pr. & §. hac oratio 2. ff. b. r.* idemque est, si modicus usufructus alimentorum vice relictus sit, *d. l. 8. §. si in annos 23. ff. b. r.* Considerandum enim, parentes, aliosque, qui liberis aut cognatis in luxum prorsus committere proprietatem rerum non audebant, ne his prodigalitate brevi dissipatis, esuriendum esset, annua aut mensua aut diurna testamento alimenta prudenter concessisse. Ex hinc a Martiale patrem epigrammate notatum puro, quod filio quidem Philomuso menstrua, imo diurna vivas distribuisset, sed moriens eundem instituisset ex æse hæredem; illam enim institutionem ei, cuncta perdituro, non profuturam, sed magis exhæredationem videri. Hanc certe Martialis pu-

to mentem, licet vulgo ejus interpretes alio sensu accipiant, acumen verum haud observantes. Sic ille lib. 3. epigr. 10.

*Constituit, Philomuse, pater tibi millia bina
Menstrua, perque omnes praestitit illa dies,
Luxuriam premeret cum crastina semper egestas
Et vitis essent danda diurna tui.
Idem te moriens barem ex asse reliquit?
Exbareдавi te, Philomuse, pater.*

Quod si alendus transigendo non perimat aut diminuat obligationem ad alimenta, sed magis conditionem suam reddat meliorem aut saltem non deteriores, subsistet & sine decreto transactio cum id unum, ne per transactionem alimenta interciperentur, sua D. Marcus oratione alimenta intenderit. Vide d. l. cum bi 8. §. eam transactionem 6. & §. ben. & ult. ff. b. t. confer Vinnium de transact. cap. 6. Quid quod nec gratis quis prohibetur de iis pacisci; cum ita cesset prohibitionis ratio, nec adeo facile quis jus suum praesumatur gratis remissurus, quam quidem praesentis, utut modica pecuniae, oblata praestatione. Cui accedit, quod liberum cuique est, ex generalibus juris fundamentis, relicta sibi legata non acceptare, quodque id ipsum nonnunquam suadet aut relinquendi modus, aut legati tenuitas, aut aliae id genus causae, ad repudiandum impellentes. Quid enim si velut veneno, qui opulentus est, quantitatis exiguae annua menstruae alimentorum nomine data concipias; quae non sine opprobrio admittat honoratus? Donellus ad l. 7. seu potius 8. C. b. t. n. 2. Vinnius de pactis cap. 18. nam. 7. & de transact. cap. 6. num. ult. Et quamvis nonnullis placeat, unumquemque de alimentis ex quacunque causa debitis nunc posse transigere, Zypaeus novit. jur. Belg. lib. 1. tit. de transactionibus, vers. non potest. tutius tamen aliis visum, a jure Romano hac in parte non recedi; dummodo meminerimus, non praecise desiderari, ut transactionem antecedit decretum; sed sufficere, quod vel ratihabitione magistratus firmetur; quod si & illa deficiat, appareatque in necem pauperum transactionem fuisse interpositam, sic ut, remissa alimentorum praestatione, transigens reliquis ex publico alendis associandus esset, rescindi transactionem ratio dicat, Grotius manu dicit. ad Jurisprud. Holl. lib. 3. cap. 4. n. 9. Groenewegen ad l. 8. C. b. t. Responsa Jctor. Holl. part. 3. voi. 1. consil. 144. circa fin. Quoties autem licite super alimentis futuris transactio interponitur, per quam vel diminuitur vel tollitur ad alimenta obligatio, strictam illa recipit interpretationem, sic ut nec vestitus nec habitationis, sed tantum cibarium praestatio in dubio censeatur perempta, l. cum bi 8. §. qui transigit 12. ff. b. t. licet in legato, quo alimenta relinquuntur, & ita introducitur ad ea obligatio, vestitus quoque & habitationem comprehendit responsum sit, l. legatis 6. l. ult. ff. de aliment. vel cib. legat. ita scilicet suadente maximo alimentorum favore, ut & plenius ac facilius introducat, & difficilius parciusque resolvatur praestandi necessitas semel nata.

15. De causis quoque matrimonialibus transactionem pro matrimonio quidem, ac non contra illud, sic ut impediretur aut resolveretur, interponi posse, ex juris Canonici principiis tradunt interpretes, arg.

c. fin. extra, de transactione, Andr. Gayl. l. 2. observo. 94. num. 14. Vinnius de transact. cap. 4. n. 12. Nec dubium, quin & nunc privatis pactioibus frustra tentetur matrimonium semel recte contracti, tanquam vinculi privatim individui, diremtio. Sed quominus in casu dubio futuri matrimonii incerta spes, ex dubiis quaesita sponsalibus, mediante transactione aliquo dato dissolvatur, ac evanescat, ut jure non inhibuit, ita penes nos quotidianum est.

16. Non etiam licita de futuris delictis aut dolo futuro transactio; quippe ad delinquendum invitans, arg. l. si unus 27. §. ult. in fine ff. de fidejussorib. De praeteritis vero privatis delictis eatenus permessa est, ut pecuniaria poenae tollatur obligatio, si pignore 54. §. ult. l. interdum 56. §. qui suelam 4. ff. de furtis, non item, ut & infamia evitaretur, l. abiectione 4. §. ult. l. 5. l. 6. §. 3. ff. de his, qui not. infam. §. pen. Instit. de poena temere litig. cum enim poena pecuniaria ex delicto privato applicetur auctori, conveniens erat, illum suo juri privato per transactionem renunciare posse; quod non ita est in infamia; quippe quae publicis annumerata poenis, ob lesionem publico illatam per delictum, non poterat a privatorum arbitrio ac transactione pendere. Nisi tamen quis auctore praetore transeisset, aut gratuitam interposuisset pactioem, l. furti 6. §. pactioem 3. ff. de his, qui not. infam. aut delictum privatum tale sit, ex quo nec damnatos infamia sequitur, veluti ex lege aquilia: cum enim non alia de causa infames sint de delictis transigentes, quam quia hoc ipso crimen videntur confiteri, d. l. 4. §. ult. junct. l. 5. ff. de his, qui not. infam. confessus autem pro judicato est, l. 1. ff. de confessis, l. post rem 56. ff. de re judicata, consequens fuit, infamem esse non debere ex confessione, qui nec ex judicato infamis fit.

17. De publicis quoque criminibus non capitalibus transigere vetitum, sub poena convicti, l. transigere 18. C. b. t. l. ult. ff. de praevocatione. excepto falsi crimine: nam quamvis verum sit, eos, qui de non capitalibus transactionem ineunt, eo ipso in falsi crimen posse incidere, exemplo eorum qui ob dicendum vel non dicendum testimonium pecuniam acceperunt, l. 1. §. 1. 2. ff. ad leg. Cornel. de falsis, non tamen ea est sententia d. leg. 18. C. b. t. quando dicitur; de aliis criminibus, quae sanguinis poenam non ingerunt, transigere non licere, citra falsi accusationem: sed magis illic citra equipollet voculae praeter, adeoque exceptionem restrictionemque regulam inducit. Ut enim frequentius fuerit, citra pro sine accipi; quia tamen etiam pro praeter vox citra usurpata invenitur in l. ult. ff. de calumniator. l. un. §. accedit 15. in fine C. de rei uxoris actione, & in dubio ea vocis interpretatio adhibenda est, quae vitio caret, & rei gerenda aptior est, l. in ambigua 19. ff. de legibus, l. quotiens idem 67. ff. de R. I. non aliud in d. l. 18. denotari quam praeter, dicendum est. Nam & aliunde constat, de falsi crimine licitam fuisse transactionem l. ipse significat 7. C. ad leg. Cornel. de falsis, vnumque effugium est, in d. l. 7. transactionem non ipso de crimine, sed tantum de privata lesione per falsi crimen illata fuisse interpositam iis, quae occurrunt in l. de fide 16. Cod. eod. tit. de falsis, l. pen. Cod. b. t. Id enim si verum esset, non fuisset per transactionem in d. l. 7. propositam impedita cri-

minialis de falso accusatio, quæ tamen in *d. l. 7.* denegatur transigenti. Quod enim civilis actio de falso, atque subsecuta ad eam ex sententia vel transactione decisio, non impedit ullo modo criminalem falsi accusationem, manifestum est ex *d. l. fide 16. C. ad leg. Corn. de falsis, l. unic. in fine C. quando civilis actio criminali præjudicat.* Præter quæ omnem insuper hesitationem videntur eximere libri Basilicon, ubi *lib. 11. tit. 2. l. 35.* hæc leguntur Latine reddita: *In aliis vero quæ sanguinis penam non irrogant, transigere non licet, excepto falsi crimine; nam de falsi crimine, tametsi penam sanguinis non irrogat, transigere licet.* Neque, ut hoc addam, ratione caret illa de falso transigendi licentia; nam licet pena sanguinis hominibus liberis non fuerit regulariter irroganda; in servis tamen ultimum supplicium ex falsi crimine obtinuit, *l. 1. §. ult. ff. ad leg. Corn. de falsis*, cum vero nemo de suo statu ita certus esse potuerit, posita præsertim non rara apud Romanos partium suppositione, infantum servilium plagio, recens natorum expositione, & similibus; atque adeo fieri potuerit, ut liberum se credens, pro libero se gerens, probata dein servili conditione, servili fuisset afficiendus supplicio; probabile est, & transactionem de falso ea de causa fuisse exceptam. Ne dicam in ipsis liberis ob concurrentes circumstantias crimen aggravantes ultimum posse supplicium imponi, *l. ubi falsi 22. in fine, C. ad leg. Corn. de falsis*, quæ lex licet Constantini sit, tamen ad explicationem *d. l. 18.* recte adhibetur; cum non appareat, id primitus ibi a Constantino ita, tanquam jus novum constitutum fuisse. Juvatque non parum hanc rationem, quod Vinnius & alii statuunt, etiam in extraordinariis criminibus, in quibus iudex secundum rigorem posset ad ultimum usque supplicium procedere, transactionem ob imminens incertum sanguinis seu mortis naturalis periculum impunitam esse. Vinnius de transact. c. 7. num. 16. Confer Cujacium *lib. 6. obr. 11. Pachineum Controv. lib. 1. cap. 9.* & dissentientem Vinnium de transact. cap. 7. n. 30. & seqq.

19. De capitalibus sane criminibus penam sanguinis, non mortem civilem irrogantibus, transactio permessa fuit: visum namque, ignoscendum esse ei, qui sanguinem suum qualiter qualiter redemptum voluit, *d. l. transigere 18. C. b. t. l. ult. ff. de prævaricatione, junct. l. 1. §. ff. de bon. cor. qui ante sent. mortem sibi consero.* Sed tamen & hic exceptio est in raptu crimine, quatenus parentes (non item alii) cum raptore transigere vetantur, arg. *nov. 143. 150. Vinnius de transact. cap. 7. num. 19.* præcipue vero in adulterio, *d. l. 18. C. b. t.* neque enim verba illa *exceptio adulterio spuria existimo*; ac ex textu exigenda; tum quia in *l. de crimine 10. C. ad leg. de adult.* nominatim vetita de adulterio transactio; tum quia in libris Basilicon semel iterumque hæc de adulterio exceptio repetita est, sic enim *lib. 11. tit. 2. l. 35.* verba habent, *in his quidem criminibus, quæ sanguinis penam inferunt, transigere licet, excepto adulterio, & mox, breviter igitur ex hac constitutione hanc regulam statuo.* De criminibus, quæ penam sanguinis inferunt, recte transigimus excepto crimine adulterii. Ratio exceptionis est, quod in lenocinii crimen incidat de eo transigens, *l. ii. cujus ope 14. ff. ad leg. Jul. de adulteriis*, & cum pauca

tantum personæ ad hujus criminis accusationem admittæ sint, *l. quamvis 30. C. ad leg. Jul. de adulteriis* per transactionem silentibus, facile erimen fedissimum maneret impunitum. Præterquam quod hisce paucis propinquis, ad accusandum admittendis, ac præcipue marito, quem genialis tori vindicem esse oporteret, non potest non turpissimum esse, vindictam opprobrii domestici pecuniario commodo postponere, arg. *l. miles 11. §. socer 3. ff. ad leg. Jul. de adulteriis.* Nec est, quod quis rationem ab eo desumtam, quod pauci tantum in hoc crimine accusant, carterdam putet, quasi tantum ex recentiori lege Constantini deprompta, non potuisset anteriores Imperatores Diocletianum & Maximianum auctores *d. l. 18.* movisse, ut adulterium exciperent, eo tempore, quo adhuc omnibus patebat tanquam publica adulterii accusatio. Etenim nec id, quod pauci tantum adulterii accusant, a Constantino primitus inductum puto. Quin potius & antea hoc crimen non nisi ab illis, quorum intererat, vindicatum fuisse, verius est: quemadmodum etiam jam olim Modestini Jurisconsulti avo, adeoque dudum ante Dioclet. & Maximianum, de partu supposito soli accusabant parentes, aut hi, ad quos ea res pertinebat, non quilibet ex populo, *l. lege Cornelia 30. §. 1. ff. de leg. Corn. de falsis &c.* ne falsis extraneorum contumeliis jura familias turbarentur: ita nec promiscue extraneos eandem ob rationem fuisse admissos, patet ex *l. 2. §. ult. l. si maritus 4. §. extraneis 1. l. constante 26. ff. ad leg. Jul. de adult.* dum Ulpianus extraneorum mentionem faciens non simpliciter omnes admittit, sed eos, qui post patrem & maritum accusare adulterii possunt; dum ait: *sed & quotiens alii, qui post maritum & patrem accusare possunt, ad accusandum prosiliunt, &c.* item, *extraneis autem, qui accusare possunt, accusandi facultas post maritum & patrem conceditur, & ab eo, qui extra maritum ad accusandum admittitur, constante matrimonio accusari mulier non potest: probatam enim a marito uxorem, & quiescent matrimonium non debet alius turbare atque inquietare, nisi prius lenocinii maritum accusaverit.* Quæ ratione etiam passim in legibus per extraneos denotantur illi, quibus extra maritum & patrem jus accusandi in crimine adulterii per leges concessum est. Eoque sensu maritum vel jure mariti vel jure extranei accusare, leges habent, *l. ex lege 2. §. 1. l. si uxor 13. pr. & §. 4. l. 15. §. 6. ff. ad leg. Jul. de adulteriis.* Neque tamen recte quis inde collegerit, omnes ergo extraneos accusare posse; nam & post *d. l. 30. C. ad leg. Jul. de adult.* personas certas ad accusandum in hoc crimine idoneas enarrantem, Imperatores Theodosius, Arcadius & Honorius eandem distinctionem, utrum maritus jure mariti, an jure extranei ad accusandum procederet, agnoverunt, etsi juris certi esset, non quovis extraneos audiendos esse, *l. adulterii 33. C. ad leg. Jul. de adulteriis.* Non aliud ergo, ut paucis dicam, debemus Constantini constitutioni, quæ est in *d. l. 30.* quam quod accuratam habeamus personarum illarum enumerationem, extra quas nulla alia accusare poterant; cum Ulpiani verbis tantum simpliciter, sine specifica personarum enarratione, moneremur, non omnes, sed quosdam, ad accusationem adulterii instituendam potuisse prosilire. Difficultas quidem non levis in

eo haret, quod multi contendunt, adulterii poenam aliquo tempore *d. l. 18. C. b. 1.* non fuisse capitalem, sed demum postea a Constantino talem factam, *l. quamvis 30. §. 1. C. ad leg. Jul. de adulter.* ideoque Constantino adscribi in *novell. 134. cap. si quando vero 10.* Sed non erraturos autem, qui gladii supplicium a Constantino non primitus inductum, sed renovatum censent; neque enim probabile mihi fit, tam paucis verbis in *d. l. 30.* occurrentibus, sine præfatione aut ratione addita, tam insignem a Constantino mutationem fuisse factam; cum in levioribus mutandi juris rationem passim inveniamus adjectam, aut saltem juris mutandi mentionem, quorum tamen neutrum in *d. l. 30.* apparet. Nec novum est in nostro jure, ea, quæ per Imperatorem alicui non statuta primitus, sed renovata sunt, eidem veluti auctori tribui: qua ratione divisionis beneficium fidejussoribus ab Hadriano indultum juxta *§. si plures sint 4. Instit. de fidejussorib. successorij eius D. Plo* adscribitur in *l. si testamento 49. §. 1. in fin. ff. de fidejussor.* adde *d. in. num. 21.* Ut proinde nec mirum sit, Constantino in *d. novell. 134. c. 10.* quæcque poenam adscribi renovatam magis, quam introductam; præsertim, si consideres, etiam alias ipsam legis Julæ poenam, quæ sæpe, quasi lege prope dormiente, vix in adulterio decernebatur, fuisse renovatam; notante illud Juvenale *satyr. 2. vers. 29.*

*Qualis erat tragico nuper pollutus adulter
Concubitu, qui tunc leges revocavit amaras
Omnibus, atque ipsi Marti Venerique timendas.*

Ne dicam, totum paragraphum primum *de l. 30. C. ad leg. Jul. de adult.* neque fuisse, neque esse potuisse partem legis illius, sed a Triboniano adjectum esse; tum quia dudum ante illam legem Constantinus non tam introduxit, quam potius præsupposuit, poenam adulterii capitalem fuisse, in *l. qui sententiam 16. C. de penis*, quam undecim annis & amplius ante *d. legem 30.* fuisse conditam, ex subscriptionis utriusque collatione manifestum est; tum quia neque in Codice Theodosiano, neque in Basilicis ulla verborum *d. legis* trigesima mentio est, ut patet ex inspectione *legis 2. Cod. Theodos. ad leg. Jul. de adulter. lib. 9. tit. 7. & Basilic. lib. 60. tit. 37. cap. 69.* tum denique, quia probabilis omnino conjectura est, (qua & Jacobo Gothofredo, eruditionis consummata viro, non displicuit in *comment. ad l. 4. Cod. Theodosian. quorum appell. non recip. lib. 11. tit. 56.*) verba dicti *§. 1.* translata esse ad *d. leg. 30. ex lege 4. Cod. Theod. quorum appell. non recip.* Non, quasi illa demum lege, adeoque non nisi post excessum Constantini, poena ultimi supplicij inducta fuisset; sed quod, cum nulla appareret lex Constantini, qua is aperte præstitisset adulteris gladii punitionem, commodum Triboniano visum fuerit, verba Constantii atque Constantis paulum immutata, & ad Jurisprudenter Justinianæ usum accommodata, assere *d. legis* trigesimæ Constantini. Erat nempe poena capitalis nota ante Constantium & Constantem, & ut opinor, (sed de quo disputatur) ante Constantinum; sed Constantius ac Constant non contenti simplici ultimi supplicij irrogatione, adulteros culeo insui jusserunt. Cumque in *d. l. 4. Cod. Theodosiani* constituisent, *sacrilegor nuptiarum* tamquam mani-

festos parricidas, insuere culeo vivos, vel exurere judicantem oportet; Tribonianus *culei* loco poenam gladii, tempore Justiniani probatam, substituisse videtur, scribens in *d. l. 30. §. 1. sacrilegos nuptiarum gladio puniri oportet.* Phrasiologia sane eadem, & quidem non vulgaris, sed impropria prorsus ac metaphorica, in utraque lege conspicua est, neque ulla alia in Theodosiano aut Justiniano Codice constituto invenitur, unde potius illa verba *d. legis* trigesimæ videri possent adjuncta esse. Quamvis enim Jacobus Gothofredus *ad d. l. 4. C. Theodos. quorum appell. non recip. prope circa fin.* conjecturam proponat, in primo imperii tempore legem quandam specialem a Constantino de infligenda adulteris gladii poena conditam fuisse, sed quæ nuspiam nunc apparens injuria temporum perierit; tamen ex tali lege, cujus lata neque verba neque vestigium ullum superest, incrementum accepisse *legem 30.* non existimavit, sed potius, ut dictum, ex *d. l. 4. Cod. Theodos. quorum appell. non recip.* Præterquam quod præsumptio illa de lege alia Constantini, poenam gladii in adulteros scientem, sed deperditam, minorem probabilitatis speciem habere videtur, dum nulla historicorum probatorum fide doceri posse puto, Constantinum poenæ gladii adulteris præstitutæ primum auctorem fuisse; cum tamen credibile non sit, tot laudem Constantini (*magni* appellati) præcones, præsertim temporis illius Patres Christianos, silentio suppressuros fuisse tam insigne Constantini factum, quo ad Legis Divinæ normam redegetisset adulterii coercionem, si omnino jus tale primitus ab eo profectum fuisset. Et licet destituti multis Impm. constitutionibus, primum nequeamus designare exasperatæ in adulteros poenæ auctorem, constat tamen Alexandri Imperatoris temporibus, adeoque ante *d. l. 18.* supplicium capitale debuisse infligi, *l. caritati 9. C. ad leg. Jul. de adult.* Uti constat, homicidis ultimum supplicium posteriore jure fuisse propositum, cum antea mitior ex lege Cornelia poena esset, auctore Paulo *recep. sent. libr. 5. tit. 25. in pr. & Marciano in l. ejusdem 3. §. pen. ff. ad leg. Corn. de sicar.* licet apparere non existimem, cui Imperatori illa poenæ exasperatio tribuenda sit. Nec spuria, aut Triboniani esse verba posteriora istius legis nonæ, vel inde patet, quod & Apulejus & Arnobius, qui ante Constantium vixerunt, capitalis in adulteros meminerunt poenæ. Vide Rævardum *lib. 4. varior. cap. 6. in fine*, Jacob. Gothofredum *ad l. 4. Cod. Theod. quorum appell. non recip.* Per eam autem poenam capitalem non deportationem, (ut vult Jac. Gothofredus *d. loco*, putans verba, *qua sanguinis poenam non ingerunt*, in *d. l. 18.* Triboniani magis, quam Imperatorum esse) sed ultimum supplicium seu sanguinis poenam oportere intelligi, ex eo colligi potest, quod aliis in legibus nuspiam deportationis poena mulieribus adulteris invenitur dicta; sed relegationis secundum ipsam legem Juliam, vel ultimi supplicij secundum leges alias: sic ut hic locum invenire nequeat, per capitalem poenam in dabo non naturalem, sed civilem mortem videri designatam; quippe quod demum verum est, si vel aliis in legibus deportatio proponatur, vel nihil certi alibi definitum sit; non vero, ubi nominationem ultimi supplicij vel poenæ sanguinis mentio est. Neque est, quod quis turbetur ex eo, quod in *d. l. caritatis 9.*

C. ad leg. Jul. de adul. scriptum est, *lege Julia de pudicitia damnatam in penis legitimis perseverare*; quasi hæc non sana ratione rescripturus fuisset Imperator Alexander, si ultimum adulteræ supplicium eo tempore fuisset imponendum; eam enim inde fluere Imperatoris sententiam, mulierem ex lege Julia de pudicitia damnatam perdurare debere in mortis pœna, qua jam ex lege affecta esset; eamque jam supplicio consumtam adhuc evadere, adhuc in uxorem duci reducere posse, & alia plura absona magis, atque ineptiora, de Alexandro Severo minime prasumenda. Stringeret namque vehementer ista, si Imperatori de muliere ex lege Julia de pudicitia punita sermo fuisset, quam neque evadere, neque duci reducere posse, certum est. Sed cum de muliere ex lege Julia de pudicitia damnata (non punita) rescriptum agat, infirma sunt: quia rectissime dicitur, damnatos ex crimine, mortis pœnam merente, in pœna legitima debere perseverare; quatenus scilicet prasides, alique similes, neque condemnationem a se factam revocare potuerunt, eoque modo damnatum supplicio eximere, neque aliter delicti gratiam facere, l. 1. *J. ult. in fine ff. de question. l. pœnam sua* 15. *C. de panis, l. divi frater* 27. *ff. de panis*, neque pœnam capitalem a lege constitutam mollire aut minuere, dum facti quidem quæstio in potestate judicantium est, juris vero auctoritas non est; præsertim in penis a lege præscriptis, l. ordine 15. *ff. ad municipalem. l. 1. J. quoriam h. ff. ad Senatic. Turpill. junct. l. si quæ pœna 244. ff. de verb. signif.* Adeoque perseverat in pœna legitima post damnationem mulier adultera, ubi destinatum ei supplicium re ipsa infligitur, nec pœnam mortis, per legem dicta, remittitur damnata, aut convertitur in levio-rem. Si tamen ita ad mortem damnata quocunque modo pœnam capitalem evaserit, is, qui eam sciens duxerit uxorem, vel reduxerit, eadem lege ex causa lenocinii punietur, d. l. cæstius 9. *C. ad leg. Jul. de adul.* Et quamvis verum sit, damnatos ad mortem criminum reos supplicio quantocius subjiciendos esse, l. de his 5. *C. de curios. reorum*, ac ne in convictos quidem, sed necdum condemnatos, aliternon oportere differri, l. cum reis 18. *C. de panis*; tamen nec dubium judices in his observandis non raro negligentiores fuisse, ac vel manifesta probatione convictis, vel etiam damnatis, spatium temporis dedisse, adeo ut facultas vel supplicandi, vel quibuscumque malignis artibus tam præsidium, quam officialium pœnas evitandi criminosisimis pateret, secundum Imperatorem in d. l. cum reis 18. *C. de panis*. Unde & a posterioribus Imperatoribus Valentino, Theodosio & Arcadio constitutum legitimum, iudicium gravi infamia notandum esse, si violentia crimen (idem de ceteris iudiciis esto) apud re probatum distulerit, vel omiserit, vel impunitate donaverit, vel molliorem, quam præstitutam, pœnam protulerit, l. verbor, qui 8. *J. ult. C. ad leg. Jul. de vi publ. vel priv.* Ut nunc sileam, in muliere adulterii damnata ad mortem, iustissimas posse subesse causas, cur supplicium etiam in tempus longius, in menses plures differatur. Quid enim, si ex marito proprio ante commissum adulterium, quid si ex ipso concubitu adulterino pragnans, convicta protinus adulterii damnataque fuerit? Executionem sane pœnz suspendi, donec partus fuerit editus, ne scelere materno insons assumatur, ratio ac leges ju-

bent, l. pragnantis 5. *ff. de panis, l. Imperator* 18. *ff. de statu hominum*. Ac proinde, sive jure, sive injuria dilata mortis pœna fuerit, contingere haud difficulter potuit, ut ad ultimum damnata supplicium hoc aut illo modo pœnam capitalem inter moras evadat. Atque ita respondentes, non inviti sine opinionis nostræ præjudicio sequimur eo, quo Viri doctissimi, legem suspectam habentes, ducere volunt, mulierem nempe in d. l. 8. damnatam fuisse ad ultimum supplicium, & tamen evasisse: sed ut eo usque sequamur, necessitas non est. Quid enim, obsecro, vetat, posteriora Alexandri verba accipere de muliere adulterii quidem damnata, sed ex socordia ac remissione judicantium ad pœnam capitali levio-rem, atque adeo pœnam capitalem evadente ex condemnationis ipsius vigore? Si enim Justinianus adulteros vel proditorem iudicium, vel alio quolibet modo, definitas a legibus pœnas aliquando evasisse proponat, in novell. 134. cap. si quis vero 12. si Ulpianus, Alexandro coætaneus, post damnationem adulteri mulierem, adulterii cum eo insinuatam, adhuc gratiam obtinere seu vincere posse assumpserit in argumentum, l. denunciatio 17. *J. quaritur* 6. *ff. ad leg. Jul. de adul.* quidni per quandam iudicis gratiam levioribus potuisset, ac non capitalibus ob adulterium pœnis addici? Ex quibus omnibus intelligi potest, non aliud Alexandrum voluisse, quam, oportere lege Julia de pudicitia damnatam panis legitimis perseverare, adeoque subjiciendam esse capitali supplicio, ad quod damnata fuit, nec ullam oportere delicti gratiam damnate fieri, quo pœnam evitet, auctoritate sententia irrogandam. Eam autem, qui adulterii damnatam, si quocunque modo pœnam capitalem evaserit (dum aut ad non capitalem pœnam damnata fuit, aut ad capitalem damnata inter supplicii jure vel injuria dilati moras per fugam aut alio quocunque modo se pœnz subduxit) sciens duxerit uxorem, vel reduxerit, eadem lege ex causa lenocinii puniendum esse, atque ita servatam d. legis 9. lectionem iusta satis constare ratione, a sequentibus absurdioribus, quibus prima fronte pressa videri posset, abunde purgata. Nec repugnat quod Marcianus deportationis meminit in l. si quis viduam 5. *ff. de questionibus*, cum ibi deportatio non ob adulterium, sed ob incestum cum vidua, vel nupta, dicatur infligenda. Quod vero in concurrente tunc adulterii criminis non ultimum supplicium, sed levior pœna proponitur, id non ex rigore juris jam exasperati, sed ex remissione legis asperioris, quasi dormientis, a Marciano factum puto: eo modo, quo & in d. l. 9. *C. ad l. Jul. de adulteriis*, mulier capitale pœnam evasisse concipitur, ipso Imperatore sic satis agnoscente legis severioris neglectum. Quo modo etiam mulierem, in adulterio deprehensam, Ulpianus sententia iudicis nihilominus absolutam ponit, l. palam. 43. *J. pan. ff. de ritu nupt.* Atque hæc circa Marciani responsum eo magis probabilia sunt, quia nequam ipsi non fuit, ut pœnam proponeret, non ex lege irrogandam, sed aliam usu frequentatam, licet Jurisconsulti alii, Marciano coætanei, legitimæ pœnz mentionem haberent. Ita namque legis Julia de sacrilegiis & peculatu pœna est aqua & ignis interdictio, in cuius locum deinde successit deportatio, teste Ulpiano l. peculatus pœna 3. *ff. ad leg. Jul. pecul. & sacrilegos capite puniri, au-*

Et or est Paulus *l. sacrilegi 9. ff. eod. tit.* quin & Marcianus ipse sacrilegii convictum in insulam deportatum narrat; & pœna legis Julia de peculatu teneri ait *l. lege Julia 4. §. 1. h. bac lege 10. §. 1. in fin. ff. eod. tit.* Et tamen idem Marcianus in *d. l. 4. §. mandatis 2. ff. eod. tit.* asserit, mandatis Principum ad proconsules prasidesque provinciarum fuisse cautum, ut sacrilegi extra ordinem digna pœna plecterentur; non ex lege Julia, sed mandatis Principum, ad usum ac praxim puniendi sacrilegos accommodatis; quam praxim licet non ignorent Ulpianus & Paulus, legis tamen Juliae pœnam proposuerunt: Marcianus contra, etsi sciebat pœnam legis Juliae, extraordinariam tamen proposuit, usu admissam. Neque sufficit effugium, a Marciano moneri in *d. l. 4. §. 2.* extra ordinem sacrilegis imponi pœnam, a legitima diversam: at in *d. l. 5. ff. de quaest.* nihil tale ab eo de adulterii adnotari. Non enim ideo sequitur, eam extraordinariam non fuisse, ommissa tali aperta admonitione: cum Paulus sacrilegus (quorum eadem, quæ peculatus, pœna erat, *d. l. 4. pr. & §. 1. ff. ad leg. Jul. pecul.*) capite puniendos dicat *l. sacrilegi 9. ff. eod. tit.* & tamen idem Paulus, *libr. 5. sent. tit. 27.* ac post eum Modestinus in *l. pen. ff. eod. tit.* scribant, peculatus reos in quadruplum damnandos esse; non adjicientes, hanc quadrupli pœnam non ex lege Julia peculatus, sed ex more tunc usitato fuisse illatam, atque adeo crimen hoc nimia punitionem remissione in non capitale degenerasse. Simili modo a Marciano quidem scriptum fuit, pœnam falsi vel quasi falsi deportationem esse, & omnium bonorum publicationem, *l. 1. §. ult. ff. ad leg. Corn. de falsis.* Paulus vero, cœtaneus Marciano, in *libr. 5. sent. tit. 15. §. pen. eos,* qui falso vel varie testimonia dixerunt, vel utrique parti prodiderunt, aut in exilium agi, aut in insulam relegari, aut curia moveri, tradidit, non ex lege, sed ex usu moreque recepto. Sed & Modestinus in paricidas cuius pœnam more majorum constitutam obtinere ait, si proximum mare sit; alioquin eos bestiis obici, secundum Hadriani constitutionem *l. pen. ff. de leg. Pomp. de parricid.* Et tamen Paulus, Modestino æqualis aut nonnihil superior, suas scribens receptas sententias, adeoque ea, quæ in ipsis obtinent rerum argumentis, ait: hi parricidae antea insuii culeo in mare precipitabantur, bodie autem vivi comburantur, aut ad bestias dantur; iterum ex usu, non lege, *libr. 5. recept. sent. tit. 24.* Quidni ergo satius fuerit, in re obscura Marciani quoque responsum circa adulterii & incestus pœnam de praxi illius temporis & neglecta per desuetudinem ordinaria ac legitima coercitione intelligi potius, dum id adjuvatur ipso Alexandri rescripto in *d. l. 9. C. ad leg. Jul. de adult.* quam sine auctore, sine lege certa, sine Codicum fide, duplici legi tam notabilem inferre medellam chirurgicam, deletis in *d. l. 18. C. de transact.* verbis, excepto adulterio; item quia sanguinis pœnam non ingerunt; ac rejecta tota periodo *d. legis 9. si quocumque modo pœnam capitale evaserit.* Idem iudicium esto de *l. Claudius 15. ff. de his, qua ut indignis;* ejus scilicet dispositionem locum habuisse, quando secundum Alexandri rescriptum adulterio polluti quocumque modo pœnam evasisent capitale. Sic quoque, cum Ulpianus in *l. 1. §. qui autem 2. ff. de concubinis* scribit, eum, qui ex lege Julia de

adulteriis damnatam in concubinato habuit, lege Julia de adulteriis non teneri, *quomodo si uxorem duxisset, teneretur,* illud supponit, quod & in rescripto Alexandri, cujus consiliarius erat, comprehensum est, puta, si mulier adulterii damnata quocumque modo pœnam capitale evasisset; cum utrique eandem tractet quæstionem, quæ in *d. l. 9.* in fine ab Alexandro definita fuerat, teneri scilicet eum ex lege Julia de adulteriis, qui adulterii damnatam uxorem duxisset, aut reduxisset, ubi illa quocumque modo pœnam capitale evasisset. Nec magis firmum prasidium adversæ sententiæ patronis est in Pauli Alexandro itidem cœtanei loco, qui est in *l. ex eo 18. ff. de testibus.* Considerandum enim, Paulum non ab usu sui temporis, aut jure circa adulterii pœnam tunc sancito, sed ex ipsis legis Juliae solam relegationem irrogantis verbis argumentum petere. Prohibebat scilicet lex Julia, adulterii damnatam, & ita relegatam, testimonium dicere; indeque concluditur, mulieres alias a testimonio in iudiciis perhibendo non esse repellendas. Non etiam satis recte integritas verborum *dictæ l. 9.* in dubium vocatur ex eo, quod ne Valeriani quidem ac Gallieni tempore pœna adulterii capitalis fuisset; unde longe minus eam sub Alexandro capitale fuisse concludendum est. Non enim Imperatores illi in constitutione sua, quæ est *l. sine metu 17. C. ad leg. Jul. de adult.* & ita habet: *Sine metu legis Juliae de adulteriis coercendis revocare uxorem in matrimonium potes; cum nihil amplius quam libellor accusationis obulisti, quia postea comperisse te affirmas, quod vana indignatione ad accusationem incitatus fueris. Is enim committit in pœnam, quam lex certo capite denunciat, qui vel publice adulterio damnatam habet, vel adulteram sciens, ut ignorantiam simulare non possit, retinet uxorem;* non, inquam, negant, adulterium eo tempore secundum legum vigorem ultimo fuisse supplicio vindicandum; sed marito, qui nihil amplius quam libellos accusationis de adulterio uxoris vana obtulerat indignatione, ac penitentia ductus, eandem in matrimonium, si modo id per legem Juliam liceret, revocare volebat, rescripserunt, eum id sine metu legis Juliae facere posse, addita ratione, quia is committit in pœnam, quam lex certo capite denunciat, qui publice adulterii damnatam habet, vel adulteram, &c. sciens retinet uxorem. Quale legis Juliae caput nullo quidem modo poterat sibi locum vindicare, ubi ex juris exasperati rigore adultera capitali supplicio consumpta fuisset, sed tunc, cum convenienter anteriori rescripto Alexandri mulier adulterii damnata quocumque modo pœnam capitale evasisset, *d. l. 9.* adeoque posita tali facti specie, qualem jam ante Alexander conceperat. Sic ut hæc Valeriani ac Gallieni lex eandem habeat definitionem, quæ est in fine rescripti Alexandri Severi, eum nempe, qui adulterii damnatam, si quocumque modo pœnam capitale evaserit, sciens duxerit uxorem, vel reduxerit, eandem lege ex causa lenitius puniendum esse. Denique nec ratio est, cur ad duplicis textus emendationem tam notabilem finisset auctoritate Glossatoris incerti, Græci ad libros Basilicos, quam adduxit Gujacijs observat. *libr. 20. cap. 18. in pr. & ex eo* Jacobus Gothofredus in comment. ad *l. 4. Cod. Theodos.* quorum appell. non recip. paulo post med. quæque habet, secundum leges veteres & secundum constitutiones Co-

*Sic Hermogeniani & Gregoriani adulterium non fuisse capitale. Quis enim in antiqui juris historica quaestione tuto credat avi barbari Glossatoribus, qui alias toties vapulant, tanquam lectionis legum sincera corruptores, quorum ineptæ glossæ in textum irrepererunt? Quis fidem habeat interpreti Græco, incerto, affirmanti quid de contentis in Codice Gregoriano & Hermogeniano, quos probabile est nunquam ab eo aut lectos aut inspectos fuisse, ac ne uspiam quidem integros ea ætate extitisse, si consideres, quam tenuis Codicis istius utriusque mentio apud veteres atque memoria supersit, non obstante diligentissima in utrumque indagatione a Jacobo Gothofredo per summam industriam instituta, in prolegomenis ad Codicem Theodosianum cap. 1. Nisi qui eodem modo standum putet traditioni Harmenopuli in epitom. juris lib. 1. tit. 1. cum ait: hic Iustinianus tres quoque Codices, Gregorianum, Hermogenianum & Theodosianum in lucem prodidit, quibus Codicibus Thalalai, Anatolii & Isidori legibus adiunctis, alteras duodecim tabulas, hoc est, duodecim libros ipsemet perfecit. Sunt autem, qui jam dictos Codices ante Iustiniani tempora existisse affirmant, sed confusos ac dispersos, ab ipso vero congestos, & in duodecim libros repositos. Quod si hisce nihil deferendum quis existimet, sed de Codicibus hisce pergamam pictorum esse, veri nihil, omnia ficta, persuasus sit, non animadverto, cur plus auctoritatis fideiue inveniat Glossator Græcus incertus in iis, quæ de Codicis utriusque Hermogeniani Gregorianique contentis scribit, Glossator, inquam, incertus, ignotus, & in eadem glossa non modo sua propria evertens, sed & alia de veteri jure non vera, alia de jure certo inepte atque imperfecte tradens; dum primo ibi objectionem illam, ad quam respondet verbis superius adductis, moturus ait: *Atqui adulterium neque panam sanguinis ingerit, neque capitalis ejus coercitio est, ut passim didicimus, sed adultero aufertur tantum pars bonorum dimidia*; cum tamen neque ex Basilicis, neque ex Codice Theodosiano, neque ex juris nostri civilis libris, neque aliunde doceri posse existimem, non aliam adulterii ante Constantini tempora penam fuisse, quam *dimidia tantum partis bonorum ablationem*: dum secundo herois Patricii interpretationem probat, secundum quem *lex 18. C. de transactionibus* agebat de criminibus penam sanguinis irrogantibus, rejecta herois Eudoxii sententia; cum tamen, si vera sit Patricii sententia, adulterium ante Constantini imperium capitale fuerit; rursusque, si demum ex Constantini lege 30. C. ad leg. Jul. de adulter. inceptum capitale esse, falsa debuerit esse Patricii sententia, explicantis d. legem 18. in Basilicis ita scriptam: *In his quidem criminibus, quæ sanguinis panam ingerunt, transigere licet, excepto adulterio*; dum denique tam oscitanter descripsit atque explicuit divisionem criminum capitalium & non capitalium, ut integram mortis civilis penam prætermiserit. Quæ ne quis gratis a me dicta putet, non invidebo lectori glossam, quatenus præsentem respicit quaestionem, ex Basilic. lib. 11. tit. 2. ad caput 35. seu ad d. l. 18. C. b. t. vol. 1. pag. 810. & 811. ita habentem: *Hæc constitutio interpretationem herois Patricii admittit: etenim heros Eudoxius dicebat, de criminibus omnibus, quorum pena est in insulam deportatio, vel in metallum damnatio, transigere li-**

Voss ad Pandect. Tom. I.

cere. Reos autem Patricius, de his criminibus, quorum pena mors est, transigere permissum esse. Hæc ergo constitutio manifeste de criminibus, quæ panam sanguinis ingerunt, hoc jus accepit, & Patricii sententiam comprobavit; & post quædam alia: atqui adulterium neque panam sanguinis ingerit, neque capitalis ejus coercitio est, ut passim didicimus, sed adultero aufertur tantum pars bonorum dimidia. Quo modo igitur constituitur hæc agens de criminibus, quæ panam sanguinis ingerunt, excipit adulterii crimen? Disce, secundum leges veteres & secundum constitutiones Codicis Hermogeniani & Gregoriani adulterium non fuisse capitale, recte dicis. Verum bodie ex constitutione Constantini, quæ sita est lib. 9. C. tit. 9. const. 30. capitale est. Publicorum judiciorum quædam capitalia autem dicimus, quæ reum ultimo supplicio afficiunt, id est, animæ amissione; cetera vero, quæ infamiam cum damno pecuniario irrogant, publica quidem dicuntur, non tamen capitalia. Hactenus Glossator, de quo quid alii viri docti judicaturi sint, nescio; mihi certe responsio Glossatoris objectioni falsa, de adulterio tantum dimidiata bonorum parte punito, respondere satis videtur, & digna argumentatione solutio, dignum, ut sic dicam, patella operculum esse. Vide varie de adulterio sentientes Cujacium l. 6. observ. 11. & lib. 19. observ. 39. & lib. 20. observ. 18. 19. Jacobum Gothofredum ad l. 4. Cod. Theod. de appell. non recipiend. Vinnium de transact. cap. 7. num. 17. 18. Ceterum, gratis de adulterio perpetrato pacisci, non puto prohibitum, neque legem ea ratione offendi, quod proximi, quibus solis accusandi jus erat, exorari sese passi, injuriam remiserint, l. ex lege 2. §. ceterum 3. l. si maritus 15. §. si negaverint 5. l. mariti 29. §. quadrum 4. ff. ad leg. Jul. de adulter.

19. Porro extra causam adulterii transactionis tum reo, tum auctori impune licuit, lege 18. C. b. t. non distinguente: sic ut neque reus pro confesso aut convicto inde fuerit habitus, neque auctor in Senatus-consulti Turpilliani penam inciderit: quippe in quam non incidit, qui Principe vel lege permittente desistit, l. desistisse 13. ff. ad Senatus. Turpil. Neque interesse puto, an ante, an vero post litem contestatam intercedat transactio; nam neque distinctio in lege fit; neque post accusationem ceptam minor, sed eadem & major sanguinis redimendi ratio militat, periculo tunc propius reum urgente, ipsoque etiam accusatore ad penam talionis per inscriptionem devincto. Et quamvis verum sit, ante ceptam accusationem non periclitari accusatorem, quippe cui liberum est accusare vel non accusare, juxta tit. C. ad nemo invidius agere vel accusare teneatur, (quo fundamento Vinnius transactionem ei, qui necdum accusare cepit, non impunitam putat) tamen ne transigendi licentia, reo ex commiseratione data, redderetur inutilis, si futurus accusator penæ metu a transactione abstereretur (uti & ipse Vinnius argumentatur de transactione post ceptam accusationem faciendam) magis est, ut & ante crimen motum transigens accusator futurus, extra penæ formidinem constitui debuerit. Vide Vinnium de transact. cap. 7. num. 3. & seqq. Donellum ad d. l. 18. C. b. t. num. 4. 5. 20. Nec huic transigendi licentiæ adversatur, quod accusator in crimen concussionis videatur incidere; turpemque dicatur captare quæstum,

qui nummos acceptat ob non accusandum, l. 2. ff. de concussion. l. qui accusare 8. circa fin. ff. de accusation. distat enim plurimum a transactione, super dubio crimine interponenda, sordida concussio, manifestam continens calumniam, ac criminis non perpetrati comminationem adversus insontem: illa veritas est, hæc vero neutiquam interdicta, l. 1. §. sed & 3. ff. de calumniator. Præsupposito scilicet crimine tali, in quo secundum d. l. 18. C. b. r. transigere prohibitum non est. Non enim in causis tantum civilibus ac pecuniariis, verum generaliter in omnibus causis, in quibus secundum leges transactionis interdictum non est, illa inter transactiones & calumnias atque concussiones distinctio comprobata fuit, l. in summa 65. §. & quidem 1. ff. de condit. indeb. Quo modo etiam in abolitione impetranda denegandave in causis non capitalibus, de quibus transigere non licet, inter eos, qui calumniose fallaciterque accusarunt, & e converso sincera mente, sed per errorem aut temeritatem aut calorem ad accusandum processerunt, multum interesse constat ex l. 2. & l. 3. C. de abolitionibus. Est sane, si ignoscendum reo transigenti, qui sese dolo suo per crimen periculo capitis obnoxium fecit; justumne, ut accusatori venia non detur, qui nullum crimen contraxit, sed ad accusationem criminis accedens, inscriptione ad poenam talionis sese devinxit, sine omnino bono, ne crimina manerent impunita, quæ coerceri, magna utilitatis publicæ ratio suadet? arg. l. si a reo 70. §. ult. ff. de fidejuss. l. eum, qui 18. ff. de injuriis, l. ita vulneratus 51. §. estimatio 2. ff. ad leg. Aquil. Si accusatorem sponte ad accusandum processisse dicas, dum nullus invitatus accusare compellitur; eum quoque sponte ac libera voluntate ad delinquendum prosillisse cogita; dum nec ipse crimen contrahere coactus fuit; tanto magis odio publico dignus, quod voluntate sua ad vitium, scelus nempe, accesserit; cum ex adverso ad publicam accusationem descendens accusator, id egerit, quod agere leges publicorum judiciorum cuique ad accusandum habili permiserunt. Nec movere debet, quod, si omnino desistere accusator voluisset, & miserationi locum facere, sponte ac gratis necdum ceptam debuisset omittere accusationem, vel a jam cepta sine pretio desistere, non turpiter pacisci, & ita se crimini concussionis per dolosas pecuniarum extorsiones obnoxium facere. Etenim, si constiterit, eum, qui accusationem parat, aut jam inchoavit, calumniatorem esse, & falsa crimina scien- ter intendere aut comminari, ut ita infecto terrore pecuniam innocentem extorqueat, nullum in legibus præsidium aut apud juris interpretes auxilium ad evitandas malitiæ dolique poenas inventurus est; dum sordidis interdictum esse concussionibus, apud omnes in confesso est. Sed quis sibi persuaserit, solos accusari insones, ac non frequentius vere nocentes? Quis jure calumniatorem dixerit, qui ad accusandum eum, quem nocentem credit, sese accingit, vel jam accusare cepit? Quis concussorem, qui ab accusatione, quam jure suo movere poterat, abstinet, vel a cepta, in qua habebat obtinendi fiduciam, desistit, urgente id reo, & dum precibus impetrare nequit, pecunia oblata id efficere studente, ac qualiter qualiter redimere tentante sanguinem suum, dum sibi sceleris, cujus insimulatur, conscius

est? Cognatum finge vel amicum ac familiarem meum Titium a Mavio latronis more occisum; est sane, quod doleam casi iacturam, quem magno optassem salvum esse: si argumenta conquiram, si me instrum, ut Mævium cadis dolosæ convincam, si inchoem iudicio publico criminis persecutionem, jure me facere nullus ambigit. Sed si Mævius ultimi supplicii metu, (quem non ego ipsi, sed ille sibi suo fecit acelere, arg. l. si mulier 21. pr. ff. quod metus causa) per se, per alios precibus, & dum precibus exorari me haud patior, pretio oblato in id me inducat, ut non accusem, vel inchoatam accusationem non ultra prosequar, quis hic me concussorem jure appellet, qui, cum in poena publica, quam accusando persequi potuissem, solatium amissi cognati vel familiaris fuisset habiturus, juxta l. capitalium 28. §. pen. ff. de panis, nunc pecuniaria quantitatis præstatione in solatium accepta meum animi dolorem ex amici cade contractum remitto, & ab accusatione desisto? Rectius quidem me honestiusque facturum non eo inficias, si precibus magis rei, quam pretio moveri me patiar, ut criminis capitalis accusationem nocenti motam movendamve omittam; sed si per occasionem accusationis probabiliter justæ, sive motæ, sive movendæ, pecuniam acceperim in negotio capitali, calumniatorem inde aut concussorem me esse, numquam probabitur. Multa scilicet in jure nostro sunt, quæ permissa, quæ licita; quibus tamen alia prælata magis & probata atque laudata sunt. Venditori vinum emptoris periculo effundere licet, si diem ad metiendum præstituit, nec intra diem admensum sit, facta prius emptori denunciatione: si tamen, cum posset effundere, non effundat, laudandus est potius C. l. 1. §. pen. & ult. ff. de peris. & commodo rei vend. Licet in pretio emtionis & venditionis contrahentibus se circumvenire, si modo læsio enormis ultra dimidium absit: rectius tamen honestiusque id agitur, ut pretium rei quam maxime respondeat, quod & lex heri jubet, ubi nimia & manifeste iniqua inæqualitas apparet, l. in causa 16. §. idem Pomponius 4. ff. de minor. 25. anni, junct. l. rem majoris 2. C. de rescind. vend. l. unde si Nerua 79. ff. pro socio. Vult constitutio, ne proxeneta seu conciliator nuptiarum quicquam eo nomine capiat: si tamen omnino sustineat aliquid accipere, usque ad certam quantitatem exigere ex pacto potest, l. ult. C. de sponsalibus. Concubinatus licita consuetudo dicitur; sed longe magis legitimum matrimonium, tanquam honestius, prælatum fuit, l. pen. C. ad Senatusc. Orfian. junct. l. probum 41. §. 1. ff. de ritu nupr. Nec dispari ratione dixeris, honestius quidem illum facere, qui reo criminis capitalis roganti id gratis dat, ne eum accuset aut pergat accusare; licite tamen, utcumque minus honeste, accipere transactionis jure, ne accuset, quem credit nocentem, dum prohibita non esse transactionem, lex definit; sic ut in hisce similibusque locus sit regulæ juris, non omne, quod licet, honestum esse, l. non omne 144. ff. de reg. juris, & vicissim nec omne illud, quod minus honestum est, hoc ipso potius illicitum esse. Est certe turpem existimari non debere hanc pecuniæ acceptationem, ut a criminis persecutione absteineatur, evincit abunde usus hodiernus, secundum quem propin- qui ejus, qui occisus est, non tantum licite accipiunt

q. cædis auctore, ut accusationem non urgeant, & gratia seu remissioni criminis a Principe impetrandæ non intercedant; sed &, si ipsi ad conciliationem ac pretium conciliationis constituendum difficultiores se præstent, curia Hollandiæ eodem invitos in pretio conciliationis moderando repræsentat, atque ita eorum nomine super eade transigit; uti id traditum in tit. de sent. passis & restituis, num. 9. licet multi, liberalius agentes, sine pretio concilientur percussori propinqui sui, ne intercedant gratia per eum impetrandæ. Multo minus repugnat, quod hac ratione crimina mansura essent occulta & impunita, cum tamen peccata nocentium nota esse & puniri oporteat expediatque, l. eum, qui 28. ff. de injuriis, l. si a reo 70. ff. ult. ff. de fidejuss. l. ita vulneratus 51. ff. 2. ff. ad leg. Aquil. Non enim transactione per unum interposita, judicis ulterior pleniorque ex officio in crimen faciendi inquisitio abscissa vel impedita est, neque privati reliqui ab accusatione exclusi sunt, arg. l. qui casu 5. ff. ult. ff. ad leg. Jul. de vi public. l. si quis servus 3. C. pro quib. causis serui pro premio libertas. Et licet reo, per sententiam ab accusatione absoluto, competat rei judicate exceptio non tantum adversus accusatorem, sed & quemvis alium iterato eadem ex causa volentem accusare, l. si cui crimen 7. ff. iisdem 2. ff. de accusat. ac non minorem auctoritatem transactioni habeat, quam res judicata, l. 2. ff. de jurejurando; tamen in criminum materia æque ac civilibus in causis, transactio inter solos transigentes jus facere potest; eo quod transigens, ac ex transactione non publico, sed sibi soli, paciscens aliquam pecunie quantitatem, ut ab accusatione desistat, non ita totum videri potest populum repræsentare, quam quidem accusationem publicam solemnem ad finem perducens ad poenæ publicæ irrogationem, atque ita nihil sibi acquirens; transactione quippe privatis, accusatione vero publicis magis negotiis accensenda. Atque ita in aliis quoque, quæ suo modo ad jus publicum pertinent, inter transactionem & rem judicatam differentia est, veluti in status controversiis: nam si ingenuus, si filius, sententia judicis pronuntiatus sit, pro ingenuo & pro filio habetur, non tantum respectu ejus, qui in lite contra eum substituit, sed & aliorum intuitu, l. ingenuum 25. ff. de statu homin. l. 1. ff. ult. l. 2. l. 3. pr. ff. de agnosc. Et alend. liberis, si vero pepactum aut transactionem ab illa status controversia recessum sit, transactio hæc, qui non consenserunt, nihil præjudicare potest, l. ingenui 2. C. de ingen. manumissis, junct. l. si unus 27. ff. pacta 4. in fine ff. de pactis. Nec obest, quod jusrandum in actione populari interpositum prosit reo adversus omnes alios dein actione populari agere desiderantes, perinde ac si sententia absolutus esset; transactio autem & jusrandum pari ambulant passu, l. eam, qui 30. ff. in popularib. 5. ff. de jurejur. junct. l. 2. ff. eod. tit. quod enim ibi jusrandum bonæ fide exactum adversus omnes tutum reddit reum jurantem, id inde est, quia, si unus occupaverit actionem popularem, omnibus aliis præripuit jus agendi & persequendi poenam, privatis ex populari actione applicandam; solusque incepit, exclusis omnibus aliis privatis, creditur esse, arg. l. si cui 12. ff. de verb. signifi. quasi consummata publica actione, d. l. 30. ff. 3. ff. de jurejurand.

Quod autem in principio hujus numeri a me dictum, transactionem de capitalibus extra adulterium tam accusatori, quam reo impune licuisse, quia d. l. 18. C. de transact. non distinguit; id adeo verum est, ut nec petere promissa accusator transigens prohibeatur, cum utique conventio, jure licita, seu non prohibita, petitionem pariat, si modo contractus transactio facta sit: nam si solo pacto, uti alias vulgo nulla ex pacto, etiam transigendi causa interposito, actio datur, l. cum proponas inter 21. C. de pactis, ita nec si de capitalibus transactio in nudi pacti terminis consistat. Quo tamen casu accusator, si necdum re ipsa destiterit, accusationem ultra persequi, non impleta per reum promissi fide, prohibetur non videtur; quemadmodum instituta inofficiosi testamenti accusatione, & subsecuta per pactum transactione, inofficiosi causam nihilominus integram esse placuit, si ab hærede transactioni fides non præstetur, l. si instituta 27. pr. ff. de inoff. testam. Cui contrarium non est rescriptum Valeriani & Gallieni, quo dispositum: Quamvis eum ordinem scriptura contineat, ut primo abolito criminis porceretur, Et tunc debine omnibus placitis obtemperaretur, non observantibus tamen adversarii pactorum fidem, accusatorem instaurare accusationem minime posse, a qua ipse destitit, l. quamvis 3. C. ad Senatus. Turpil. unde constare videbatur, nec transactione promissa peti, nec in accusatione pergi posse. Etenim, ex qua ratione cessabat promissorum petitio in d. l. 27. ff. de inoff. test. ex eadem quoque cessat in d. l. 5. videlicet, quia non stipulatione, sed pacto, transactio celebrata fuerat. Accusatio vero denegatur, non quia transactione ipsa extincta fuerat, sed quia accusator abolitionem impetraverat, qua semel obtenta, idem crimen ab eodem in eundem instaurari non potest, l. mulier 4. ff. 1. ff. ad Senatus. Turpil. Quod vero in l. si quidem 9. C. de contrab. & committ. stipulat. a Diocletiano & Maximiano rescriptum invenitur: Si ob non instituendam accusationem criminis pecunia promissa sit, cum de hujusmodi causis pacisci non liceat, petitio denegatur; ad crimina publica poenam sanguinis haud irrogantia restringendum esse, manifestum ex ipsa lege est, quippe quæ de hujusmodi causis seu criminibus tractat, de quibus pacisci non licet, quod de solis poenam sanguinis haud ingerentibus, ab iisdem Imperatoribus in d. l. 18. C. b. t. statutum fuit, cum præmisissent, de capitalibus transigere vel pacisci prohibitum non esse, adeoque licere. Porro quæ hætenus ad explicationem plenioris sensus d. legis 18. C. b. t. adducta sunt, non ex eo collabantur, quod d. l. 18. rescriptum contineat, ad Valentem reum directum; adeoque non pro jure universali, sed tantum pro definitione casus alicujus singularis, a Valente reo per libellum propositi, an nempe reo transigenti ignosci debeat, accipiendum sit, ultra transactionem propositam haud extendendum. Rescriptum enim esse, negari nequit: ad Valentem datum esse, inscriptum evincit: sed Valentem illum reum fuisse accusatum, non accusatorem, non magistratum, qui Principem de jure consulere potuit, subsumi facilius quam probari posse confido; cum nullum ejus indicium ex lege appareat, neque sine aliqua probationis specie tale quid pro basi atque fundamento explicationis substerni queat. Quin imo Valentem il-

lum accusatorem magis fuisse, aut certe rescripti verba magis ad accusatorem, quam reum pertinere, ratione non improbabiliter inde erui posse puto, quod in *d. l. 18.* non rei, sed accusatoris contra leges transigentis poena proponitur, dum statuitur, *de criminibus publicis, quae sanguinis poenam non ingerunt, transigere non licere, citra falsi accusationem*, si cum multis viris doctissimis verba illa *citra falsi accusationem* ita interpreteris, ut velint, transigentem de non capitalibus in falsi crimen & poenam incidere; quod & verum est: ac, licet ex hac *l. 18.* probari non putem, tamen ex Marciano constat in *l. 1. §. 1. 2. ff. ad leg. Corn. de falsis*. Hanc vero falsi poenam ad accusatores, qui ob accusandum vel non accusandum pecuniam acceperunt, ex lege Cornelia pertinere, auctor est Macer in *l. 2. ff. de concussione*. Reos quidem criminum ad defensionem bonae causae venire, non adversarios aut iudicem redimere debere, eosque, *qui defensione ommissa redimere sententiam malunt, cum ipsis crimen obijceretur, quingentos solidos inferre iustos esse*, *l. Imperatores 34. ff. de iure fisci*, imo adversarium corruptentes, aut cum eo transigentes, pro convictis confessisque haberi lego *l. ult. ff. de praevocatione, l. in fisci causis 4. l. ejus, qui 20. ff. de iure fisci*. Quin & poena legis Corneliae affici eum, qui iudicem corrumperit, corrumperendumve curaverit, a Marciano & Paulo scriptum deprehendo, *l. 1. §. sed & si 2. l. qui duobus 21. in fine ff. ad leg. Corn. de falsis*. Sed transigentem cum accusatore reum, eumve corruptentem, falsi poena afficiendum fuisse ex lege Cornelia aut Senatusconsultis ad eam pertinentibus, videre haecenus non licuit, sicut id nec vidisse se Cuiacius prohitetur *lib. 6. observ. 11.* Non enim id evincitur ex *l. de crimine 10. C. ad leg. Jul. de adult.* qua rescriptum, *de crimine adulterii pacisci non licet, & par delictum est accusatoris praevicatoris, & defugientis veritatis inquisitionem*, (vel ut alii legunt, *rei fugientis inquisitionem*; quamvis & in Basilicis sensu prorsus alio lex illa occurrat) qui autem pretium pro comperto stupro accepit, poena legis Juliae de adulteriis tenetur. Nam etsi in adulterii crimine, de quo transigere non licet, par sit delictum accusatoris praevicatoris & rei fugientis veritatis inquisitionem; non tamen ea paritas in illo est, quod uterque falsi reus esset, sed in eo, quod, uti adulter pretium dans accusatori, poena legis Juliae de adulteriis subiiciendus est, tanquam talis qui contra legem transigens, hoc ipso pro convicto confessoque secundum ante dicta habetur; ita &, qui pretium pro comperto stupro accepit, poena legis Juliae de adulteriis tenetur, secundum ipsa verba finalia *d. legis 10.* Quemadmodum etiam ex aliis legibus adulterii & lenocinii poena ex lege Julia de adulteriis eadem est, *l. qui domum 8. l. mariti lenocinium 29. §. plebsitur 2. l. si quis adulterium 33. §. ult. ff. ad leg. Jul. de adult.* Neque ad astruendum id, quod in *d. l. 18.* non jus universale, sed tantum quaestionis singularis a Valente proposita decisio contineretur, ultra id, de quo libellus conceptus erat, haud producenda, sufficiens argumentum in eo esse videtur, quod *d. l. 18.* rescriptum sit. Nam uti facile concesserim, rescripta Principum quamplurima libello supplici ipsi oblato, vel consultationi magistratuum accommodata fuisse, praesertim ubi quali-

tates facti & circumstantiae ex libello supplice vel consultatione in ipsum rescriptum principale translatae apparent; ita quoque viros in iure versatos id mihi non agere daturus confido, innumera prope rescripta esse, in quibus nulla eorum, quae libellis significata fuerant, habita mentione, nulla facta specifica quaestionis propositae determinatione, generalia tantum iura, regulas universales expresserunt Imperatores, ex quibus unusquisque de iure consulens intelligere poterat, secumque statuere, quale in proposita facti specie jus obtineret. Id sane uti ex multis aliorum Principum rescriptis in nostrum Codicem relatis, manifestum est, quae recensere longum foret, ita praecipuis illa rescribendi ratio arrisit Imperatoribus Diocletiano, & Maximiano, auctoribus *d. legis 18.* prout hoc facile patebit inspicienti legem *14. 17. 18. C. d. legatis, l. 19. 20. 22. 25. 27. 29. C. de fideicommissis, l. 16. 17. C. ad leg. Falcid. l. 2. C. de suis & legis hered. l. 1. C. ad Senatusc. Tertull. l. 3. 4. 7. 10. C. commun. de succession. l. 11. C. de testam. manumiss. l. 12. C. de fideic. libert. l. 8. C. de ingen. manumiss. l. 10. 26. 29. 30. 32. 34. 39. C. de liberali causa, l. 2. l. 3. C. de usucap. pro herede, l. 4. 5. 7. C. de praescript. longi temp. l. 2. C. in quib. causis cesset longi temp. praescript. l. 7. C. quomodo & quando iud. sentent. prof. deb. l. 10. C. de sent. & interlocut. l. 11. C. de appell. l. 7. C. quando provoc. non necesse est, l. 18. 19. 21. 24. C. de pign. & hypoth. l. 9. C. qui por. in pign. l. 2. 5. C. si antiquior. cred. pign. vend. l. 13. 17. 18. C. de dirract. pign. l. 10. 11. C. de except. l. pen. C. de inutil. stipul. l. 6. C. de novat. l. 4. C. de adopt. l. 18. Cod. de donat. l. 7. C. ad leg. Corn. de sicar. l. 12. C. de falsis, quibus alias multas eorundem Imperatorum addere facile esset, nisi id supervacuum, nimisque diligentiae videri posset. Ad hanc vero rescriptorum generales juris definitiones comprehendendum classem reduci quoque oportere hanc *l. 18.* inde colligi potest, quod nulla vel minima facti singularis propositi aut mentio est, aut qualitas exprimitur; quodque non de uno aliquo crimine, veluti de homicidio, nec de unius generis criminibus tantum, quid constituitur, sed generalissima & ad omnia crimina, tam capitalia, quam non capitalia pertinens definitio ab imperatoribus tradatur, ne exceptione quidem a regula, si qua esset, praeveniret; nempe, *transigere vel pacisci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non est: in aliis autem criminibus publicis, quae sanguinis poenam non ingerunt, transigere non licet, citra falsi accusationem*. Hae qua generali determinatione, omnia omnino crimina publica complectente, Valens, sive accusator, sive iudex, sive (ut aliis placet) reus, discere poterat, atque aestimare, secumque statuere, utrum transactio, de qua quaerebatur, sive de capitali crimine sanguinis poenam ingerente, sive de alio poenam sanguinis haud ingerente, sive de adulterio, interposita, iure licito illicitove inita esset. Phrasiologia enim illa *prohibitum non est*, non aliud significat, quam quod iure licitum sit de capitali transigere crimine, excepto adulterio; prout id non modo argui potest ex opposita de casu opposito criminum sanguinis poenam haud ingerentium definitione, quod nempe *de iis transigere non liceat*; verum etiam ex eo, quod haec*

describendi ratio, qua non prohibita dicebantur, quæ jure licita ac probata erant, sicut aliis imperatoribus in usu fuit, in l. 1. C. de transact. l. 3. Cod. de inoff. testam. l. 7. C. de pignorat. act. l. 5. C. qui per. sat. l. 3. C. suspect. tut. l. 22. C. de testamentis. l. 4. C. de instit. & subtit. l. 4. C. de patris concernis. l. 3. C. de rei vindicat. ita in primis arrisit, ac frequentata fuit Diocletiano & Maximiano; utpote quam adhibuerunt in l. 24. C. l. de transact. l. 7. C. de exception. l. 18. C. de inoff. test. l. 14. 19. C. de rei vind. l. 9. 10. 11. C. de servitut. & aqua l. 22. C. de probat. l. 5. 6. C. de contrab. emt. l. 16. C. de jure dot. l. 3. C. rerum amot. l. 6. C. qui dare tut. l. 18. 17. C. de admin. tut. l. 9. C. de prad. & aliis rob. min. l. 17. C. de furtis. l. 3. C. ad Senat. Orfian. l. 8. C. de leg. hered. præter plures alias quæ inter legendum occurrentes. Atque ita etiam Paulus pro eodem accepit, licet & non prohiberi, l. mutus 43. §. cum 1. ff. de procurator. Et sane, quid interest, utrum cum imperatoribus ex d. l. 18. dicatur, transigere de capitalibus prohibendum non esse, an cum Ulpiano ex l. 1. §. 3. ff. de calumniat. asseratur, non esse interdictum transactionibus, sed sordidis concussionibus; quo tamen ipso nihil aliud Ulpianum voluisse, non ambigitur, quam transactiones lege licitas, concussiones illicitas esse. Quibus consequens est, non modo reo (si vel maxime Valens reus fuisset) hoc datum fuisse ex d. l. 18. ut ob transactionem de criminibus capitalibus non haberetur pro convicto & confesso, adeoque impunitas hæcenus ei competere; sed omnino jure licito eum transexisse, sicut in omnibus legibus supra adductis licito jure valideque facit, de quo rescriptum est, quod facere prohibetur non sit. Si autem id reo licere constituerit, non facile convelli posse ratiocinium, quo, id accusatori quoque tunc permittum esse debere, ante adstruendum est. Nec est, quod quis nihilominus existimet, reum criminis capitalis sanguinis pœnam ingerentis, transigendo delinquere, licet ex commiseratione ex eo solo non habeatur pro convicto, uti quidem in aliis criminibus, ultimo supplicio non vindicandis, quia in l. 1. ff. de bon. eor. qui ante sent. simpliciter asseritur, in capitalibus criminibus non nocere ei, qui adversarium corruptit, addita ratione, quia Principes ignoscendum contrarium ei, qui sanguinem suum qualiter qualiter redemptum voluit, quasi solis illis ignoscatur, qui deliquerunt, pœnamque sunt meriti. Procederent enim ista, si non ipsa transactio per Imperatores licita seu non prohibita fuisset pronuntiata; atque insuper ignoscendi verbum, & similia, tantum de nocentibus usurpantur: quod ita non est. Licet enim nocentibus ignosci, expeditum sit, l. nemo deinceps 3. C. de epis. audient. l. ad ea, qua 157. ff. de reg. juris, junct. l. ubi. C. de his, qui sibi descripi. tamen & ignosci dicitur manifeste insontibus, qui ex generalibus quidem juris regullis videri possent prima specie nocentes esse, sed ob concurrentes circumstantias vere insontes sunt, & jure licito egerunt id ipsum, cujus intuitu ipsis ignosci dicitur. Qua ratione Ulpianus (qui & auctor est d. l. 1.) respondit: Si liberius majestatis patroni filium accusavit, & patroni filius calumnia cum capitis puniri desideravit, non debet repelli hoc edicto. Idem patet, & si ab eo petiatur, revertis in eum crimina:

ignoscendum enim est ei, si voluit se ulcisci provocatus, l. qui cum major 14. §. si liberus 6. ff. de bonis libertor. nec male ea ratione dixeris, ignoscendum esse ei, qui furem nocturnum aut latronem sibi insidiantem occidit, cum aliter ei parcere sine suo periculo non posset, arg. l. itaque 3. pp. §. 1. ff. ad leg. Aquil. junct. l. furem 9. ff. ad leg. Cornel. de sicar. Atque ita Ulpianum ex Ulpiano explicamus in eo, quod scripsit, ignoscendum esse transigenti de crimine capitali, scilicet, non tanquam peccanti, ponamque merito per talem transactionem; sed tanquam jure licito super crimine cum accusatore transigenti, utcunque forsitan intuitu criminis ipsius, cujus insimulatur, nocenti, puniendoque.

20. Et hæc quidem ita ex Romani juris præceptis obtinent. Hodiernis vero moribus invaluit, nulla distinctione adhibita, sive publicum, sive privatum crimen sit, sive capitale, sive non capitale, læsum aut læsi hæredes, liberos, uxorem, (de quibus latius tit. ad leg. Aquil. num. 11. & tit. de senti. passis n. 9.) transigere posse cum lædente, in quantum ex tali læsione civilis actio ad indemnitatem aut id quod interest, posset competere, Grotius manducit. ad jurispru. Holl. libr. 3. cap. 4. num. 10. Groenewegen ad l. 18. C. b. t. D. Joh. a Sommeren de jure novæcarum cap. 15. numero 7. Ant. Matthæus de criminibus libr. 43. tit. 20. cap. 4. numero 12. adeo ut nec marito prohibitum sit de adulterio uxoris suæ, cujus ab initio ignarus fuit, transigere, sive cum uxore, sive cum ipso adultero, sine lenocinii vitio. Carpov. præf. criminali part. 2. quest. 71. numero 31. & seqq. Petrus Heigius part. 2. quest. 20. numero 29. & seqq. Sed uti inter solos transigentes jus facit, ita non potest illis, quibus publica accusatio nunc ex regionis cujusque more demandata est, quibusque solis ad exclusionem privatorum jus accusandi competit, præjudicare, quominus solemniter ad judicem delatione legitimas aut arbitrarías persequantur criminum pœnas. Quibus licet apud nos superiori seculo interdictum fuerit, ne de ullis criminibus transactio fieret; tum quia sæpe innocentes ea ratione concussionibus reddebantur obnoxii, tum quia opulentiores ad crimina invitabantur, quippe ære solo per transactionem, non pelle luenda. Ordon. op. de criminele Justitie van Kon. Philippus, anno 1570. art. 13. vol. 2. placit. Hol. pag. 1014. postea tamen de levioribus transactiones cœperunt prætoribus similibusque permitti; uti & de pluribus gravioribus ex consensu Principis, aut Cameræ rationum Principem representantis, transactio jure fit; præsertim ubi id, quod objicitur, magna quidem presumptione juvatur, sed non evidenti satis ac luce meridiana clariore probatione. Merula præxis libr. 4. tit. 14. cap. 2. num. 5. Groenewegen ad d. l. 18. C. b. t. Wassenaar præf. jud. cap. 30. numer. 52. 53. 54. Ant. Matthæus de criminib. libr. 43. tit. 20. cap. 4. num. 12. Excepto crimine stupri violenti, raptus, falsi, blasphemiz, & aliis enumeratis in instruct. Curia Hollandia art. 9. Nec tamen ideo, si quis de levioribus non jure transegerit cum publicis accusatoribus, sive de quibuscunque cum privatis læsis, habendus videtur pro confesso; sed magis, accusatione post transactionem publice instituta, legitimis est convincendus probationibus. Si enim de levioribus hodie transigere li-

reat, non peccat utique aut convicti confesseque pona puniendus, qui lege permittente transigit. Et quod talis quantum ad irrogandam infamiam notam jure Romano pro confesso fuerit habitus, *l. Astleazar 4. §. ult. l. 5. ff. de his, qui not. infam.* id u-um hodie haud invenit, dum nulla nunc ipso jure infamia irrogatur citra condemnatoriam judicis sententiam, ut dictum *tit. de his, qui not. infam.* Et si gravissima ponas crimina, de quibus in *d. ars. 9.* Instructionis recansitis, transigere vetitum; tamen de hisce non tam ex sceleris conscientia, quam potius ob incertum ipsis etiam insontibus quandoque ex aliena calumnia imminens mortis periculum, transactum videri potest; & quia prohibitioni non invenitur apposita in contravenientes convicti confesseque pona, propius est ut existimemus, non mutata in eo Romani juris dispositioni, quod transigentes de capitalibus nequaquam pro convictis habet, standum esse, *l. ult. ff. de praevaricatione, Ant. Faber Cod. libr. 2. tit. 36. defin. 2. in med. Mynsingerus cent. 6. observ. 22.*

21. Effectus transactionis est, quod litem dirimat, habeatque vim rei judicatae ac iurijurandi inter transigentes, *l. 2. ff. de iurejur. l. non minorem 20. C. b. 1.* Ut tamen strictam recipiat interpretationem, sic ut non excedat negotia ac causas, de quibus nominatim concepta est, nec quantitatem pecuniariam, de qua disputatum fuit. Unde licet de debito, de residuis in universum, sine quantitatibus litigiosis dubiae designatione, transigi possit, atque ea ratione rota quæstio sopiatur; tamen si de mille aureis velut residuis aut debitis cum tutore, aut alio simili administratore, vel cum debitore transactum fuerit, ac postea major probetur residui debitive quantitas, petitio ejus, quod mille aureos excedit, non censetur tali transactione perempta, *l. qui cum tutoribus 9. §. transactio 1. & 3. ff. b. 1. l. age 3. C. b. 1.* Et si de hæreditate inter fratres aliosve transactio interposita sit, quasi omnibus hæreditariis rebus inter eos divisio, ac postea quædam per unum subducta appareat, actio de subductis superesse creditur, cum de subductis ne cogitatum quidem fuerit, & de non cogitatis non possit videri transactum, *l. tres fratres 35. ff. de pactis.* Vide Grotium *manuduct. ad iurisprad. Holl. libr. 3. cap. 4. n. 13.* Respons. Jurisc. Holl. part. 1. consil. 229. & part. 3. vol. 1. consil. 31. Sande decr. Frisic. lib. 4. tit. 5. def. 15. post med. Multoque minus ad negotia futura, de quibus haud cogitatum, sese transactionis efficacia potest extendere. Brunnemanus & vulgo DD. *ad d. l. 9. ff. b. 1.* Ex eadem strictæ interpretationis ratione est, quod, si inter vulnerantem vulneratumque, aut injuriam inferentem mediante transactione reconciliatio intervenerit, salvam nihilominus fore ad impensas & id, quod interest actionem, nisi plenissima esset facta remissio, tradit Christinaus *ad leg. Merobriensis. tit. 2. art. 31. n. 11.* Menochius *libr. 3. præsumpt. 114. Jul. Clarus recept. sent. libr. 5. §. fin. quæst. 53. n. 38.* Mynsingerus *cent. 4. observ. 10.* Quodque non facile de negotio transactum præsumi debeat; ac proinde, si inter plures fratres coheredes, & mutuo fideicommissio gravatos, divisio hæreditatis facta sit, pactumque divisionis additum, bona cujusque fore propria, & neminem divisioni contraventurum, fideicommissi tamen incerti spes non

videatur ista transactione sublata, maxime, cum longe aliud sit dividere, aliud renunciare fideicommissio, *l. cum pater 77. & hereditatem 18. ff. de legat. 2. arg. l. si unus 27. §. pacta 4. in fine ff. de pactis, nisi verba pactorum ac clausularum adeo generaliter concepta fuerint, ut sine calumnia, & salva recti sermonis ratione, restringi nequeant ad solam divisionem.* Neostadius *curia supr. decr. 43.* Andr. Gayl. *lib. 2. obs. 139. num. 1. & seqq. & num. 11. & seqq. Ant. Faber Cod. libr. 3. tit. 25. defin. 1.* Fachinus *libr. 5. contror. cap. 20.* Sande decr. *Frisc. lib. 4. tit. 5. defin. 14.* Menochius *lib. 3. præsumpt. 115. num. 9. & seqq. Wamesius tom. 6. consil. 82. num. 24. & 30.* Fusarius *de substitut. q. 587.* Christinaus *vol. 2. decr. 180. numer. 8. & seqq.* Wassenaar *pact. judic. cap. 11. n. 62.* Brunnemanus *ad d. l. 11. C. de transaction. & ad d. l. 16. C. de pactis.* Vinnius *de transact. cap. 8. numer. 19.* Nec adversatur hisce responsum Scævola in *l. qui Roma 122. §. ult. ff. de verb. obligat.* quippe qui illic non definit quæstionem, utrum divisione & clausula pœnali addita super fideicommissio censetur transactum, nec ne; uti nec illud, an bene, an perperam judicatum fuerit, etiam de fideicommissio videri transactum. Sed potius id unice quæsitum est, an pœna in casum, quo quis dividendum fratrum contra divisionem faceret, promissa, secundum ea, quæ proponebantur, esset commissa, ac eam commissam esse responderetur; optima ratione: nam, cum judicatum esset secundum narrata in lege, fideicommissi petitionem divisione extinctam fuisse, & res judicata sive jure, sive injuria interposita, habeatur pro veritate; non poterat non videri contra divisionem fecisse frater fideicommissum petens; & quia in casum contraventionis pœna promissa erat, contraventione per rem judicatum apparente, necessariam pœnam commissam fuisse respondendum fuit. Vinnius *d. num. 19.* Si tamen duo, inspectis plene testamenti tabulis, inter se dividant res fideicommissarias eo tempore, quo purificata jam erat fideicommissi conditio, ipsis illud ignorantibus, non alia quam transactionis de fideicommissio ac remissionis conjectura capi posset. Eoque facit, quod solus ignoranter emens rem sibi pure legatam, etiamnum rei legata persecutionem habet, aut saltem pretii; non item, si sciens comparasset, arg. *l. hujusmodi 84. §. qui servum 5. ff. de legatis 1. junct. l. sua rei 18. ff. de contrah. emt.* si enim scienter emens rem sibi pure legatam, præjudicet legato suo; quidni & fideicommissio puro noceat divisio per non ignarum juris aut facta? Menochius *libr. 3. præsumpt. 115. num. 3. & seqq.*

22. Sed ut transactio non excedit negotia, de quibus concepta est, ita nec aliis nocet, quam ipsis transigentibus, ex vulgato axioma, rem inter alios actam alia nec prodesse, nec nocere, *l. sepe consensum 63. ff. de re judic. tot. tit. Cod. inter alias acta vel judicata alij non nocere, l. si unus 27. §. pacta 4. in fine ff. de pactis, l. Imperatores 3. ff. b. 1.* Quo fundamento responsum, transactionem unius socii vel coheredis non præjudicare ceteris eam non mandantibus ratamve habentibus; nec transigentem, si de rato non caverit, ultra quam partem transactioni stare cogendum, nec ad id, quod interest, reliqua non statim, obstringi,

sed tantum ad impensas, si quas transactionis istius intuitu appareat erogatas, Respons. Jctor. Holl. part. 2. *constit. 42.* Et, si inter testamentum institutum ac legitimum heredem contentio sit de validitate testamenti, sive illud inofficiosum, sive non jure factum, sive falsum dicatur, aut alio quocunque modo laborare ac inutile esse, & transactione ab illa discedatur controversia, sic ut vi transactionis partem hereditatis habeat testamento scriptus, partem legitimus; transactione tali legatariis non prejudicatur, quo minus actionem pro legitimis consequendis in solidum adversus institutum testamento instituant, si modo testamentum substituisse probent. Neque enim omnis additio per institutum facta eum oneri legatorum reddit ac retinet obnoxium; sed eadem, quæ ex testamento, invitis aliis exitum habere valente, contingit: ne aliquin & ex falsis & ex inofficiosis, & ex ruptis, aut ipso jure nullis tabulis adeuntem dicamus obstrictum, contra jura, legatorum conditionem ut non debitorum concedentia, *l. si quis sic solvitur 2. §. 1. l. 3. 4. l. ex his omnibus 54. ff. de condiç. indub.* Et hoc est, quod volunt Imperatores in *l. Imperatores 3. ff. de i. d. tum pro regula præmittentes, privatis pactioibus non ladi jus ceterorum*, subiciunt hanc de legatariis facti speciem. Nisi enim testamentum subsistere probetur, alio id ipsum eunte inficias, non potuisset disputari, an jus legatariorum ladi posset, quod nunquam fuerat ipsis quaesitum, cum non entis nulla sint affectiones: & hinc quoque in *l. si suspecta 29. §. quamvis 2. ff. de inoff. testam.* dicitur, non obstante transactione, testamentum in suo jure manere, ac ideo legata ac libertates salvas esse. Quo ipso supponitur, jure debuisse valere, cum inepte dicatur in suo jure manere, quod nunquam fuit recte conditum. Hæque ratio est, quod in *pr. d. l. 29.* permittitur legatarius, collusionem metuentibus, in lite de inofficioso adesse, & voluntatem defuncti propter sua legata tueri, monstrando, nihil fuisse contra pietatis officia peccatum, quin & appellare datum est, si institutus succumbat, *l. a sententia 5. §. 1. & seq. l. si per lusorio 14. ff. de appellat.* Imo si heres institutus sponte cesserit querelam moventi, eque non responderit, atque ita testamentum pronunciatum fuerit inofficiosum, libertates tamen competere, & peti posse legata, responsum est *l. qui repudiant 17. §. 1. ff. de inoff. test.* si scilicet legatarii testamentum ab inofficiosi macula purgare queant; cum fieri posset, ut institutus non responderet, quod temere nollet litigatum ire, dum certus erat, contra pietatis officia peccatum esse. Et sane, si hanc a legatariis in specie *d. l. 3.* probationem non exegeris, eo deveniendum erit, ut transactione privatorum firmum fiat aut maneat testamentum, quod vel ab initio inutile erat, vel debuerat rescindi; utque pactum alterius alteri saepe nullum jus habenti pro sit; cum utique controversia de testamenti valore non minus contra scriptum, quam pro scripto hærede potuisset definiri, si non transactum fuisset, sed ad sententiam usque in lite perseveratum. Ceterum, ut transactio non nocet legatariis secundum jam dicta; ita quoque nec creditoribus hæreditariis impedimento est, quominus in solidum experiantur adversus institutum, si modo probaverint validita-

tem testamenti; aut e contrario, adversus legitimum, si modo manifestam docuerit testamenti infirmitatem; ne aliquin collusionibus fraudibusque via pateat, per quam pauperius legitimus, fabricata transactione, subintraret in hereditatis & onerum partem; aut vice versa legitimus sublevaretur, in partem cum testamentario subornato hærede paciscens. Militatque hic eadem quæ in legatariis ratio, privatorum scilicet pactioibus ladi non debere jus ceterorum, & cum alia persona conventionem initam ad alterius personæ detrimentum haud esse porrigendam, *d. l. Imperatores 3. ff. de i. d. si unus 27. §. pacta 4. in fine ff. de pactis.* Neque existimandum, Scævola sibi suoque ratiocinio in *d. l. 3.* proposito contrarium esse in iis, quæ in *l. controversia 14. ff. de i. d. circa creditores* scripsit: non enim illic creditoribus hanc de jure imponit necessitatem, ut partim contra institutum, partim contra legitimum heredem suas cogeretur actiones instituire, pro ea nempe parte, quam ex hereditate quisque ex transactione percepisset; sed tantum respondet ad illam quaestionem, *quem*, posita tali transactione, *creditoribus hæreditariis conveniri possint*: Ut autem vis mediisque pluribus creditores suum consequi, non novum erat; ita & Scævola non negans, vel testamentarium vel legitimum heredem, probatis probandis, secundum ante dicta posse in solidum conveniri, existimavit, jure quoque facturos creditores, si & testamentarium & legitimum heredem pro parte hereditatis in transactione expressa, & cuique delata, convenirent; ita enim illud *conveniendus est pro conveniri potest* accipiendum esse, tum quaestio proposita, tum rationes superius adductæ evincunt, tum denique adeo usitata jurisconsultis ac probatis auctoribus hæc loquendi ratio, ut probatione non indigeat pleniore. Ita namque in *l. si quis putari 6. §. si quis 6. ff. communi divid.* cum Jurisc. ait, in *factum agendum est*: valet id, in factum agi posse; nam & familiæ eriscunda, vel communi dividendo, vel pro socio actione agi posse in ista facti specie, patet ex *l. locum 2. §. 1. ff. de religiosis*, & *l. si fundus 39. ff. pro socio*. Nittitur autem hæc Scævola sententia *incerto successioneis jure*. Adivit scilicet institutus ex testamento; adivit & legitimus; & uterque sibi jus succedendi defendit; sed quia non constabat, uter meliore gauderet jure, merito *successioneis incertum* a Scævola allegatum est. Cumque lis illa dubia prorsus transactione composita esset, nulla profecto vel iniquitas suberat vel absurditas, unumquemque pro ea parte, quam vi transactionis habebat ex hereditate, conveniri. Nam cum & institutus, dum totam ex testamento servare non potuit partem, quantam potuit maximam, transactione servaverit; & legitimus vicissim velut lege delatam, cum totam retinere non posset, parte tamen maluerit contentus esse, quam litigare; quæ, obscuro, injuria est, si quisque in solidum captans hereditatem, onera pro ea parte subire cogatur, pro qua, dum plus habere nequit, ex transactione hæres & esse voluit, & potuit manere, *utrum* tamen potius, quam *directa* actione ob incertum successioneis conveniendus: cum enim incertum esset, an legitimus partem accepisset a testamentario, tanquam vero hærede, an contra testamentarium a legitimo, ac is, qui vere hæres non est, sed ven-

ditione, transactione, aliove modo hereditatis partem a vero herede est consecutus, non directis sed utilibus actionibus conveniendus sit; merito successione incertum efficit, ut utilibus magis, quam directis actionibus uterque fuerit ad solutionem adiungendus, d. l. 14. Et quamvis emtor hereditatis invitatus utiles actiones hereditarias contra se motas excipere non teneatur, l. ratio juris 2. C. de hered. vel act. vend. aliud tamen est in questione presente, in qua, dum uterque voluit vere heres esse, etiam ut talis, ex sua voluntate, actiones pati invitatus cogitur; iterum ob incertum successionis. Neque est, quod quis existimet, ita fore, ut pactis deferatur hereditas: nam cum dubium esset succedendi jus, ex pacto neuter, sed ex lege alter, alter ex testamento se heredem proficitur. Et licet jus nostrum non patiat, in paganis eundem testatum simul & intestatum decedere, l. 7. ff. de regul. juris; id tamen initio tantum inspecto obtinere constat; ceterum novum non esse, ut ex post facto quis pro parte testatus, pro parte intestatus sit, atque pars hereditatis in testamento remaneat, pars altera legitime cedat heredi, & ipse tanquam legitimus in ea consideretur, manifestum est ex l. nam et si 15. in fine ff. de inoff. testam. frustra quis fuerit, in d. l. 15. id non transactione, sed sententia contigisse excipiens; cum transactio majorem, quam res iudicata auctoritatem habeat, l. 2. ff. de iurejur. l. non minorem 20. C. b. r. & non magis sententia, quam pacto vel transactione hereditas deferatur: sed uti in d. l. 15. partim testamento, partim lege delatam esse hereditatem pronunciatum fuit: ita in casu nostro id transactione declaratum. Neque in aliis quoque juris partibus id insolitum, ut quæ inter se pugnant, in eadem tamen persona ob incertitudinem consistent, ut, puta, libertas & servitus, in quantum pro parte liber pronunciatum, pro parte servus, sui ipsius partem pretio redimere a domino compellitur, l. duobus 30. ff. de liberali causa. Tantoque magis hæc moribus hodiernis sententia convenit, quod illa, ex naturali pugna testati & intestati deprompta, hæsitanti ratio prorsus cessat, unicuique indulta pro parte intestato moriendi libertate. Nec dubitavimus, hæc, quæ de creditoribus, utrumque transigentium pro parte convenire valentibus, dicta sunt, ad legatarios quoque ex juris novissimi principii producere: licet enim in l. Imperatores 3. ff. b. r. innuat, eos scriptum debere heredem convenire; tamen id ex veteris tantum juris profluxit fundamentis, quibus, cum legata non nisi testamento dari, nequaquam ab intestato deberi possent, non alius quam testamento scriptus ad solvenda testamento relicta compelli poterat; non ille, qui hereditatis partem heredis legitimi titulo obtinebat ac iure; unde & dicitur, eos, quicquid ex testamento petunt, scriptum heredem debere convenire. Sed ex quo placuit, non tantum ab intestato legata relinqui posse, sed & ex testamento data, herede instituto repudiante, per heredes legitimos præstanda esse, novell. 1. cap. 1. 2. nulla amplius ratio superest, cur a creditoribus legatarii separandi forent, pari cum creditoribus iure persecutionem contra legitimum ac testamentarium heredem post transactionem habituri; maxime cum & ipsi ex quasi contractu, additione hereditatis, tam scripti quam legitimi heredis creditores pro legati præstatione fiant.

23. Est & alius transactionis effectus, quod litium sopitarum favore tantam firmitatem habeat, ut neque imperiali rescripto resuscitanda sint causa ita finita, l. causas 16. C. b. r. Neque propter instrumenta noviter reperta retractari debant, quæ transactione placuerunt, l. sub prætextu 19. l. 29. C. b. r. cum nec res iudicata ex ea causa infirmanda sint, l. sub specie 4. C. de re iudic. Peregrinus de fidei commissis, art. 52. num. 99. Ant. Faber Cod. libr. 2. tit. 4. defin. 13. & tit. 21. defin. 2. Hugo Grotius in modum ad jurispr. Holl. libr. 3. cap. 4. numer. ult. Radclantius Curia Ultraject. decis. 102. n. 4. & seqq. adde Sfortiam Oddum de restitutione in integrum part. 2. quest. 73. Nec ex eo, quod postea probetur, nullam transigendi subfuisse causam, & indebitum fuisse, de quo transactum est; quia cum lis fuerit vel imminuerit, hoc ipsum, quod a lite disceditur, causa videtur esse, l. in summa 65. §. & quidem 1. ff. de conditione indebiti, l. nec intentio 3. C. b. r. arg. l. si citra 2. C. de condit. indeb. l. si non 6. C. de iuris & facti ignor. l. si transactionis 11. C. de non numer. pecun. Si tamen dolum adversarii in transigendo intervenisse, quaque ratione, sive novis instrumentis, sive alio probandi modo doceatur, vel instrumentorum suppressio per adversarium facta sit, vel manifesta calumnia, vel justus metus, vel ex falsis instrumentis transactio celebrata appareat, vel intervenierit error calculi, rescissio transactionis averti lesionem ab eo, qui circumventus est, æquitas postulat, nisi super ipso calculi errore transactum sit, l. qui cum tutoribus 9. §. qui per fallaciam 2. ff. b. r. l. in summa 65. §. & quidem 1. ff. de condit. indeb. l. actione 4. l. interpositas 13. l. sub prætextu 19. l. pen. C. b. r. l. unic. C. de errore calculi, idque ne alias sordidis faveretur concussionibus, iure interdictis, l. 1. §. ff. de calumniatoribus, Papon. libr. 16. tit. 3. in appendice arrest. 3. Ant. Faber Cod. d. lib. 2. tit. 4. defin. 13. Hugo Grotius, inter Respons. Jctur. Holland. part. 3. vol. 2. cons. 304. revera 204. num. 1. 2. Peregrinus de fidei commissis art. 51. num. 101. Stockmas curia Barban. decis. 137.

24. Quod si, nullo concurrente adversarii dolo aut calumnia, læsio tamen enormis ultra dimidium ex transactione contigerit; ob eam solam rescindi transactionem jus nostrum haud patitur: adeo ut nec probata quidem quadruplo majore debiti quantitate, transactio infirmanda sit, l. Lucius Titius 78. §. ult. ff. ad Senatuseon. Trebell. imo nec probato quidem, nullum omnino debitum transactionis tempore subfuisse; cum utique semper sufficiens subsit causa dationis, ut nempe in posterum a lite discedatur aut abstinenceatur, secundum ante dicta, l. nec intentio 23. C. b. r. l. in summa 65. §. & quidem 1. ff. de condit. indeb. Quo etiam fundamento denegata indebiti soluti repetitio ex causis illis, in quibus ex inficiatione lis crescebat in duplum: in quantum conventus, præstando simplum, de immittente alioquin ob inficiationem præstatione dupli videtur transexisse, §. ult. Inst. de obligat. que quasi ex contractu. Accedit, quod, cum transactionis tempore negotium requiratur dubium, neque de certis transactio subsistat, dici satis apte nequit, quid eo tempore simplum fuerit, incerto litis eventu nullam æstimationem certam admittente: ut proinde

tunc ultra dimidium quoque latio haud recte concipiatur; quod tamen omnino necesse, ut rescissioni ob enormem lationem locus fiat, *l. si voluntate 8. in fin. C. de rescind. vend.* Postremo, cum neque iusjurandum, neque sententia ob solam lationem rescindatur, nec in transactione id admittendum fuerit, cuius non minor, sed aequalis cum iurejurando ac re iudicata vis est, *l. non erit 5. §. dato 2. ff. de iurjur. §. item si quis 11. Inst. de action. l. res iudicata 2. Cod. de re iudicata, junct. l. 2. ff. de iurjur. l. non minore 20. C. b. t. l. 1. C. de condit. ind. deb. Peregrinus de fideicommissis art. 52. num. 102. Radelantius Curia Ultrajectina decii. 102. num. 13. 14. Andr. Gayl libr. 2. observ. 70. Tyracellus de retract. gentil. §. 24. gloss. unic. num. 4. Ant. Faber Cod. lib. 2. tit. 21. defin. 4. Ant. Matthaeus de obligationibus disp. 6. lib. 19. Stockmans Curia Brabantina decii. 137. Vinnius select. question. lib. 1. cap. 57. & de transaction. cap. 8. num. 11. 12. 13. Frustra in contrarium annitente Fachineo libr. 2. contro. cap. 26. Carpovio defin. Forens. part. 2. constit. 34. def. 1. Berlichio part. 2. conclus. 42. num. 3. & seqq. aliisque ibidem cit. Non enim ullum proherum opinionem praesidium est in *l. si superstitio 5. C. de dolo*, quippe quae de rescissione, non ob enormem lationem, sed ex dolo patris contingentem, agit; quod & titulus, sub quo *d. l. 5.* continetur, probabile facit; & manifeste evincunt verba legis, doli actionem denegantia non ob id, quod dolus defuisset, sed magis propter paternam verecundiam, quae, dolo maxime manifesto, non patiebatur, famosam doli actionem a filia in parentem dolosum intentari; sed ejus loco temperatam verbis in factum actionem, *d. l. 5. junct. l. non debet 11. §. 1. ff. de dolo*. Neque juvat, quod latio ipsa in se dolum contineat, *l. si quis municipii 17. §. Proculus 4. ff. de inst. action.*, eo quod dolus ille non ex proposito fluit, sed tantum ex re, ut vulgo loquuntur: neque in omnibus, nec quantum ad omnis generis negotia, sed in quibusdam tantum lationis & doli ex proposito comparatio fit in *l. si quis cum aliter 36. ff. de verbor. obligat.* Non certe in iis, in quibus super incerto dubioque negotio interposita est, & postea apparet, tempore conventionis ne dimidium quidem fuisse debitum ejus, quod ex conventionem ista subsecuta praestari debet. Tunc enim non intelligi quemquam dolo facere, si petat ex conventionem; quae bona fide ab initio super incerto negotio intercessit, ex iurejurando, per reum auctori delatum, manifestum est: nam si delatum sibi ab adversario iusjurandum auctor praestet, recte agit ad id, quod juravit deberi; licet postea is, qui iusjurandum auctori delatulerat, probare possit, nihil vere debitum fuisse; cum de perjurio non queratur, si modo tempore iusjurandi delati & praestiti jurans dolo careat, *§. item si quis 11. Inst. de action.* Petit scilicet jurans, non quia ante debitum erat, sed quia cepit deberi ex conventionem, quae inest iusjurandi delationi, dum reus illud deferens auctori, promississe*

intelligitur, se soluturum, si auctor juraverit, petita deberi; ac proinde etiam sibi imputare debet, quod tali sub conditione voluerit obligatus esse, ut infra in *tit. de iurejurando, num. 25.* traditum est. Porro eodem modo, quo id in iurejurando obtinet, etiam in transactione admittendum est, cum haec duo effectus exaequata sint, *l. 2. l. admonendi 31. ff. de iurejurando*. Nam & ex transactione petens, non petit ideo, quia antea debitum erat, sed quia adversarius promissit, se daturum, si alter a lite ulteriore desistat: adeoque nec hic inquirendum, a qua lite, justa an injusta, auctor desisterit; sed id unum, an conditio obligationis impleta sit; seu, an a lite desisterit, qui sub conditione desistendi a lite sibi paraverat bona fide jus obligationis. Tota quippe dationis vel promissionis causa in transactione est lis ac abstinencia ab illa lite; seu, ut Paulus ait, *hoc ipsum, quod a lite disceditur*, causa dationis vel promissionis esse videtur, *l. in summa 65. §. & quidem 1. ff. de condit. indebiti*. Quod si, transactione interposita, alteruter eam servare nolit, si quidem ea nudo pacto celebrata sit, sola inde exceptio de jure Romano competere poterat; aut moribus juxta principia superiori titulo de pactis tradita, actio non magis deneganda foret, quam si ex juris civilis praecipis vel stipulatione, vel datione, adeoque innominato contractu, firmata esset: quo casu ex stipulatu vel praescriptis verbis actionem dari, notum est, *l. cum mota 6. l. cum proponas 17. l. si apud 28. l. si pro fundo 53. C. b. t.* Et si quidem iurejurando munita, varie insuper coercetur, qui, cum majorennis esset, jurata noluerit transactioni stare, *l. si quis major 41. C. b. t.* Sin poene adjectione, poenam a refractario, transactionis placita servare detrectante, adversarius exigere potest, aut transactionis nomine data repetere; atque ita totam ex integro causam agere, ac si nulla fuisset pactio facta, *l. si diversa 14. l. promissis 37. l. 40. C. b. t.* Si simul iurisjurandi religione ac poenali stipulatione, poenam recte petit & simul transactionis implementum consequi potest, odio perjurii, *l. si quis major 41. C. b. t.* quod & obtinet, si non jurata transactioni poena stipulatio sic adjecta sit, ut, *si contra placita quis venerit, vato manente pacto poena praestetur, l. pen. ff. b. t.* confer Vinnium de transaction. cap. 2. Ad hoc vero transactionis implementum totis triginta annis contendere potest, ex quo transactio fuit interposita; cum ex generalibus juris fundamentis actiones inde nate, tanquam personales, non nisi annorum triginta praescriptione intereat, *l. sicut 3. C. de praescript. 30. vel 40. annorum.* Respons. Jctor. Holl. part. 2. consil. 266. Ut tamen electio semel facta videatur sibi prajudicare, sic ut, cepta ad implementum adjectione, non amplius poenae persecutionem aut a transactione resiliendi potestatem habeat; & vice versa, *l. ubi pactum 40. in verbis ante cognitionem causa C. b. t. arg. l. post diem 7. ff. de lego commissoria, Marta digest. jur. noviss. tom. 3. tit. transactio, cap. 52.*

TITULUS I.

De Postulando.

S U M M A R I A.

1. *Postulat quis vel pro se, etiam olim in Curia Hollandiæ; vel pro alio. Advocatorum laudabile nobile officium, non præjudicat nobilitati.*
2. *Qui in universum postulare prohibiti sint; an alibi postulare possit, cui uno in loco advocacionibus interdictum est; an, & quando religionis diversitas aliquem ad postulandum faciat inhabilem? Quid si nec adversarius, nec iudex prohibitor repulerit? Quid si necessario fungatur officio tutela aut simili?*
3. *Qui prohibeantur in certis quibusdam causis postulare tum civili, tum hodierno jure.*
4. *An quis possit, cognitis prius clientis unius argumentis, causam ejus deserere, & adversa parti adesse?*
5. *Qua pena sit postulantium contra edictum?*
6. *Advocatis salaria debita, etiam non promissa. Non tamen pro iis consequendis licita retentio instrumentorum, (secus pro impensis) nec competit privilegium prelationis. An poti post biennium a lite finita?*
7. *An debitum salarium, si quis in causa sibi cum alio communi postulet, vel in sua vel proximi agnati, cui gratis adesset; si vincat & victus victori in expensas damnetur?*
8. *An annuo salario constituto, & advocato in medio anni moriente, hæredes ejus integri salarii portionem habeant; & quid moribus?*
9. *Advocati quo modo & quando præstent iurjurandum calumniam?*
10. *Quid juris, si dolo, vel errore juris aut facti advocatus perdiderit clientis causam? quo usque clienti liceat corrigere errorem?*
11. *Advocatum non habenti dandus est a magistratu; qui & jure Romano curabat, ut utrimque esset aqua peritorum acies. Quid moribus?*
12. *Vetitum hodie captare patrocinia per pactum de salario non nisi post victoriam petendo.*

1. **P**ostulare dicuntur, qui suum, vel amici desiderium exponunt, vel alterius desiderio contradicunt apud eum, qui jurisdictioni præstat, l. 1. §. postulare 2. ff. b. r. etiam aliquando apud iudices pedaneos, sed improprie, l. 1. §. removeri 6. ff. b. r. Postulat ergo quis vel pro se, vel pro alio. Pro se postulare uti jus Romanum permisit, ita quoque quondam in Hollandiæ curia id singulis licuisse, constat ex magno privilegio Mariæ Burgundicæ Hollandis concessio 14. Martii 1476. *Flacii. vol. 2. pag. 661. in med.* Qui pro alio postulant, advocati, causarum patroni, aut oratores appellati, litigantibus adesse dicuntur, uti magistratus juri dicundo præstare; notante Brissonio *antiquis. lib. 1. cap. 20. lau-*

dabile ac vitæ hominum necessarium officium ob eunt, præmiis principalibus ac privilegiis ob id remunerandi. Vide l. laudabile 4. & 101. C. de advocat. divers. judicum, & 101. tit. C. de advocat. divers. judiciorum. Sunt enim hi juxta constitutionem Imperatorum Leonis & Anthemii, qui, dum dirimunt ambigua fata causarum, suæque defensionis viribus in rebus sæpe publicis ac privatis lapsa erigunt, fatigata reparant, non minus provident humano generi, quam si præliis atque vulneribus patriam parenterque salvarent. Nec enim (inquiunt) solos imperio nostro militare credimus illos, qui gladiis, clypeis, & thoracibus niuntur, sed etiam advocatos; militant namque causarum patroni, qui gloriosa vocis confusio munimine, laborantium spem, vitam, & posteros defendunt, l. advocati 14. C. de advoc. divers. judiciorum. Facessat ergo impudentior quorundam sententia, existimantium, nobilitati, virtute majorum parta, præjudicare honorificum adeo advocacionis munus, nec honeste satis eodem in atrio ostentari fumosas majorum imagines & stantes in curribus Æmilianos, simulque numerosam consistere interrogantium de jure clientium turbam. Perinde ac si dedecori esset, avita atque paterna imitari exempla, ac non belli tantum, sed & togæ artibus ad illud grassari laudis culmen, unde sæpius natalium illustrium splendorem ad posteros suos derivaverunt majores: aut quasi vitio vertendum esset, si quis non alienis tantum, sed & propriis vellet meritis inclarescere. Aliud profecto prisca visum Romanis, aliud statui debere jubet virore maximo deprædicatum tantopere, ac encomiis ornatum a rei Romanæ scriptoribus, studium huic arti impensum; aliud dicitur illa usque adeo decantata Mucii exprobratio Servio facta, turpe esse patricio & nobili & causas oranti jus in quo versatur, ignorare, l. 2. §. Servius 45. ff. de orig. juris. Quod si laudabile nemo negaverit esse illorum institutum, qui amplissimas ab ascenditibus conquiritas, & in se transmissas opes, adaugere diligenter allaborant, non potest non errare, quisquis indecorum putaverit, impetratæ majorum gloriæ propriam addere, præclaris militiæ togæ factis quærendam. Vide Tyraquellum de nobilitate cap. 29. Lypzium not. juris Belgici lib. 1. tit. de postulando, versu, unde; & orationem meam de officio advocati, quondam Ultrajecti recitatam pro inauguratione.

2. Postulare potuerunt omnes non prohibiti. Prohibiti vero in universum fuere servi, minores annis septendecim: superantem namque illos annos compleros ætatem prætor moderatam ratus est ad procedendum in publicum; unde & ea ætate vel paulo majore fertur Nerva filius publice de jure responsitassa, l. 1. §. initium 5. ff. b. r. Pro aliis autem postulare interdictum insigniter infamibus: mulieribus, ob sexus verecundiam, prohibitioni huic causam præbente Carfania, vel, ut Valerius Maximus, Afrania, femina improbiissima ac inverecunde postulante: cæcis quoque, tanquam insignia magistratus videre nequeant ac revereri, l. 1. §. secundo loco 5. ff. b.

f. qualia insignia fuere fasces, secures, sella, prætexta toga, ut pluribus Brissonius *antiquit. lib. 3. cap. 14.* Ad hæc illis, qui, cum causarum patroni essent, pacti fuerunt cum cliente de quota litis; quibusve aliam ob causam foro interdictum fuit aut advocacioni, l. 1. l. si quis 5. C. b. r. l. 6. §. 1. l. Imperator 8. l. 9. ff. b. r. l. 1. §. pen. ff. de offic. præfetti urbi. Si cui tamen uno in loco, præsidis unius decreto, advocacionibus interdictum sit, alio in loco sat alio coram iudice postulare non vetatur, si non cum interdictione concurrat talis infamia nota, quæ cum & alibi agentem comitatur, secundum ea, quæ sequenti tit. traduntur; ex ea causa 9. ff. b. r. arg. l. relegatorum 7. §. interdicere 10. ff. de interdictionibus, & relegatis. Hæreticis quoque, nec non Judæis, Paganis, & universis aliis Religionis Christianæ purioris mysteriis non imbutis, postulandi facultatem ademerunt Imperatores Christiani, l. ult. C. b. r. Et quamvis penes nos in aperto sit, dissensum inter Christianos in fundamentalibus aliisve fidei capitibus neminem a foro excludere, aut patrocinium impartiendi adimere facultatem; tamen si quis alibi ita respondendi de jure licentiam adeptus fuerit, aut summis in jure honoribus decoratus, ut simul se jurejurando ad Religionis Pontificiæ obstrinxerit defensionem, nisi tali Sacramento renuntiaverit, eoque solutus sit, ad postulandum admittendus non est, *Placito Ordin. Holland. 12. Martii anno 1591. & 1595. vol. 1. placit. pag. 523.* Cujus etiam decreti vigore quandam apud Hollandiæ curiam cum admitti desiderasset, repulsam passum, ac repetitis demum in Academia Ultrajectina honorum titulis, admissum memini; ipse huic rei in ea universitate tunc temporis superstes. Hæc hi quidem omnes repellendi sunt, etiam si pars adversa non intercederet eorum advocacioni, sed pateret eodem postulare, l. quos prohibet 7. ff. b. r. neque enim in gratiam adversarii, sed magis propter debitam judici reverentiam, propriamque indignitatem exclusi sunt, ne prætoris auctoritas ineptis hominum sordidorum altercationibus labefactetur. Si tamen neque adversarius contradixerit, neque iudex removerit hos postulare prohibitos, non erit inutile, si quid eorum fuerit patrocinio obtentum, arg. l. filiusfamilias 8. §. veterani 2. ff. de procurator. l. ita demum 15. C. de procurator. Quomodo etiam hi alias prohibiti, quoties necessario fungantur officio, sine edicto prætorii offensa ad postulandum recte accedunt, l. pater autem 6. ff. b. r. qua ratione insigniter infames, si tutelam curative administrent, pro his, quorum curam gerunt, audiri æquum visum, l. 1. §. removens 6. prope fin. ff. b. r.

3. Præter hos sunt & alii, qui a quibusdam liti- bus patrocinio suo juvandis exclusi sunt. Sic etenim neque liberti contra patronos postulare possunt, ob debitam patronis reverentiam; nec decuriones contra patriam suam, l. qui necessario 2. C. de advocat. ultior. judicior. l. bi, qui ro. §. 1. b. r.; nec fiscus aut republica vel potentiores pro privatis, tot. tit. C. ne liceat potentioribus patrocinium litigantibus præstare, tot. tit. C. ne fiscus vel respubl. procuracionem alicui patrocinii causa in litæ præstet; nec assessores, dum eo munere funguntur, l. ult. C. de assessoribus; nec iudices in eausa, in qua judicaturi sunt, l. quisquis 6. C. b. r. adde Instruction. Cur. Holland. art.

231. Curia suprema art. 13. Curia Ultrajectina tit. 1. van President en Raden, art. 11. Curia Flandricæ, art. 35. Curia Brabant. art. 17. Responsa Mortor. Holland. part. 2. consil. 209. quod & ad prætores urbanos ac paganicos, & tribunalium urbanorum paganorumque actuarios ac grapharios extensum, *Placito Ordin. Holland. 1. Augusti 1603. vol. 2. placit. pag. 1451.* Quin tamen hi consilio suo adesse ac patrocinari possunt causis propriis, nec non eorum, quibus tam arcto sanguinis aut affinitatis nexu juncti, ut a litibus eorum judicandis abstinere jussi sint, non videntur dubitandum, cessante prohibitionis ratione: quod & nominatim permisit Instructio Curia Brabantinæ d. art. 17. uti in causis propriis, dictum placitum Ord. Holl. 1. Augusti 1603. Et quamvis jus Romanum fisci advocato licentiam indulserit postulandi pro liberis suis, vel parentibus, vel pupillo suo, contra fiscum, l. bi, qui 10. ff. b. r. vix tamen est, ut id nunc in Hollandia ei liberum sit, cum in universum vetetur litigantibus ullis suo patrocinio adesse, *instru. Cur. Holl. art. 18. Groenewegen ad d. l. 10. ff. b. r.* Denique ex edicto prætoris infamia levior notati pro extraneis postulare non potuerunt, sed tantum pro se & conjunctis personis, enumeratis in l. 1. §. ult. l. 2. l. 3. ff. b. r.

4. An autem is, qui prius uni parti operam addidit, causamque ejus argumentis cognovit, eadem delicta, tanquam jure non suffulta, possit adversæ parti, quasi iustiora foventi, patrocinium præstare, dubitatum est. Quid id licere arbitrantur, sapientis esse prætendunt, suum in melius reformare consilium; candoris esse, suam cum Papiniano sententiam mutare; & in contrarium duci atque trahi fortioribus rationum momentis, juxta l. si venditor 6. §. 1. ff. de servis exportandis, dissimulari sæpe multa, fingi alia, narrationes institui ex mendacibus compositas allegationibus per prius adeuntes; quarum detecta falsitate, non possit non iustitiæ cultor ab adversa stare parte. Sic ipsum prætorem, quod interlocutione sua jussit vetuisse prius, non raro deinceps revocare, & contraria tollere sententia definitiva, l. quod jussit 14. ff. de re judicata, denique rescriptum esse, non prohiberi tutori adesse pupillo in negotio, in quo advocatus contra patrem ejus fuisset, l. ult. ff. b. r. Verum enimvero, uti libens concesserim, prudentis esse, ut meliora, quæ videt, probet, deterioribus repudiatis, ejusque necessitatem causarum patrono imponere solemne illud quod ab eo præstitum, calumniæ iurjurandum, de lite, quam certamine procedente improbam deprehenderit & veritate jureque destitutam, quantocius derelinquenda, l. rem non movium 14. §. patron. 1. C. de iudiciis, ita non satis ex honore aut decore advocati, imo nec extra lucri sordidi captari labem, esse existimem, proditorio quodam more parti adversæ operam navare, ac forte clientis anterioris arcana detecta in ipsius exitium convertere & oppressionem. Præsertim, si virorum aliorum disertissimorum non desit copia, nec metuendum sit, ne veritati aut iustitiæ præjudicium ex neglecta causæ iustioris tuitione generetur. Plane si magistratus imperio accedente quis parti adversæ jubeatur adesse, haud dubium, quin jam a prætore, necessarium munus obeunte, recte ad advocatum, partes mutantem, argumentum produveris idemque fuerit, si non sponte, sed tutorio aut cura-

6. Quo modo per appellationem infamia suspendatur?
7. Evanescit infamia restitutione per Principem aut Senatium, quandoque per prætorem facta: lapsus etiam temporis, cum distinctione.
8. An in uno loco infamis ex sententia ubique pro tali habendus sit?
9. Non tam facile hodie infamia irrogatur, quam quidem jure Romano. Nec infames sunt privati furti vel injuria judicio damnati, licet ad pœnodiandam; & alia ex moribus.

i. **CUM** libera postulandi licentia infamibus titulo superiore denegata fuerit, ordo postulabat ut de infamia ipsa tractatio institueretur: quæ existimationi, dignitatis illæz statui, moribus ac legibus comprobato, opposita, nihil aliud est, quam læsio existimationis, l. si furti 8. C. b. t. ex quib. caus. infam. irrog. l. 2. C. de pœna jud. qui male judicavit, junct. l. cognitionem 5. §. existimatio 1. ff. extraord. cognition. Et vel facti vel juris est. Infamia juris dicitur, quæ ex turpi facto per jus notato irrogatur; idque vel ipso jure, sive civili, sive prætorio, vel judicis sententia; ac variis contingit modis: sic etenim jure infames sunt, qui lenocinium exercent, aut in judicio publico calumniæ prævaricationisve causa quid fecisse judicati sunt; qui bina sponsalia binasve nuptias eodem tempore contractas habent, aut passi sunt, cum jure potestatis patriæ potuissent impedire; qui viduam intra annum luctus ducunt, aut eam ducenti auctoritatem accommodant scientes aut juris errore, l. 1. l. liberorum 21. §. 1. & seqq. l. 12. 13. ff. b. t. Ad hæc damnati judicio publico, l. infamem 7. ff. de public. jud. aut furti, injuriarum, vi bonorum raptorum, de dolo malo suo nomine, d. l. 1. ff. b. t. item expilatæ hereditatis, l. si se expilasse 12. C. b. t. sepulchri violati, l. 1. ff. de sepulch. violato, insuper in adulterio deprehensi, licet sententia judicis absoluti, l. palam questum 45. §. pen. ff. de ritu nupt. data pecunia paciscentes de delictis non capitalibus, l. 1. l. athletas 4. §. ult. l. 5. l. 6. §. Si passurus 3. ff. b. t. §. pen. Insuper de pœna temere liganti. improbi fœneratores, l. improbum 20. C. b. t. judices per dolum male judicantes, l. 2. Cod. de pœna jud. qui male judic. tutores sibi filijsve suis pupillis sras matrimonium jungentes, l. pen. C. de interdict. matrimon. inter pupillam & tutor. majores in scenam aut certamen prodeuntes quæstus gratia; l. 1. ff. b. t. adde Ravardum 3. varior. cap. 11. a transactione jurata recedentes, l. si quis major. 41. C. de transaction. Minores plane ætas in hisce ab infamia liberat, l. pen. C. b. t. atq. d. l. 41. licet enim minoribus adversus delictum suum non detur restitutio, & eatenus ipsi ætatis suffragio in criminalibus non juventur, neque excusentur; l. 1. 2. Cod. si adversus delictum, l. si ex causa 9. §. nunc videndum 2. ff. de minorib. 25. annis, quandoque tamen propter lubricum judicii veniam indulgeri, ut vel minuatur, vel in universum remittatur pœna, tum ex ipsis illis legibus; tum aliunde manifestum est, l. qui contra 4. C. de incestis nupt. t. si adulterium 33. §. fratres 4. ff. ad leg. Jul. de adulter. Simili modo non notati, qui non lucti, sed virtutis ostendendæ gratia in scenam aut circum prodeunt, l. athletas 4. ff. b. t. Ravardus 5. variorum cap. 14.

pag. 741. quique non ipsi decertant, sed decertantibus inserviunt, d. l. 4. ff. b. t. inter quos ibi numerati & illi, qui agitatores sunt, quive equis aquam spargunt; id est, equos cursu incalcentes frigida perfundunt, quo paululum refocillati alacris cursum repeterent, notante Brissonio Antiquit. libr. 1. cap. 10. Infames præterea, qui exauctorati sunt detractis insignibus militaribus, aut aliter ignominia causa missi militia, Vide l. 4. pr. §. 1. 2. & seqq. ff. b. t. quod si tantum ob id missi fuerint, quod militiæ nomen dedissent, ut se adversario pretiosiores redderent, fori militaris obtentu, vel munerum civilium evitandorum causa, eos infamia ob id non laborare traditum, l. qui cum uno 4. §. non omnis 8. ff. de re militari, d. l. 2. §. 2. in fine ff. b. t. Relegati quique ignominiam subeunt, uti & plebeji fustibus cæsi, quoties ea punitio ex causa infamante irrogata est; non item si ex alia, l. cognitionum 5. §. minuitur 2. ff. de extraord. cognition. junct. l. illius 22. ff. b. t. Servi post manumissionem ob atrocius crimen, veluti lenocinium, in servitute commissum, l. athletas 4. §. Pomponius 3. ff. b. t. secus, si levius delictum fuit, dum forte quantum corpore facit ancilla, l. pen. ff. b. t. Sed & stellionatus damnati infamiam subeunt, quoties crimen illud cum alio concurrat negotio infamante, veluti depositi vel tutelæ judicio: contra vero, si cum negotio civili non infamante concurrat, veluti pignoratitia actione aut alia simili; qui concursus patet ex l. 1. §. ult. l. tutor 16. §. 1. l. si quis in pignore 36. pr. & §. 1. ff. de pignorati. act. quæ distinctionis ope concilianda videtur l. quid ergo 13. §. ult. ff. b. t. cum l. stellionatus 2. ff. stellionatur. Ant. Matthæus de criminib. libr. 48. tit. 18. cap. 3. num. 5.

2. Denique & illi infames fiunt, qui directa actione mandati, depositi, tutelæ, pro socio, ob dolum damnati sunt; a judice, non arbitro; per definitivam, non interlocutoriam sententiam; expressa condemnationis causa, l. 1. l. quid ergo 13. §. 5. & b. ff. b. t. junct. l. ha enim 4. §. 1. 2. ff. de susp. tutor. non item, si actionibus contrariis, eo quod in iis non tam de perfidia, quam de calculo & indemnitate, questio est, l. furti accipe 6. §. ult. ff. b. t. junct. l. ei, apud quem 5. pr. ff. depositi. Si tamen & in actione contraria perfidia questio tractaretur, non dubium, quin & tunc infamia damnatum comitatura sit; veluti, si quis jussisset pro se fidejuberi, indemnitate promissa, ac deinde solum a fidejussore restituere detractans, contrario mandati judicio succumbat, d. l. furti, accipe 6. §. mandati 5. ff. b. t. Damnationi tamen ob dolum æquiparandam esse damnationem ob culpam latam in hisce quatuor judiciis, quantum ad infamiz notam attinet, verius est; eo quod passim in jure nostro latior culpa dolo comparatur, effectu inspecto, eoque sensu dolum esse dicitur, idque in ipsis etiam negotiis, in quibus damnato infamia irrogatur ex dolo, quale est depositum; licet natura sua dolum a lata culpa distet, dum dolum adjunctum habet lædendi propositum, culpa non item, l. quod Nervus 32. ff. depositi, l. magna 226. ff. de verbor. signif. l. 1. §. 1. ff. si mentor falsum mod. dixerit. Neque in hac de infamia irroganda questio interesse existimo inter latam culpam versutiz, & latam culpam negligentiz; quarum hæc in eo consistit, quod quis ea negligat, quæ ne-

minus diligens paterfamilias fuisset neglecturus; illa vero in eo, quod quis minorem curam rebus alienis, quas servare debebat, quam suis adhibet, sicut & levis & levissima culpa prastationem quandoque includat, in quantum quis in suis rebus summam solitus adhibere diligentiam, fraude non caret, si in alienis modicam tantum, seu mediam, atque adeo minorem diligentiam prastet, etiam ex natura negotii ad solam latam, vel tantum ad latam & levem culpam teneri diceretur, *d. l. quod Nerva 32. ff. de jure dor. quo respexisse puto Ulpianum in l. quod servus 11. ff. de positi*; cum ait, depositarium sine dolo omni reddere debere, hoc est, ut nec culpa quidem suspicio sit, ita culpam omnem sub dolo complectens, quando scilicet depositarius in suis diligentissimus est. Quod enim ob latam quoque culpam negligentiam infamia sequatur, ex eo manifestum est, quod errore juris lapsus, & ita faciens edicto prætoris vetita, infamiam subit: quem tamen errorem juris non versutia, sed mera & manifestæ negligentia adscribendum esse, nequaquam dubium, *l. liberorum 11. §. ult. ff. b. r.* Nec dicam, ipsam latam culpam versutem non natura sua, sed solo effectu, dolum esse; dum in dolo plenum apparet lædendi propositum; at in lata culpa versutia neque plenum est propositum, neque malevolus ad nocendum directus intentus; sed & hæc ex negligentia originem habet, ac ex segnitie ejus, qui minorem rebus alienis curam adhibet, quam suis. Nec adversatur, quod ob segnitiam, rusticitatem, inertiam, simplicitatem, ineptiam remotus infamis non sit, *l. tutor quoque 3. §. ult. ff. de suspect. tut.* cum non omnis segnitie, inertia, rusticitas culpa lata sit; ac lex recte ad eam segnitiam, inertiam &c. restringatur, quas ad levem culpam pertinet, & dolo non comparatur. Adde *tit. de susp. tut. num. 7.*

3. Infamia facti est, quæ oritur ex facto, quod per jus notatum non est, sed existimationem alicujus onerat penes viros graves & honestos, *l. bonoris 2. ff. de obsequiis parent. & patron. præstandis, l. ob hæc verba 20. ff. b. r. l. ea, quæ 13. C. b. r. l. eisi libidine 25. C. ad leg. Jul. de adul.* quam si quis improprie infamiam esse contendere voluerit, non plane refragabimur, dum eam ab ipso jure non proficisci aut infligi, in descriptione monemus, Anton. Matthæus *de criminibus lib. 48. tit. 18. cap. 3. num. 2.* tali vero infamia, seu ignominia opprobrio laborant, qui bonis cesserunt, *novell. 135. cap. 1. a juris infamia licet immunes, l. debitores 11. C. b. r. ne alias beneficium a jure datum in præjudicium & læsionem ejus, cui datum, ab ipso jure contorqueretur, & magis onerosum fieret, quam ipse squalor carceris, a quo liberat oberatorem cedentem: utrunque cum actus ejusdam humilis ac ignominiosi solemnitate, ex locorum quorundam usu, cessio peragenda fuerit, Christinaus ad Leg. Mechliniens. tit. 21. art. 2. n. 1. 2. 3. Brunus de cessione bonorum quart. principali 6. numer. 4. Petrus Gregorius Tholosanus syntagm. juris libr. 22. cap. 11. n. 5. 6. 13. Papon libr. 10. tit. 10. arresto 5. Groeneveegen ad l. 6. ff. de cessione bonorum.* Sic quoque facti infamia laborare eos, qui intemperata libidine, non liberis, sed ancillas compressisse probati fuerint, de cetero ab infamia juris immunes, rescriptum est *l. & si libidine 25. C. ad leg. Jul. de adulter. sed & infamia facti laborare*

cōneubinas, non vero spurios, latius traditum *tit. de inoff. testam. n. 10.*

4. Effectus hujus infamiae est, quod testimonio fidem minuat, *l. tertium 3. ff. de testib. repellat a dignitatibus, l. neque famosis 2. C. de dignitat. l. infamia 8. C. de decurionibus l. milites 3. C. de re milit. querelæ inofficiosi locum faciat, ubi præteritis fratribus honestis, personæ institutæ sunt, infamia vel turpitudinis vel levis notæ macula aspersæ, l. fratres 27. C. de inoff. test. uti ex adverso facit turpitudine cessare, si ipse frater præteritis istiusmodi turpitudine laboret, arg. l. in arenam 11. l. si filium 19. C. de inoff. testam. Adde *tit. de inoff. test.* Ut proinde infamia facti privet quidem infamem beneficiis, & a commodis variis repellat, sed pena propriè dicta non mulctet: lucra quidem subinde impediatur, damnis vero nequaquam mulctet.*

5. Evitatur infamia, si alia poena gravior per sententiam imponatur; videtur enim diutius sententia cum reo transactum de existimatione ejus, *l. ordine 15. ff. ad municipalem. l. quid ergo 13. §. pena 7. ff. b. r. l. ad tempus ff. de decurion. l. in servorum 10. §. ult. ff. de panis, l. si Fortidonium 4. C. b. r.* quod si non poena gravior ultra legem, sed sola ordinaria delinquenti imponatur, veluti dupli aut quadrupli in furti actione, non potest sua sententia iudex efficeret, ne iniuriæ aut furti damnatum infamia sequatur, *l. non poterit 63. ff. de furtis, l. Divus Severus 40. ff. de iniuriis, l. ordina 15. ff. ad municipalem, Ant. Matthæus de criminibus lib. 43. tit. 18. cap. 3. num. 12. & 15.* Evitatur quoque, si non in ipsum facti turpis auctorem, sed procuratorem ejus, aut defensorem, aut tutorem, aut hæredem sententia feratur, *l. 1. l. asbletas 4. §. ult. l. furti 6. §. si quis 2. ff. b. r. vel offeratur actori debitum ante litem contestatam, imo ante sententiam; idque illis in iudiciis, in quibus infamia non nisi per sententiam infligitur, veluti depositi, tutelæ, mandati, pro socio, cum ista ratione iudicia omnia absolutoria sint, l. si reus 73. ff. de procurat. junct. §. ult. Instit. de perpetuis & temporal. action. si enim ea causa sit, ex qua & citra iudicis sententiam ex pactione vel transactione infamia oritur, veluti in privatis delictis aliisque similibus, ablatione debiti vel pœnæ petitæ non declinaret reus infamiae notam, arg. *d. l. 4. §. ult. & l. 5. ff. b. r.**

6. Suspenditur infamia, si a sententia, per quam ea irrogata est, appellatum sit; adeo ut, subsequuta condemnatione repetita, a tempore demum confirmationis per iudicem superiorem sententiæ, non retro, inter infames habendus sit; eo quod provocationis remedio extincta fuit sententiæ prioris pronuntiatio, *l. furti 6. §. sed si furti 1. ff. b. r. junct. l. 1. §. ult. ff. de Senatusc. Turpill.*

7. Tollitur vero quæ jam irrogata fuerat, si quis adversus eam specialiter a Principe vel Senatu, quandoque & a prætoris restitutus sit; non item, si generalis tantum abolitio fuisset concessa, *l. ult. C. de generali abolit. l. 1. §. deinde 9. & 10. ff. de postul. l. generalis 7. C. de sentent. passis & restit.* Confer Besoldum in deibat. juris ad pand. lib. 1. pag. mibi 62. & seqq. Insuper lapso tempore, si quis ad tempus per iudicis sententiam cum infamia relegatus sit aut ordine motus ex causa, natura sua non infamante, *l. 1. 2. C. de bis,*

qui in exil. dati vel ab ord. moti sum, l. generaliter 3. §. sed si 11. ff. vel cum natura sua infamaret, durioris poenae imposito genere super infamia futuri temporis videatur transactum, l. ordine 15. ff. ad municipalem, l. ad tempus 5. ff. decurion. Alioquin, si ipso iure infamia causae relegationis aut motionis ab ordine cohæreat; vel cum non cohæreret, minor quam per leges poena fuerit imposita; etiam lapsa tempore durabit infamia, d. l. 15. ff. ad municip. d. l. 5. ff. de decurion. l. ad tempus 6. C. b. t. l. qui cum uno 4. §. ad tempus 4. ff. de re militari. Quamvis hæc distinctio ad edictum de postulando non pertineat, quatenus lapsa tempore quilibet sine distinctione causæ, ex qua silentium aut exilium fuit irrogatum, postulare potest, l. Imperator. 8. ff. de postulando, idque non secundum jus, sed ex constitutionibus, in quantum sæpe constitutiones ad benigne aut severe multa contra jus introduxerunt, docente id Cujacio lib. 7. observ. 19. nisi magis placeat, verba d. l. generaliora restringere ad casus illos, in quibus poena graviore imposita super temporis futuri infamia transactum est, juxta d. l. 15. ff. ad municip. d. 5. ff. de decurion. d. l. 13. §. 7. ff. b. t. aut cum Gothofredo in notis ad d. l. 8. dicatur, verba illa, nec adhibetur &c. non Papiniani esse, sed Triboniani, contra manifesti juris rationem adjecta; dum fieri non potest, ut continuata post reditum infamia ex ipsa infamantis causæ natura, ad postulandum admitteretur reversus, repugnante in universum prætoris edicto. Vide tamen l. 3. §. 1. ff. de decurion.

8. Sed uti tempore, ita & loco infamiam circumscribi ratio dicitur. Proinde uno in loco infamis declaratus, non ubique, sed tantum in territorio ejus, qui sua sententia irrogavit infamiam, pro tali habendus est; alibi iisdem gavisuris juribus, & ad eandem habilis, ad quæ reliqui istius regionis homines, nulla infamiae aspersi macula, possent aspirare. Et licet hic jus Romanum irrogatæ infamiae effectum ad omnes regiones porrigere videatur, ut nusquam postulandi facultas ob infamiae notam sententia inustam infamato sit libera, arg. l. ex ea causa 9. ff. de postulando; tamen id ideo tantum obtinuisse certum est, quod plures plurium provinciarum magistratus uni omnes subfuerint supremo Principi, qui toti imperio jus tale constituere potuit, & voluit: alioquin enim, deficiente illa potestate vel voluntate, ex jure communi extra territorium quid statueri impune non paretur, l. ult. ff. de jurisdiction. & ab unius provinciae præsidi postulare prohibitum in alia provincia impune postulare posse, Papinianus in d. l. 9. ff. de postulando. respondit. Adde quæ latius tradidi tit. de constit. Principum, parte altera, de statutis.

9. Ceterum parcius hanc de infamia materiam tractandam censui, quia & parciorum ejus hodie usum esse deprehendi: nam nec infames nunc sunt ob dolum iudicio tutelæ, mandati, depositi, aut pro socio, condemnati, Groenewegen ad §. 2. Inst. de poena temere litig. Parens meus Paulus Voet ad d. §. 2. n. 2. Simon van Leeuwen cens. fore. part. 2. lib. 1. cap. 4. num. 9. nec ullum civile iudicium, sive ex contractu, sive ex delicto ad indemnitatem, multamve pecuniariam, infamat, nisi id nominatim statuto expressum sit; veluti in vectigalium

quorundam fraudatoribus, vel ob circumstantiarum atrocitatem sententia sua iudex infamiam nominatim censuerit inurendam: adeo ut & condemnato per actionem injuriarum ad palinodiam sua in dubio fama atque existimatio salva sit, Argentæus ad consuet. Briann. art. 159. gloss. 1. in med. Zypæus notis. juris Belgici lib. 1. tit. ex quib. causis infamia irrogatur, Groenewegen ad l. ult. C. qui & advers. quor in integr. restitui non poss. Leeuwen censura forens. dict. part. 2. lib. 1. cap. 4. num. ult. & part. 2. lib. 2. cap. 15. num. 10. in med. Nec mulier intra annum luctus nubens infamis est, ut latius dicitur tit. de ritu nuptiarum. Et generaliter hodie non tam ex causa, quam genere poenæ, infamiam inferri receptum est, veluti fustigatione, aut alia corporali poena, relegatione, ad carceres, ad tiremes, ad ergastula, ad metalla & similia, damnatione, Groenewegen ad l. 22. ff. b. t. Leeuwen d. part. 2. lib. 1. cap. 4. num. 9. & libr. 2. cap. 15. num. 10. 11. quales poenæ cum in procuratorem delinquentis constitui non possint, sed in ipsum debeant delinquentem decerni, casu quo procuratorem in causis criminalibus intervenire usus admittit, consequens est, ut non magis hodie qui per procuratorem, quam qui pro se ipsi in iudicio substiterint, infamiam evitent, Zypæus notis. juris Belgici lib. 1. tit. ex quib. caus. infam. irrogatur, Ant. Matthæus de crimin. lib. 4. tit. 18. cap. 3. num. 9. plane sola carceris detentio, sive ob crimen contingat, sive ob civile debitum, sive ad reum constringendum ad facti implementum, infamiam non ingerit; cum nec poenæ loco tunc habeatur; quippe non tam ad puniendos, quam potius ad continendos homines comparata, l. aut damnum 8. §. solent. 9. ff. de panis.

TITULUS III.

De Procuratoribus & Defensoribus.

SUMMARIA.

1. Quis olim, quis deinde, quis moribus nostris procuratorum usus sit? multa cum advocatis habent communia; an eorum munus nobilitati præjudicet?
2. Qui procuratorem dant; an minores, de statu suo litigantes, tutores, procuratores ante litem contestatam? Quid moribus?
3. An procurator, ad negotia gerenda datus, possit dare procuratorem ad litem?
4. Quis possit esse procurator ad litem? an infamis, miles, mulier?
5. An moribus uxor sine mariti consensu constitui ab extraneo possit procuratrix ad litem expediendam, promovendam?
6. An minor 25. annis possit esse procurator ad litem; an & defensor?
7. Firmatur divisio, qua procurator generalis vel cum libera, vel simpliciter constituitur.
8. Quos modis quis fiat procurator in rem suam? in quibus distet a simplici procuratore?
9. Constituitur procurator mandato, quo modo illud tum jure civili, tum moribus, interponatur?
10. Si constet deesse mandatum, procurator pro actore

- non admittendus. Si admissus de facto sit, an ratihabitione firmetur, qua per eum gesta?
11. Coniuncta persona an, & quando pro conjunctis agere possint sine mandato?
 12. Si constet de mandato, non cavendum de rato; secus si de eo dubitetur.
 13. Quis ferat impensas litis, si procurator egerit pro alio sine mandato, & succubuerit?
 14. Intervent procurator in causis civilibus, nisi iudex desideret ipsius litigantis presentiam; an tunc defungi possit mittendo procuratorem plenissimo mandato instructum? An & quando procurator in casibus reus criminis absens damari?
 15. Quid jure hodierno obtineat? a decreto citationis in persona (ut loquuntur) appellare non licet. In delictis levioribus talis citatio, aut persona presentia non decernenda.
 16. An in popularibus actionibus procurator admittatur?
 17. An procurator etiam in causa reconventionis defendere teneatur? Domino nocere dolam & negligentiam procuratoris: ipsum tamen actionem mandati indemnitatem consequi; quandoque etiam in integrum restitui.
 18. An procurator succumbens appellare & appellationem prosequi teneatur? quid moribus? an ad agendum datur transigere? aut aliam actionem, quam qua mandata, instituere?
 19. Jure Romano procurator ad lites litis contestatione sit litis dominus; & ut talis citatur, &c. An ante litem contestatam procurator rei invitatus cogi possit, ut litem suscipiat?
 20. In procuratorem fertur sententia; sed in bonis & ius executio non fit, exceptis paucis casibus.
 21. Morie procuratoris, vel mandantis, evanescit procuratoris officium. Quo modo tunc moribus mandatum novum interponendum sit?
 22. Cessat etiam renunciatio procuratoris ex justa causa; maxime si bona ejus, quem defendit, a creditoribus possideri ceperint.
 23. An mandatum procuratori ad lites datum revocari possit invito procuratore? quid moribus, quibus procuratores non fiunt liti domini? An, si in rem suam procurator sit? Quid si falsus sit procurator?
 24. An credatur revocatum prius generale mandatum, si dein speciale detur ad certum negotium? quid si mandet Mario negotium, quod prius Titio mandaverat?
 25. In quibus differat defensor a procuratore?

1. **P**ROCURATORUM, qui aliena negotia mandato domini administrant, vix ullus olim in iudiciis usus fuit; dum quisque suo, nemo alieno potuit nomine experiri, paucis casibus exceptis; sed cum & moribus, & ætas, & necessaria peregrinatio, & forensium negotiorum imperitia, alique multæ causæ sæpe hominibus impedimento essent, quo minus rem suam ipsi exsequi possent, per procuratores & agere ceperunt & actiones excipere, pr. Inst. de iur. per quos agere possumus; imo imposita fuit illustribus necessitas procuratorem pro se in iudicio constituendi, ne præsentia eorum & auctoritas liberam suffragandi potestatem adimat, l. quicumque 25. & auth.

Voet ad Pandect. Tom. I.

hoc jur. C. b. t. & licet olim ex privilegio Mariæ Burgundicæ Hollandorum litigantium arbitrio relictum fuerit, an per se, an per procuratorem in iudicio sua tractare vellent, tamen si nunc nostros spectemus mores, non potest quisquam suam in iudicio causam ipse curare, sed necesse est, ut in inferioribus iudiciis per procuratorem sua expediat; in curiis superioribus in majoris momenti causis Advocati simul & procuratoris, in causis vero levioribus, alterutrius opera utatur; ne magis ex negotiorum forensium imperitia, quam injustitia sua causæ succumbat, Instructio op. de vordernisse van de justit. voor den Hove van Holl. in kleyne saken, anno 1579. 21. Decembr. art. 23. Merula præf. lib. 4. tit. 36. cap. 1. num. 5. Groenewegen ad l. 26. Cod. b. t. Leeuwen censura forens. part. 2. lib. 1. cap. 5. num. 2. in med. ex qua eadem ratione & illud nunc obtinet, quod non promiscue quilibet in procuratorem eligi possit, nec privatum sit hoc officium (ut quidem apud Romanos) sed magis publicum; usque adeo, ut & certus in unoquoque tribunali constitutus inveniat procuratorum stili ac praxeos peritorum numerus, ad exemplum ejus, quod Romanis placuerat in advocatis, extra quos alii non admittuntur ad operam litigantibus in iudicio præstandam. Quæ etiam, licet dignitate ab advocatis distent, in multis tamen eodem cum illis censentur jure; in quantum in ingressu officii jusjurandum calumniæ tenentur præstare, & superioribus in curiis renovare quotannis, inviti quoque ad procuracionem præstandam cogi possunt, & salaria etiam non promissa pro modo litis & operæ ex curiæ cuiusque more ac præscripto exigere. Unde & quæ tit. 1. de postulando circa salaria, & coactionem dicta sunt, huc quoque pertinent. Vide instruct. Cur. Holland. art. 71. 75. 78. Andr. Gayl. lib. 1. observ. 43. 44. Zypeum notit. juris Belgici lib. 1. tit. de procuratoribus, Christinaum ad leg. Mechliniens. tit. 1. art. 47. Groenewegen ad l. 17. C. b. t. & ad d. tit. Instit. de iis per quos agere possumus, parentem p. mem. Paulum Voet ad tit. Instit. num. 2. Leeuwen censur. for. part. 2. lib. 1. cap. 5. num. 2. & 11. Imo, ut advocati officium obisse non præjudicat nobilitati, secundum traditam in tit. de postulando; ita nec nobilitatis jura extinguunt per id, quod quis in tribunalibus superioribus, quasi Principis consistoriis, procuratoris munere functus fuerit, plures tradiderunt, Andr. Gayl. d. lib. 1. observ. 43. num. 6. 7. 8. Andr. Tyraquellus de nobilitate cap. 30. num. 4. & seqq. Zypeum notit. juris Belgici lib. 1. tit. de postulando, versu, unde & hoc, Christinaus ad leg. Mechliniens. tit. 1. art. 47. n. 4.

2. Procuratorem constituere potest quilibet, sive paterfamilias, sive filiusfamilias in causis illis, in quibus agere ipse, vel conveniri potest, l. filiusfamilias 8. pr. ff. b. t. potuit etiam de statu suo litigans, sive in libertatis, sive in servitutis possessione fuisset, idque quantum ad alias actiones extra status controversiam intendendas aut excipiendas, l. servum 33. §. cum vero 1. ff. b. t. non vero ad ventilandam ipsam status controversiam, si fuisset in possessione servitutis; tunc enim potius ei ad libertatem proclamandum fuit, l. 1. C. de assertionem tollenda. Minores & impuberes non nisi tutore vel curatore auctore, l. neque tutores 11. C. b. t. ut tamen obtenta per procuratorem sine curatoris aut tu-

toris auctoritate constitutum victoria minoribus profutura sit, *l. non eo minus* 14. *C. b. t.* Tutores ipsos quod attinet, & curatores, ipsosque etiam procuratores, ac similes, cum hi ante litem contestatam neque rerum neque litis domini essent, & tamen ad procuratorem constituendum requireretur mandatum domini *l. i. ff. b. t.* etiam procuratores dandi potestate caruerunt: post litem plane contestatam id iis, utpote jam litis dominis ex contestatione factis, permissum fuit, *l. quod quis* 8. *l. neque tutores* 11. *l. nulla* 23. *C. b. t.* sed nostris ac aliorum moribus tutores & curatores etiam ante litem contestatam jure procuratorem in causis pupillaribus constituere receptum, & quotidianum est, Groenevvegen *ad d. l. 11. C. b. t. post alios ibi citatos*. Idemque est in procuratore ad lites dato: nam, cum id in procuratoribus ad negotia extrajudicialia receptum fuerit, ut alius substitui posset, *l. si procuratorem* 8. *§. si quis* 3. *ff. mandat.* & nunc per litis contestationem nullus procurator litis dominus fiat, sed tantum minister sit, nulla ratio est, cur non & ante litem contestatam ei substitutio permitteretur; etiamsi nulla substitutionis faciendæ potestas instrumento mandati comprehensa fuerit; ut tamen tutius sit, eam mandandi facultatem mandati literis insertam esse, Instruēt. Curiz Holland. *art. 90.* Curiz supremæ *art. 126.* Curiz Ultrajectinæ *art. 5. van procuratours art. 4.* Christinæus *ad leg. Mechliniens. tit. 1. art. 25. num. 8.* Simon van Leeuwen *cons. for. part. 2. lib. 1. cap. 5. num. 7.* licet in Germania etiamnum magis convenienter juri Romano obtineat, non nisi lite contestata procuratorem posse substituere, quoties non invenitur nominatim mandato datum substituenti jus, Berlichius *dec. 274. n. 6. 7. 8. & seqq.*

3. Illud dubio non caret, an procurator, instructus mandato ad negotia gerenda ac administranda, possit ad lites procuratorem constituere? Decisionem hujus quæstionis ex mandati amplitudine vel angustia dependere existimo. Si enim adeo restricta inveniat procuratoris ad negotia dati potestas, ut ipse administrandi solum, non vero litigandi & actionis movendæ facultatem habeat; frustra sane fuerit, plus juris in alium ex substitutione transferre desiderans, quam ipse habet, *arg. l. liberto* 31. *§. pen. ff. de negot. gestis*. Si vero liberior ei administratio concessa fuerit, sic ut & eadem ipsi permisa sint, quæ dominus ex utilitate fuisset facturus; nihil impedimenti est, cur non & procuratorem ad lites domini nomine movendas substituat; cum & ipse pro domino litigandi habeat potestatem, ex juris civilis & canonici dispositione, *l. procurator* 53. *ff. b. t. l. nam & nocere* 12. *ff. de pactis arg. l. creditor* 60. *§. ult. ff. mandati, cap. qui generaliter* 5. *de procuratorib. in 6.* & sistendi seu arrestandi jus tali competere procuratori plenius probatum sit *num. 33. tit. de in jus vocando*, Christinæus *ad leg. Mechliniens. tit. 1. art. 25. num. 7. 8.* Argentæus *ad consuet. Britanni, art. 97. not. 2. 1.*

4. Constitui procurator potest quivis non prohibitus, sive paterfamilias, sive filiusfamilias, *l. si iusfam. 8. in sine princip. ff. b. t. cap. qui generaliter* 5. *in med. de procurator. in 6.* Cumque vel ad extrajudicialia negotia procuratores de quibus dentur (alibi) vel ad lites, ad has constitui nequit reus

criminis, nondum purgata innocentia, *l. reum* 6. *C. b. t.* nec decurio, *l. si quis procuratorem* 34. *C. de decur.*, nec miles, nisi ad communia sui numeri negotia tractanda, quibus inoffensa militari disciplina superesse potest, *l. qui stipendia* 9. *C. b. t. l. filiusfamilias* 8. *§. veterani* 2. *ff. b. t.* nec infamis; ne novo quidem jure: quippe quo sola iussa est cessare exceptio infamis procuratoris, ne lis proteletur, infami interim per judicem repellendo, *§. ult. Instit. de exception.* quod & usus servat in illis saltem, qui publico munere procuratorum funguntur, Zangerus *de exception. part. 2. cap. 8. num. 101. 102. 103.* Andr. Gayl *libr. 1. obs. 43. n. 7.* nec femina, *l. 2. ff. de reg. juris. l. alienam* 18. *C. b. t.* nisi in rem suam, *l. quia absente* 4. *C. b. t.* aut pro parentibus suis ætate aut morbo impeditis, nec quemquam habentibus, qui pro iis experitur, *l. feminas* 41. *ff. b. t. Sande decisi. Frisic. libr. 1. tit. 3. defin. 4.* non item pro liberis; eo quod hisce satis per tutorem, jure ordinario petendum, prospici possit; at non ita ordinario jure parentibus, *d. l. alienam* 18. *C. b. t. l. liberto* 31. *§. pen. ff. de negot. gestis*. Ceterum uti usu fori expeditissimum est, nullam mulierem, nullumque militem durante militia posse solemnem ac statum procuratorem judicialium numero adscribi; ita ex adverso nihil vetat, quo minus & miles mandato generali cum libera, etiam litium exercendarum licentiam continente, vel speciali ad rem certam judicio persequendam, instruat a domino; dummodo ad ea, quæ publice in judicio peragenda sunt, vicaria procuratoris alicujus, in ordinem auctoritate publica cooptati, opera utatur; utpote quæ & quilibet alius masculis uti tenetur. Groenevvegen *ad l. 18. C. b. t.* adeo ut & uxorem mariti sui mandantis procuratricem eo modo ad lites esse posse, in aperto sit. Rodenburch *de jure conjugum tit. 3. cap. 1. num. 3.* Groenevvegen *d. loco*.

5. An vero & maritata mulier sine viri consensu litium alienarum procuratorem ex mandato extranei, cujus ea lis est, suscipere possit, sua non caret dubitandi ratione; si enim feminam viro junctam, & ex eo perpetuæ mariti tutelæ subjectam, ut simpliciter minorennem consideres, consequens fuerit, eam, licet suo nomine lites sustinere nequeat, sed vir pro ea, tamen pro aliis id posse, exemplo minorum, qui decimum & septimum impleverunt annum, (ut mox dicitur) & aliorum plurium, qui suo nomine in judicio stare prohibiti, alieno tamen nomine id jure agunt; sic ut exceptione procuratoria nequeant per adversarium mandantis repelli: quam etiam sententiam hoc ratiocinii genere tuetur Tyræquellus *de legibus connubial. glori. 5. num. 171. & multæ seqq.* Chassaneus *ad consuetud. Burgundia rubrica* 4. *§. 1.* in verbis, *contractus inter vivos, num. 24.* citati a Rodenburchio *traci. de jure conjug. tit. 3. cap. 1. num. 2.* Nec ullam animadverto rationem probabilem, cur ab hac sententia recedere voluerit Rodenburchius *d. loco*, ductus argumentis vix speciem quandam, pondus certe nullum habentibus. Nam si innuptam, si viduam, ex alieno mandato ad litium sufflamina & judiciorum prosecutiones faciendas habilem dicas, nec sexus verecundia adversari, si tales forensem sectentur turbam, adeant, compellant, litis promovendæ ac finiendæ causa; nec in viri dehonestamentum aut dedecus erit, si ista quoque uxor, se

licet inscio, tractet; cum non aliam in nuptis, quam virginibus viduisque, observandam decentemque sexui verecundiam requirere liceat aut invenire, nec probrosum esse queat in nupta, quod verecundia congruum in innupta habetur. Nam quod Constantinus in *l. maritus* 21. C. b. t. rescripsit, maritos posse sine mandato pro suis uxoris in lite subsistere; ne *femina litis persequenda obtentu in contumeliam matronalis pudoris irreverenter irruant*, & *conventibus virorum vel judiciis interesse cogantur*; non eo mulieres repulsæ sunt; sed sola maritis de pudicitia uxoris suæ forte formidolosis, data potestas subsistendi pro ea in iudicio, & ita efficiendi, ne ipsa cogatur judiciis interesse. At, instat ille, *interest mariti, non defraudari uxoris opera, quam domesticis illa rebus impendere addicta est*; id vero futurum, si judicialia posset sine mariti consensu negotia tractare, familiaribus neglectis. Verum quid quæso aliud inde, quam ut maritalis potestatis iure vir, si hanc alienorum curam, ab uxore susceptam, sibi gravem putet atque damnosam, impediat id ipsum, suamque domi uxorem contineat? Adversarium saltem ejus, qui mulieri hæc munda dedit, tangere nequit ea ratio, nec ei inde asseri jus aliquod repellendi exceptione procuratoria, lites protelante, talem mulierem, quamdiu vir ipse, cujus solus interest, haud intercedit.

6. Minorem annis viginti quinque, si modo annum impleverit septimum ac decimum, non magis a Procuratore munere, quam a postulando arceri, vel inde constat, quod olim ea ætate potuerit a domino minore manumitti servus procuratoris habendi gratia, §. *justa* 5. *instiit. quib. ex caus. manumitt. non liceat*, l. *si collectaneus* 13. ff. *de manumissis vindicta*. Nec est, quod *d. legor* de procuratore ad negotia interpreteris; cum ita nulla subesset justa causa manumittendi, per consilium ex dictamine legis Aeliz Sentia probanda: dum æque servos ac liberos, impuberes æque ac puberes, extrajudicialibus potuisse negotiis præfici, ex institutoribus tabernarum, & servis dominorum suorum actoribus atque dispensatoribus, in aperto est, l. *sed & si* 7. §. 1. & 2. l. 8. ff. *de instiit. actione*, §. *paria* 7. in fin. *Insti. de injuriis* l. *Lucius* 24. ff. *de positi*, l. *legato generaliter* 37. ff. *de legat.* 2. Neque metuendum fore, ut judicia redderentur elusoria; si forte minor annis viginti quinque, lite perperam administrata, restitutionem impetraret: cum enim ex ea lite sive bene sive male administrata nullum procuratori, sed tantum mandanti damnum imminet, dum executio sententia non in procuratorem, sed ipsum mandantem dirigenda est, l. *si re non* 4. ff. *de re judic.* vanus ille restitutionis metus est, nulla minoris læsione apparente. Neque contradicit hisce Jurisc. in l. *cum mandat* 24. ff. *de minoribus*; dum ait, lædi quandoque posse minorem procuratorem, si scilicet impensas servare nequeat ab eo, cujus procurator fuit, & ideo quoque restituendum esse. Etenim primo quidem lex illa non de procuratore ad lites, sed ad extrajudicialia negotia, debiti forte solutionem, agit. Sed & si de judiciali acciperetur procuratore, non redderetur iudicium illa restitutione elusorium; cum minor non veniret restituendus contra sententiam, quæ non minori, sed domino mandanti tantum obesse poterat; verum potius contra mandatum

susceptum, in cujus executione impensas faciens læsus erat, adeoque magis adversus factam a se impenditorum solutionem. Et quamvis jus canonicum minores annis 25. a procuratorio repellat munere, quantum ad negotia judicialia, cap. *qui generaliter* 5. in fin. *de procurator.* in 6. tamen id usu non servari verius est, dum etiam publico procuratorum ordini non minus, quam advocatorum numero, adscribi minores experientia testatur, Sande *dec. Frisic. libr. 1. tit. 3. defin. 3.* Ne dicam, hanc juris canonici dispositionem non aliunde, quam ex vetere communi interpretum errore suam traxisse originem; ut proinde nec mirum sit, errore hoc circa jus Romani placita nunc magis illustrata discussu, etiam displicuisse in foro hoc Bonifacii rescriptum. Aliter tamen sese res habet in defensoribus mandato destitutis; quippe qui suo cuncta periculo tractantes in iudicio, & sententiæ executionem patientes, d. l. 4. ff. *de re judic.* ejus debent ætatis esse, ut restitutio ex capite minorennitatis locum non inveniat, adeoque majores; ne aliquin & ipsis & fidejussoribus eorum per in integrum restitutionem succurratur, atque ita irrita redderentur judicia, l. *minor* 51. in princ. ff. *de procurat. & defensorib.* l. *exigenda* 12. C. b. t.

7. Est autem procurator alius generalis, alius specialis, quæ divisio ad extrajudicialia æque ac ad judicialia negotia pertinet. Specialis dicitur, qui ad certam causam vel actum expediendum datus est. Generalis, cui omnia negotia gerenda sunt demandata. Et hic iterum vel *cum libera administratione* constituitur, vel simpliciter, non addita liberæ administrationis potestate. Cum libera quidem administratione datus omnia fere potest, quæ ipse dominus; sic ut non modo urgente necessitate, sed & suadente domini mandantis utilitate, res domini alienare possit, & in accipientem dominum transferre, l. *creditor* 60. §. ult. ff. *mandati*, l. *procurator* 53. ff. b. t. §. *qua ratione* 43. *Instiit. de rerum divi.* l. *qua ratione* 9. §. *nihil* 4. ff. *de acquirendo rerum dominio* (unde & plene ei mandatum dicitur in d. l. 60. §. ult. ff. *mandat.*) sola donationis licentia ei denegata; cum donare potius sit perdere, quam administrare, l. *contra juris* 28. §. ult. ff. *de pactis*, l. *filiisfamilias* 7. pr. & §. 3. & §. *pari autem* 4. ff. *de donat.* At is, cui simpliciter res administrandæ mandatæ sunt, nec mobilia, nec immobilia, nec servos, sine speciali domini mandato alienare potest, exceptis solis fructibus & aliis rebus, quæ facile corrumpi possent, l. *procurator tutorum* 63. ff. b. t. Frustra ad subvertendam hanc procuratorum divisionem allegatur, eum, qui administrationem habet, alienare posse, l. *pen. §. sed & si* 3. ff. *de divort. temporal. præscript.* non amplius posse eum, cui libera administratio concessa est, l. *si convenerit* 18. §. ult. l. 19. ff. *de pignorat. act.* l. *filiisfam.* 7. ff. *de donation.* l. *contra* 23. §. ult. ff. *de pactis* l. *si pater* 12. ff. *qua in fraud. credit.* l. *si quis hac* 41. §. 1. ff. *de rei vind.* l. *si in servus* 14. ff. *de acquir. vel amit. poss.* l. *si liberam* 10. C. *quod cum eo, qui alien. potest.* l. *sicut re* 8. §. *an pacisci* 5. ff. *quib. mod. pign. vel hypoth.* l. 1. §. 1. ff. *qua res pign.* Considerandum enim, in servis ac filiisfamilias, concessionem administrationis circa peculium; & libera administra-

tionis, idem valuisse, *l. naturaliter* 13. ff. de condic. indeb. junct. d. l. si convenerit, 14. §. ult. & l. 19. ff. de pignorat. atq. nam, cum eo ipso, quo peculium iis concessum erat, illud simpliciter administrare ipso jure potuerint, cum illud vel ignorante domino acquirerent, *l. quam Taberonis* 7. §. 1. l. non solum 49. ff. de peculio, & contrahendo dominum obligarent, invitum quocque vel ignorantem, peculio tenus, ex certis juris principiis; ac alteri tanquam procuratori possent mandare peculii administrationem, *l. servum* 33. ff. b. t. necesse erat, ut, data per patrem dominumve administratione, non alia quam libera administratio intelligeretur: ne alias illud tantum videretur ipsis datum, quod & sine datione competeat ipso jure. Quæ cum aliter in procuratore se habeant, ab illis ad hunc non recte argumentum fit. De cetero inter administrationem distinctum a nostri juris auctoribus fuisse, ac plus potuisse illos, qui liberam, quam qui non liberam habebant seu simplicem bonorum administrationem, vel ex ipsis illis legibus, quæ de servorum filiorumque familias peculii agunt, ac supra adductæ sunt, evinci potest; dum non probabile, tot locis libera administrationis mentionem esse, si non & alia administratio non libera esset. Sed nec illud in contrarium movere debet, quod, quæ uno in loco tribuuntur procuratori generali cum libera, eadem alibi permissa inveniuntur procuratori generali mandatum habenti, absque ulla libera administrationis mentione: ita procuratorem generalem cum libera solvere posse & exigere, adeoque etiam judicio experiri; & alienare, vendendo, aliud pro alio permutando, *l. procurator*, cui 58. l. 59. ff. b. t. l. quæ ratione 9. §. nihil 4. ff. de acquir. rer. domin. §. quæ ratione 43. Inst. de rer. divis., eadem posse eum, cui universorum administratio commissa, absque ulla libera administrationis mentione; veluti solvere, *l. quodlibet* 67. ff. de solution. l. si procurator 6. ff. de condic. indeb. iudicium movere, *l. sed si unus* 17. §. procuratorem autem 16. junct. §. 15. ff. de injuriis, alienare fructus & alias res, quæ facile corrumpi possunt, *l. procurator tutorum* 63. in fine ff. b. t. Scilendum etenim, negari non posse, quin multa sint communia procuratori generali cum libera, & ei, cui simpliciter universorum administratio sine libera adjectione demandata fuit; adeoque verum esse, quod uterque & solvere possit, (sicut utrique etiam solvi potest, *l. vero* 12. l. qui bonum 34. §. si Titium 3. ff. de solution.) & exigere iudiciumque movere, & alienare ex quadam necessitate fructus aliasque res, quæ facile corrumpuntur: sed id non impedire, quo minus in aliis differentia sit. Quæ ratione procurator generalis cum libera alienare potest, non modo ex necessitate res facile corrumpendas, sed etiam alias quascumque permutando, vendendo, negotiando, aliis modis operando ad domini mandantis utilitatem: si modo id agat, ut administrandi animo, & ex bona fide, non fraudulenter alienet, ut ante dictum ex *l. creditor* 60. §. ult. ff. mandati, *l. procurator* 58. ff. b. t. contra vero generalis sine libera, cui res administranda data sunt, hac regula regitur, quod res domini neque mobiles, vel immobiles, neque servos, sine speciali domini mandato alienare possit, sed tantum fructus aut alias res, quæ facile corrumpi

possunt, d. l. ff. b. t. Ille res domini mandantis potest pignori obligare bona fide pro debitis ejus, quoties id exigit utilitas domini, arg. d. l. 60. §. ult. ff. mandati, *l. si convenerit* 18. §. ult. l. 19. ff. de pignorat. atq. Hic demum pignori obligandi potestate gaudet, si ei universorum bonorum administratio permissa sit a tali, qui sub pignoribus solebat mutuas pecunias accipere, *l. solum* 11. §. ult. l. 18. ff. de pignorat. atq. Adeoque ex quadam necessitate, dum domini talis conditio erat, ut nasci sine pignore creditum non posset; quippe quod non facile datur ab eo, qui sine pignore fidem invenit apud creditores. Ad hoc ille iusjurandum deferre potest, *l. iusjurandum* 17. §. ult. ff. de iurejurando. Ex eoque fundamento etiam transigere; tum quia iusjurandum vicem transactionis obtinet, *l. 2. §. 1. ff. de iurejurando*; tum quia plus est, iusjurandum deferre posse, quam transigere; dum & illis, quibus iusjurandi delatio denegata fuit, transactio nihilominus, bona fide facienda, concessa est, puta, administratoribus rerum civitatis, *l. iusjurandum* 34. §. defensor 1. ff. de iurejurando, junct. l. preces 12. C. de transact. Adde *tit. de transact. n. 2.* Hic vero neque transigere potest, neque per consequentiam argumenti superioris iusjurandum deferre, *l. mandato generali* 60. ff. b. t. Quo modo etiam procurator fisci, qui generale quidem mandatum, sed non plenum cum alienandi potestate habet, nihil agere dicitur, quoties venditionis aut transactionis causa quid agit, *l. 1. §. 1. de offic. procurat. Caesaris*. Et quamvis in d. l. 17. §. ult. ff. de iurejurando scriptum sit, procuratorem iusjurandum deferre posse, si universorum bonorum administrationem sustineat, nulla libera administrationis mentione injecta; tamen illum locum, qui Pauli est, de eo, qui liberam administrationem habet, accipi oportere, necesse est; cum idem Paulus tradiderit, mandato generali non contineri transactionem decidendi causa interpositam, d. l. 60. ff. b. t. quæ duo consistere simul non possent secundum ante dicta; nisi d. l. 17. §. ult. acciperetur de eo, qui plenum, adeoque generale cum libera mandatum habet. Nec recte exceperis, etiam procuratorem generalem sine libera transigere posse, quia ei solvi potest, *l. rescriptum* 10. §. ult. l. 11. 12. 13. ff. de pactis, uti id de solutione jam supra monuit. Non enim in d. ll. transactionem, sed pactionem ei, cui & solvi potest, permissam lego: a paciscendi vero licentia ad transigendi facultatem argumentatio effeæ non est. Jure namque paciscitur etiam simplicem, non liberam, habens universorum administrationem, sic ut & paciscendo possit domino nocere, secundum d. ll. quia si pacto, non de dubiis, sed ceteris negotiis interponi solito, nocuerit domino; regressus per actionem mandati domino læso competit ad indemnitatem. At non transigit nisi qui generale mandatum cum libera habet; quia transactione per eum bona fide facta super re dubia litæ incerta, sine juris liquidi remissione, apparere non satis potest damnum transactione illatum, argumento eorum, quæ de transactione, ob enormem lesionem non rescindenda, traduntur in *tit. de transact. num. 24.* ideoque nec ulla mandati actio domino ad indemnitatem ex ea causa videri potest comparata esse: unde nec credendum, mandantem illis omni-

bus, quibus paciscendi licentiam dare voluit, etiam transigendi potestatem concedere voluisse, quippe adversus paciscentes quidem, at non ita contra transigentes, regressum habiturum. Leve vero est, quod in Basilicis textus Græcus legis 53. ff. b. t. non habeat verba libera administrationis, aut similia, cum & alia plurima in istis libris prætermittenda sint, auctoribus versionis Græcæ compendio verborum passim studentibus.

8. Est & procurator in rem suam; qui scilicet negotia expedit non ad mandantis, sed propriam utilitatem, l. si se non h. pr. ff. de re judicata, l. quia abiente 4. C. b. t. l. iurjurandum 17. §. ult. ff. de iurejur. sive ei actiones mandata seu cessa sint, quibus deinde tanquam actor experiatur, d. l. 4. C. b. t. tot. tit. ff. & Cod. de hered. vel act. vendita, sive se pro reo liti obtulerit, & in se transtulerit periculum iudicii, d. l. 4. ff. de re judicata, l. sed & si 25. §. item si rem 17. in med. vers. quid tamen, ff. de pret. hered. l. si actor 29. ff. b. t. l. quia etiam 5. §. ult. ff. de alienat. iudicii mus. causa, sive denique conventos fidejussor aut constitutor reum principalem, pro quo intercessit, constituat procuratorem, ut ab eo defendatur; cum & talis suo periculo defendat, l. licet 42. §. ea obligatio 2. ff. b. t. l. idemque 10. §. generaliter 12. ff. mandati. Ut tamen inter hos nonnulli intersit; nam cum alius mediante actionis cessione, in prioris ius agendi habentis locum substituitur, id etiam invito & prohibente debitore fieri potest, l. nominis 3. C. de hered. vel act. vendita, l. 1. C. de novationibus. At cum pro debitore alius sese offert in iudicio ex debitoris voluntate, non ut nudus defensor rei, sed ut talis, in quem redundaret onus & executio condemnationis, subdūto & liberato principali debitore; non nisi actoris consensu concurrente id fieri posse, verius est; ne alius minus idoneus pro idoneo obtrudatur invito: ideoque, si actor malis dominum potius convenire, quam eum, qui in rem suam procurator est, dicendum est, id ei licere. Ita Ulpianus in d. l. si actor 29. ff. b. t. arg. l. ratio 2. C. de hered. vel act. vendita. Quibus non obest vulgata regula, qua actori non debet licere, quod reo non permittitur, l. non debet 41. ff. de regul. juris. Fallit namque axioma illud illis in casibus, quibus alia debitoris, quam creditoris ratio est: quod hic obtinet; cum debitor alium suo loco in idoneum substituendo, deteriorem reddere posset creditoris conditionem: at debitor semper eodem modo liberetur solvendo ante & post cessionem; nec ejus causa deterior cessione fiat. Ceterum distat procurator in rem suam a simplicis procuratore, non in eo tantum, quod in rem suam constitutus in iudicio ad propriam subsistat utilitatem, & si reus sit, in eum detur iudicati actio, l. si se non h. ff. de re judicata, sed & quod sumptus suo proprio litem exerceat; cum ex adverso simplex procurator litigat ipsius domini mandantis impensis, Ant. Matthæus de audition. lib. 2. cap. 5. n. 24. in fine.

9. Ad constituendum procuratorem mandato opus est, eoque vel expresso per literas, aut per nuncium, aut apud acta prasidis & magistratus interposito. Paulus recept. sens. lib. 1. tit. 5. vel tacito; quale tacitum mandatum licet non colligatur ex solo silentio ejus, cui mandatur, l. filiusfamilias 8. §. inter l. ff. b. t. tamen ex silentio presentis & sua ne-

gotia geri scientis intercessisse præsumitur, sic ut, cuicumque permiseris rem tuam agere aut defendere, is tuus procurator intelligatur; §. procurator 1. Inst. de iis, per quos agere poss. arg. l. si remunerandi 6. §. si passus 2. l. qui patitur 18. ff. mandati, l. si fidejussor 6. C. cod. tit. sed usu invaluit, dubitationis cunctis tollendæ causa, ut mandata procuratorum ad lites instrumentum publico perscripta edantur sive coram tabellione & testibus, sive (ut Geldri & Transilvani & Hrabantini requirunt) apud acta confecto; Zypæus notit. jur. Belgici lib. 1. tit. de procuratoribus circa princip. Parens p. mem. Paulus Voet de statutis sect. 10. num. 11. vers. hinc etiam, & ad §. ult. Inst. de iis, per quos agere possumus, n. ult. Sim. van Leeuwen cens. forens. par. 2. lib. 1. cap. 5. num. 8. quibus consequens est, ut per testes mandatum ad lites hodie non recte probetur, ne dum testium examine & dilationibus tempus assumitur, interim negotium principale præteletur. Vide Mascardum de probation. conclus. 1014. ver. mandatum probetur nec ne per testes.

10. Non ergo ad iudicium quisquam tanquam procurator pro actore admittendus est, si constet, eum mandato carere, etiamsi de rato cautionem obtulerit; quod & hodie obtinere tradit Groenewegen ad §. 3. Inst. de satisfactione, sic ut vel tacente adversario, iudex illud exigat, & si falsus procurator inveniat, eundem repellat, nec controversiam per eum tractari patiatur, l. licet 24. C. b. t. etsi enim in penam contumaciter non caventis de damno infecto constitutum inveniat, quod cavere detrectans nequeat procuratori, cautionem pro alio exigenti, procuratoriam opponere exceptionem, l. inter quos 39. §. alieno 3. ff. de damno infecto; id tamen non impedit, quo minus iudex ex officio repellat eum, quem deprehenderit mandato carere. Quod si quis, cum mandato careret, ac de illo constaret mandati defectu, admissus nihilominus fuerit, iure nullum est, quicquid a falso procuratore gestum fuerit, d. l. licet 24. C. b. t. nec confirmatur sententia ratihabitione ejus, pro quo lata; utpote qui ius obijciendæ sententiæ nullitatem, adversario semel quæsitum, ratihabitione sua auferre nequit. Licet enim ratihabitio similis habeatur mandato, ac retrahatur prorsus & confirmet jam gesta, l. ult. Cod. ad Senatuscons. Macedon. l. semper qui 64. ff. de regul. juris; non tamen id procedit, si per eam adimeretur tertio ius quæsitum; sed demum, cum sibi soli quis sua præjudicat ratihabitione. Sic etenim, cum & bonorum possessio pro altero petita esset sine mandato, ratihabitio interponi non potuit post lapsum istius diei, intra quem fuerat bonorum possessio petenda; non alia, ut opinor, de causa, quam quod sequenti jam gradui post lapsum diei coperat locus esse, cui proinde quæsitum pratoris hereditatis petendæ ius ratihabitione intempestiva non fuit tollendum, l. bonorum 24. ff. rem ratam haberi. Plane, si contra falsum procuratorem lata fuisset sententia, nihil obstaret, quo minus eam dominus suæ posse ratihabitione confirmare, cum ita suo tantum iuri renunciaret: quam etiam ratihabitionem vel ex eo colligere licet, si a sententia, contra falsum procuratorem dicta, dominus ad superius appellaverit tribunal, l. cum minor 5. §. ult. ff. rem ratam haberi. Quemadmodum etiam pendente adhuc ince-

to litis eventu ante sententiam dominus rata habere potest a falso procuratore gesta; dum necdum ullus jus est quæsitum, adeoque nec ratihabitione tunc interposita quicquam videri possit adversario ademptum, *l. licet verum 46. ff. de judiciis*. Sic ut & tacita hic possit ratihabitione sufficere, dum dominus eam litem, quam procurator inchoavit, ultra persequitur, *l. non tantum 5. ff. rem ratam haberi*, Fachineus *controver.* lib. 8. cap. 61. Mynsingerus *cont. 1. observ.* 44. Ant. Faber *Cod. lib. 2. tit. 8. de procuratoribus, definit.* 10. num. 4. in *notis*, Berlichius *part. 1. conclus. practica.* 14. num. 121. & multis *seqq.* Andr. Gayl. *lib. 1. observ.* 47. n. 3. qui postremus, licet in Camera judicatum narret, ratihabitionem omni in casu post sententiam debuisse admitti, *d. obs.* 47. num. 5. debiliora tamen ejus fundamenta esse, ex supra dictis colligi potest: nam etsi quidam sit negligentia ejus, qui minus diligenter de mandato inquirens, falsum procuratorem adversus se in judicio subsistere passus est; major tamen cum sit ipsius falsi procuratoris culpa, absorbetur illa levior negligentia per falsi procuratoris culpam majorem.

11. Conjunctis tamen personis hoc datum fuit, ut etiam sine mandato agere volentes pro conjuncta persona admittantur: quales sunt liberi, parentes, fratres, affines, liberti, *l. sed & ha 35. ff. b. r. l. exigendi 12. C. b. r. l. si quis apud 3. §. sed forte 3. ff. judicatum sibi*. Instructio Curiz Brabant. *art. 525.* Christinus *ad Leg. Moschii. tit. 1. art. 25. num. 13.* & *seqq.* maritus pro uxore, *l. maritus 21. C. b. r. l. ult. Cod. de pactis conventis*, consors quoque ejusdem litis pro ceteris consortibus, si prius hi litem contestati fuerint; non vero ante litem contestatam, *l. commune 2. C. de consortibus ejusdem litis*. Dūmodo hæ personæ de raro cautionem interponant, *l. d. 21. C. b. r. l. 2. C. de consort. ejusdem litis, l. si autem 8. pr. ff. de negotiis gestis*, excepto marito nomine uxoris paraphernalia exigente, qui ne cautione quidem de rato onerandus, *d. l. ult. C. de pact. conventis*. Modo etiam in plerisque his casibus voluntas ejus, pro quo conjuncta persona experiri vult, non sit contraria, *l. Pomponius 40. §. ult. ff. b. r.* Unde, licet maritus pro uxore recte agat sine mandato; tamen, si uxor negotium certum certamve litem marito mandaverit, quia hoc ipso tacite prohibuisse videtur, ne is alia tractaret, ideoque etiam id solum exsequi debuit, quod procuratio emissæ præscripsit, *l. maritus 21. in fin. C. b. r.* Modo denique de ordinariis juris remediis & actionibus intentandis questio sit: nam si extraordinarium foret implorandum in integrum restitutionis auxilium, aliudve simile, nulli præter patrem pro filio illud licet absque mandato implorare, cognatis ceteris & affinibus non aliter, quam concurrente ipsius restituendi voluntate, *l. patri 27. in princ. ff. de minor. 25. annis*.

12. Quod si de mandato procuratori dato constet, superflua est de rato cautio, *l. r. C. b. r. l. si procuratorem 65. ff. b. r.* nisi mandatum sufficiens non sit, dum forte generale est, cum speciale requireretur, velut in operis novi nuntiatione, *l. de pupillo 5. §. qui procuratorio 18. l. cum procurator 13. ff. de operis novi nuntiatione*, restitutionis petitione, *l. quod si de 26. ff. de minorib.* Sed si de mandato du-

bitetur, admittendus ita demum fuit procurator, si caverit de rato, *l. r. C. b. r.* Atque ita, licet in Hollandia vicinisque locis non nisi mandato legitimo instructi procuratores publici pro auctore vel appellante litem inchoare possint, *Instruct. Curiz Holl. art. 52.* Curiz supremæ *art. 169. reglement op de expedite van justitie voor de Hoogen Rade 7. Junii 1653. art. 20.* tamen, si mandatum aliquo ex parte defectu laborare deprehenderetur, veluti non solemniter, sed privata tantum epistola comprehensum, aliore aliquo modo imperfectum; admitti interim eos pro domino, sub cautione de mandato pleniore ac legitimo exhibendo cum ratihabitione auctorum, testatur Loeuwen *centur. forens. part. 2. lib. 1. cap. 5. num. 4.*

13. Quibus autem in casibus conjunctæ personæ sine mandato admittuntur, secundum jam dicta, vel publici procuratores destituti mandato, sese sistunt & actionem intentant aut appellationem prosequuntur; si quidem succumbant, ac in expensas condemnentur, ipsi ferunt; nec a conjunctis personis, aliisve, pro quibus egerunt, repetendi jus habent, arbitraria insuper pœna coercendi, si publico procuratoris munere fungentes pro extraneis sese ita obtulerint ad agendum, *arg. l. si se non 4. ff. de re judicata*, *Instruct. Curiz Holl. art. 52.* Jacobus Coren *observat. 3.*

14. Intervenire potest procurator in omnibus causis civilibus, nisi circumstantiæ exigant ipsius domini præsentiam, *l. in pecuniariis 36. C. b. r.* & hoc iudex decernat: adeo ut, reo se non sistente, iudex iteratq. eum citari jubens, carceris comminationem addere possit in contumaciæ casum; suadente id non tam iudicii & propositæ actionis qualitate, quam potius neglecta ac spreta jus dicentis auctoritate, cui omni modo parere oportuit; ut ait Ant. Faber *Cod. lib. 2. tit. 2. definit.* 10. Joh. Papon *lib. 24. tit. 3. arrest.* 9. Alphonsus de Azevedo *ad constit. reg. Hisp. lib. 4. tit. 3. leg.* 15. num. 2. Quo tamen casu defungi videtur reus, si plenissimo mandato munitum miserit procuratorem, & ita instructum, ut præsentiam mandantis supplere queat, & ea agere, dicere, fateri, quæ mandans, si præsens esset: nisi & tunc aliter ex causa iudex decernat. Jason *ad d. l. 26. C. b. r. n. 5. 4. 5.* Barbosa *in collectaneis Cod. ad d. l. 26. n. 5.* Azevedo *d. loco*. In causis vero criminalibus non admittitur procurator: sive ex parte rei, ne reo absente judicia redderentur elusoria; sive ex parte accusatoris, ob eandem rationem, si ob crimen non probatum vi inscriptionis subijcendum esset talioni, *l. pen. §. 1. ff. de publicis judiciis, l. 1. ff. an per alium causa appell. reddi poss.* Paulus 5. *sentent. tit. 16. §. 11.* nisi illustris agat aut conveniatur; vel uxor ejus aut liberi vivente patre vel marito, *§. in summa 10. Instit. de injuriis, l. ult. C. de injuriis*, vel alleganda tantum sit justa absentis causa, *absens reus 71. ff. b. r. d. l. pen. §. 1. ff. de public. judic.*, vel denique reus absens condemnari possit, *l. serorum quoque 33. §. publice 2. ff. b. r.* in qua lege sine urgente ratione Cujacius pro innocentiam substituit *absentiam*; cum regula vera sit, ubicunque absens damnari potest, ibi quemvis verba pro eo facientem & innocentiam excusantem audiendum esse. Defendi vero potest absens, & ita pro eo procurator intervenire, primo quidem, si

lis cum ipso reo presente contestata fuerit; ac de tempore illo, quod litis contestationem sequitur, accipienda est regula verbis paulo generalibus tradita in l. reos 3. C. de accusation. reos scilicet capitalium criminum absentes etiam per procuratorem defendi posse, ex iudiciorum publicorum lege; uti & quod traditum in l. lege Cornelia 4. §. idem 2. ff. ad leg. Cornel. de sicar. in absentes, qui spadores fecissent, tanquam lege Cornelia tenerentur, pronuntiandum esse. Si enim ab initio absentes fuerint, ne accusari quidem eos absentes potuisse, rescriptum est in l. si quondam 15. C. ad leg. Jul. de adulter. sed tantum requiri debuisse patet ex l. 1. & tot. ff. de requir. reis & absent. damnand. &, si maxime ab ipso initio presentes fuerint, & crimen contra eos presentes inchoatum sit, eos quidem absentes in numerum reorum referri posse rescriptum fuit l. adulteram 13. C. ad leg. Jul. de adulteriis, sed tamen & in numerum reorum jam relatores absentes defendi non potuisse, Papinianus respondit l. miles 11. §. ea, qua 2. ff. ad leg. Jul. de adulter. Lite ergo demum contestata, si forte non carceri fuerint inclusi rei, sed vel fidejussoribus commissi, vel nudae suae repromissioni, procuratorum ope eos defendi potuisse absentes existimo. Neque quicquam adversus hanc, & receptam d. l. 35. §. 2. lectionem (quae & in Basilicis servatur) facit, quod illic dicitur innocentia excusari, quasi nulla innocentiae, sed absentiae excusatio sit. Etenim innocentiam excusare nihil aliud est, quam pro innocentia rei accusati verba facere, ipsumque a criminis insimulatione excusare, & ut innocentem tueri. Neque insolitum prorsus Ulpiano est, etiam durioribus uti loquendi modis, quos justa interpretatione si non adjuveris, vix ab ineptia Jurisconsultum excuses: quid enim, obsecro, durum est, si non illud, quod idem dixit; fidejussi pro te, & solvi, mandati te si condemnaveris, famosum facio? l. furti 6. §. mandati 5. in fine ff. de his, qui non infam. nam nec fidejussor damnare poterat, nec famosum facere iudicis erat; fidejussor petebat atque impetrabat damnationem, non ipse damnabat. Quae ideo tantum noto, ut pateat, quam male ob duriores loquendi rationem ad emendandi remedia mox recurratur. De cetero, non de sola absentiae excusatione, sed de defensione respectu criminis ipsius impacti, Ulpianum in d. l. 35. §. 2. tractare, non una ratione evincitur: primo namque id ex praemissa in d. §. 2. in pr. regula, quod publice utile sit, absentes a quibuscumque defendi, non inepte colligitur, quam generaliter conceptam, de defensione ratione litis principalis intelligi oportere, patet ex l. exigendi 12. C. b. i. §. si vero reus 5. Instit. de iurisdic. Sed & secundo generalis assertio, quod & in capitalibus defensione deus, id satis evincit; cum sola absentiae excusatio non nisi improprie defensio sit, magisque ad defensionis faciendae tendat dilationem. Quibus accedit pro recepta lectione, quod Ulpianus in d. l. 35. §. 2. provocat ad rescriptum Imperatoris Alexandri Severi, sub quo floruit; quod in l. 3. C. de accusationibus propositum, nullam absentiae mentionem habet, sed definit, reos capitalium criminum absentes etiam per procuratorem defendi, leges publicorum iudiciorum permittunt; quae verba generaliora sunt, quam ut ad nudam restringerentur absentiae

excusationem. Denique id ipsum recte ex Ulpiani restricta petieris locutione in d. l. 35. §. 2. non enim generaliter ait, semper & omni casu; pro reis absentibus innocentiam excusari posse; sed cum limitatione, ubi quis absens damnari potest: quia supervacua prorsus fuisset, si de sola absentiae excusatione definitionem Ulpianus proposuisset; quia & tunc, cum necdum absens damnari potest, cum necdum lis est contestata, ac tantum requiritur reus absens gravioribus in criminibus, absentiae justa ratio per alios allegari potest, ut a contumacia excusatur, & bona ob absentiam in fisco non coguntur. Quo modo generaliter absens reus causas absentiae per procuratorem reddere potest, l. absent. 71. ff. b. t. & licet secundum Papinianum, in l. accusatore 15. §. 1. ff. de public. iudiciis, ad crimen iudicii publici persequendum frustra procurator interveniat, multoque magis ad defendendum (scilicet ante litem contestatam secundum ante exposita) excusationes tamen absentium ex Senatusconsulto iudicibus allegantur; & si iustam rationem habeant, sententia differtur; non ea, quae condemnationem vel absolutionem a crimine complectitur, sed quae post annum bona absentium in fisco coguntur ex praescripto, l. 2. & ult. ff. de requirendis reis vel absent. damnand. Ut proinde aliud in innocentiae defensione, aliud in excusatione absentiae servetur, quarum illa non nisi post litem contestatam, ex quo absens damnari potest, in capitalibus admissa est; haec vero & ante & post litem contestatam locum invenit, d. l. 15. §. 1. junct. l. inter 10. ff. de public. iudiciis. Sed & secundo absentes condemnari, atque ita per procuratorem defendi possunt, si poena intra relegationem ex crimine imponenda sit, ut puta, infamia, pecuniaria poena, bonorum omnium aut partis publicatio, l. 1. ff. an per alium causa appellat. reddi possint, l. absentem 5. ff. de panis. Nec huic contrarium est, quod domino permisso dicitur pro suo servo ad bestias damnato provocare, & per procuratorem reddere provocationis causas, l. Lucius 18. ff. de appellation. cum id in servis criminis reis singulare sit, quod per procuratorem domini aequae ac per dominum possint defendi, l. servus 11. ff. de publicis iudiciis, l. si non defendantur 19. ff. de panis, l. si quidam 2. C. de accusationibus. Cum autem in d. l. 1. ff. an per alium causa appellat. ambigua sit verborum illorum sententia, sed & si ea causa sit, ex qua sequi solet poena usque ad relegationem, non oportet per alium causas agi; sed ipsum adesse auditorio debere sciendum est, utrumne excludant an includant relegationis poenam; pendere existimem totam huius dubii resolutionem ex eo, utrum relegatio in absentem constitui possit, nec ne. Et quia duo relegationum genera esse Ulpianus monet in l. relegatorum 7. ff. de interdictis & relegatis, alteram, qua in insulam quis relegatur, alteram, qua ei provinciae interdictur, non etiam insula assignatur; non ineptum fuerit, in illa quidem relegatione, qua certa assignatur insula, procuratorem excludere; eo quod non magis haec, quam alia quavis corporalis aut capitalis poena in absentem efficaciter decerni potest: at in ea, qua interdictur simpliciter provinciae, procuratorem pro eo intervenire, nihil vetat; cum hoc relegationis genus aequae ac infamia aut poena pecuniaria in absentem decer-

ni queat, & executionem habere; quo casu reum ipsum ex necessitate juris non debere auditorio adesse, docet d. l. 1. Confer aliorum opiniones enarrantem Ant. Matthæum de *crimin. libr. 48. tit. 13. cap. 4.*

15. Nec longe ab hisce Romani juris principis recedunt hodierni mores, quibus obtinuit, procuratorem in causis criminalibus non posse pro reo intervenire, nisi hoc specialiter a iudice fuerit impetratum; sed reus ipse citatus, ut corpore præsens sit, (*gedaagde in persoon*) etiam sese præsentem sistere debet, donec necessitatem præsentis ei petenti iudex remiserit. Ut tamen præsens ipse Advocati opera aut procuratoris ministerio uti, ex iudicis concessionem possit, dum forte negotiorum forensium imperitus est. Et hac ita, si de crimine criminaliter & extra ordinem accusatio fiat. Simon van Leeuwen *consul. forens. part. 2. lib. 2. cap. 2. nu. 3. 4. & seqq.* Merula *praxi libr. 4. tit. 36. cap. 1. numer. 4. 5. 6.* Petrus Vromans *tract. de foro competente libr. 2. cap. 4. n. 3.* Wassenaar *pract. judic. cap. 27. n. 4. 6. 8. 9. 18.* Adeo vero parendum isti iussioni iudicis, ipsius rei præsentiam injungentis, ut nec appellari a tali decreto in Hollandia possit, juxta instructionem Curiz Holland. *art. 217.* Considerandum interim, non ita facile a iudice concedendum esse illis, qui officii nomine accusant & criminum penas persequuntur, ut extra ordinem accusationem moveant; sed demum, si convenienter Romano juri pena corporalis irroganda sit, vel ad carceres, aut triremes, aut ergastula condemnatio, probato crimine, probabiliter est secutura. Nam si pecuniaria aut infamiz, vel relegationis (quæ nunc non ad certum locum fit, sed proprie certorum locorum interdictio est) pena placendus veniret convictus confessusve reus, non nisi ordinario modo de crimine apendum foret, neque tunc reus etiam absens prohibendus est procuratoris auxilium suam causam tueri: sicut & in persona citatis liceat ante sistendi diem petere licentiam sese per procuratorem defendendi, remissa præsentis necessitate. Vide Wassenaar *pract. judic. d. cap. 27. numero 6. & 14.* Leeuwen *consul. forens. d. part. 2. libr. 2. cap. 2. numer. 9. 10.* Jul. Clarus *libr. 5. recept. sentent. §. fin. quest. 23. n. 1. & quest. 32. fere per tot.* Farinacius *quest. 99. n. 66.* 67. Responsa Jctor. Holl. *part. 3. vol. 1. consil. 140. & part. 5. consil. 34. pag. mihi 122. in med. & prolixissime Menochius de arbit. judicium lib. 1. quest. 80.* Et est profecto, quod subinde doleas merito, non modo per invereundas delictorum minimorum exaggerationes ab illis factas & arte confictas, qui nomine publico accusantibus a consilio sunt atque ministerio, indeque subsecutas incarcerationis aut in persona citationis comminationes, viam pandi ad concussionem & nimias ac iniquas, nec delicti levitati satis convenientes pecuniarum extorsiones: sed & iudices ipsos quandoque nimis faciles existere in admittendis hisce extra ordinem movendis accusationibus, & vel apprehensione vel citatione personali decernenda.

16. Populares quod attinet actiones, in iis pro reo quidem procuratorem jus Romanum admisit, non vero pro actore; nam cum in hoc actionum genere cuilibet ex populo competat agendi potestas, nec minus mandatario, quam mandanti; non visum fuit,

alieno nomine agentem audiri, cui suo proprio nomine datum erat a lege experiundi jus; nisi in populari actione contendere cupiat, cuius privatum interest; tunc enim non quasi popularis, sed quasi privatæ actionis, procuratorem constitui posse responsum est l. licet in 42. l. non cogendum 45. §. 1. ff. b. t. l. qui populari 5. ff. de popularib. action. & quia suspecti tutoris postulatione quasi publica, seu popularis est, §. consequens 3. Inst. de suspect. tut. hinc etiam non facile per procuratorem tutor ut suspectus accusatur; nisi constet, ei a tutore mandatum nominatum, l. non solum 39. §. ult. ff. b. t.

17. Officium procuratoris est causam domini diligenter expedire, non tantum in conventionem, sed & in reconventionem, ita ut reconventionis intuitu teneatur de rato cavere, l. sorum quoque 33. §. ait prator 3. & 4. ff. b. t. etiamsi procurator in rem suam factus sit, secundum distinctiones in tit. de iudiciis plenius propositas. Quod si cliens dolo aut negligentia procuratoris sui ad lites constituti succubuerit, aut alias in damno hæserit, quod potuisset per exactorem procuratoris diligentiam evitare, ad læsionis totius reparationem quin domino condemnandus sit, haud videtur dubitandum: ita scilicet exigente ordinaria mandati, quo constituitur, natura, arg. l. a procuratore 15. l. in re mandata 21. C. mandati, reglement op de expeditijs van justitie voor den Hoogen Rade 7. Junii 1651. art. 37. Mynsingerus *consul. 5. observ. 53.* Treutlerus *vol. 1. disp. 9. thes. 12.* Andr. Gayl. *libr. 1. observ. 45.* Neostadius de pactis antenuptial. *observ. 1. in notis, vers. patronum.* Parens p. mem. Paulus Voet ad princip. Instis. de oblig. ex quasi delicto num. 3. dolum etenim procuratoris in lite mandata commissum nocere domino, si in ipso negotio mandato factus sit, dum procurator mandati fines non egrediebatur, certum est, l. si procurator 10. C. b. t. Ut tamen domino per in integrum restitutionem videatur succurrendum, si procurator solvendo non sit: non tantum, cum adversarii doli & corruptio concurrat; quo casu & actio & exceptio doli læso danda foret, l. si procuratorem 8. §. sed & si 1. ff. mandati, l. si procurator 9. ff. de doli mali & met. excepti. sed & si nullus adversarii doli intercesserit; quod nostris præsertim moribus admittendum est: nam cum hodie certi tantum, ac non ita multi procuratores passim constituti sint, vix est, ut litiganti possit imputari, quod talis procuratoris publice probati opera usus sit. Vide Neostadium d. loco.

18. Succumbens autem in lite procurator appellare tenetur ab iniqua sententia; at appellacionem prosequi obligatus non est, l. inivisus 17. C. b. t. arg. l. dominus 9. l. si actor 10. C. de appellacion. cap. non iniuste 14. extra, de procuratoribus; nisi ad omnem causam datus sit, quo casu & rationes appellacionis ac causas reddere potest, arg. l. 2. ff. an per alium causa appell. reddi possit. Quamvis apud nos, multasque gentes nunc fere supervacua sit illa questio, an appellacionem teneatur prosequi, dum singulis in tribunalibus certus est constitutus procurator numerus, extra quem nulli alii, adeoque nec in inferioribus admissi iudicii, admittuntur, Groenewegen ad l. constitutio 27. C. b. t. quod & consentaneum est constitutioni Græcæ Zenonis, quæ est lex 27. C. b. t. unde & finitum censetur procu-

ratoris officium, æque ac iudicis, post latam sententiam, Joh. Papon *lib. 6. tit. 4. arrest. 7.* Ant. Thesaurus *decis. Pedemont. 107. in addition.* adeo ut, si maxime idem in inferiore pariter ac superiore iudicio, tanquam procurator publice constitutus atque admissus utrobique, causam agere possit, novo tamen mandato ad causam appellationis agendam instruendus sit; nisi statim ab initio appellationis etiam faciendæ & prosequenda mandatum ei datum appareat. Ant. Thesaurus *decis. Pedemont. 202. n. 3.* Jac. Coren *observat. 34. n. 11. 30. & seqq.* Cui consequens est, ut etiam ad litem in inferiore iudicio tractandam procurator datus, ibique succumbens, non possit ad appellationem prosequendam in superiore auditorio alium constituere, ad causas illic agendas publice constitutum; nisi ea potestas nominatim esset mandato data, *d. l. 27. C. b. t.* nam cum post sententiam finitum sit procuratoris officium, juxta ante dicta; qui, quæp, alium suo substituet loco ad expediendum illud, cujus intuitu ipse nullo invenitur mandato instructus; certe ut plus juris alteri per mandatum conferret, quam ipse ex domini mandato habet, juris nostri ratio non patitur. Mantica *de tacitis & ambig. convent. lib. 7. tit. 22. numer. 21. 22. 23.* Qua occasione sciendum quoque, ad egendum constitutum procuratorem transigere non posse, *l. transaktionis 7. C. de transactio. nec aliam in iudicium actionem deducere, quam quæ mandato comprehensa est, arg. l. maritus 21. in fine C. b. t.* nisi ea actioni mandata tanquam accessoria cohareat: qualis est ad exhibendum actio, si rei vindictio mandata sit; vel interdictum de tabulis exhibendis, si mandatum sit, ex testamento legatum peti, *l. ad rem 56. l. ad legatum 69. ff. b. t.*

19. Fit autem procurator jure Romano protinus a lite contestata litis dominus, & ut talis citatur, *l. procuratoribus 22. l. nulla dubitatio 23. C. b. t.* Quod non ita est in procuratoribus ad negotia extrajudicialia, ubi illa litis contestatio haud invenitur: nam cum per litis contestationem quasi contraheretur, *l. licet 3. ff. idem scribit 11. ff. de peculio, & per eam cum ipso debitore factam quædam, feret novatio; consequens erat, ut procuratore interveniente & lite contestante delegatio quædam crederetur intercessisse, l. delegare 11. §. 1. ff. de novat. & delegat. & procurator actoris quodammodo tanquam creditor, procurator vero rei, tanquam debitor surrogatus, atque ita litis dominus intelligeretur. Quin & ante litem contestatam citari ac cogi procurator ad lites potest, ut litem suscipiat, si procurator rei sit, ac de mandato ei per reum dato possit doceri, dum reus pro eo consentiente cautionem judicatum solvi exposuit, nec justa causa subest, cur defensionem declinet, veluti inimicitia &c. *l. filiusfam. 8. §. procuratorem 3. ff. b. t. l. si defunctus 15. ff. b. t.* eo quod hoc in casu procurator non fuit adstrictus vinculo cautionis, quam ipse non præstitit, sed dominus pro eo. Quemadmodum & ad defendendum præcise cogi potest is, qui cum tanquam conjuncta persona pro alio actionem instituisset, & de rato cavisset, re-conventionem patitur: nam cum illic semel sese liti sponte ingesserit, ac actio mota ad finem perducinequeat sine defensione in re-conventionem, *l. servum 33. §. ait prator 5. ff. b. t.* non mirum fuit, ipsam omnino ad defensionem fuisse compellendum; & de*

eo agit *l. sed & ha 35. ult. ff. b. t.* quod tamen ita accipiendum, si omnino voluerit intentam pro alio actionem promovere ac ad finem perducere; nam si ipsam malit actionem omittere, cogendus non foret ad defensionem, *d. l. 35. §. ult. versic. nisi & agendum ff. b. t.* eo quod hæc sola procuratoris in re-conventionem non defendentis pena est, quod actio ei denegetur, *l. mutus 43. §. pena 4. ff. b. t.* Plane, si procurator, tantum ad rei defensionem accedens, ipse cautionem judicatum solvi interposuerit, ad litem suscipiendam haud compellitur; sed sufficit, cautionis eam committi clausulam, quæ est de re boni viri arbitratu defendenda, & ita actionem dari ex stipulatu ad id, quod interest ob rem non defensam, *l. non cogendum 45. ff. b. t. l. Titius 76. ff. b. t.* licet hac de re dissensus fuisse videatur, ut colligi potest, si jungatur *l. mutus 43. §. ult. & l. 44. & 45. ff. b. t.* adde *l. acium enanti. cent. 2. n. 31.*

20. Insuper ferenda fuit in procuratorem sententia, si is litem fuisset contestatus, tanquam in litis dominium, *l. 1. C. de sentent. & interlocut.* Confer Groenewegen *ad d. l. 1. C. de sent. & interlocut.* licet executioni danda fuerit in bonis domini; nisi se procurator in lite pro alio obtulerit, aut ipse judicatum solvi satisdederit, aut in rem suam procurator sit constitutus, *l. si se non 4. in princ. ff. de re judicata, l. si procurator meus 28. l. Plautius ait 61. ff. b. t.* Adde Sande *dec. Frisic. lib. 3. tit. 7. defin. 1.* aut denique litis occasione deliquerit, atque ita fuerit ad poenam damnatus, arg. *l. qui proprio 46. item contra 5. ff. b. t.*

21. Cessat procuratoris officium morte ejus, secundum ordinariam mandati naturam, evanescente scilicet industria, quæ in procuratore electa est, *§. item si adhuc 10. Inst. de mandato.* Adde *tit. mandati*, eoque casu nunc penes nos moris est, ut citetur is, cujus procurator fato functus est, ad id, ut alium constituat defuncti loco, convenienter *legi ultima §. 1. C. b. t.* Merula *praxi civil. lib. 4. tit. 63. cap. 6. num. 4.* Groenewegen *ad l. ult. §. 1. C. b. t.* Similiter morte mandantis, sive actoris, sive rei, re integra, uti mandatum, ita & procuratoris officium finitum creditur; non item, si res amplius integra non sit, arg. *d. §. 10. Inst. de mandato.* Et hinc ab Ulpiano responsum, compellendum esse procuratorem ad iudicium accipiendum, si defunctus sit dominus ante litem contestatam, postquam judicatum solvi stipulationem pro suo procuratore sciente nec contradicente dedisset; *l. si defunctus 15. ff. b. t.* ac rescriptum ab Imp. Juliano, procuratorem post causam in iudicio agitatam, id est, coeptam, etiam post excessum ejus, qui agendam vel defendendam litem mandaverat, posse inchoatam causam jurgiumque finire, *l. nulla dubitatio 23. C. b. t.* Usu tamen in his, aliisque regionibus, atque ipsa Germania receptum est, ut mortuo litigantium alterutro, citetur hæres ejus ad reassumendam causam in eo statu, in quo relicta est. Qua de re nos latius in *tit. de judiciis* agemus.

22. Cessat quoque per renunciationem procuratoris justas ob causas factam, quales sunt inimicitia capitales inter mandantem ac procuratorem, adversa valetudo, peregrinatio necessaria, absentia reipublicæ causa, *l. filiusfamilias 8. §. ult. & l. seqq. l. mu-*

ius 43. §. ult. l. 44. ff. b. t. uti &, si bona illius, quem defendit, a creditoribus jam sint possessa, d. l. 45. §. ult. ff. b. t. eo quod tunc per creditores missos, aut curatorem bonis illis datum, omnia administranda, litesque exercenda sunt, l. creditore 14. pr. & §. 1. ff. de rebus auctoris. jud. possidendis. Secus, si reus quidem jam solvendo esse desierit, sed necdum passus sit missionem in possessionem bonorum, cessante tunc superiore ratione. De qua facti specie intelligenda l. Titius 76. ff. b. t. Quod enim Pacius *enantioph. cent. 2. num. 46.* opinatur, in d. l. 43. §. ult. ff. b. t. narrari tantum Labeonis sententiam, sed per subsequentem leg. 45. reprobari nequaquam probabile est; cum per d. l. 45. tantum in eo rejiciatur Labeonis opinio, quod existimaret, procuratorem post satisfactionem quandoque cogi ad reum defendendum ac iudicium accipiendum; cujus contrarium Paulus in d. l. 45. cum Sabino asserens, ait nullas pratoris partes esse ad compellendum defendere.

23. Revocationem mandati quod spectat; invito quidem adversario quin omni in parte iudicii fieri possit, & ita procuratoris officium evanescere, haud dubium: at enim in constituendo procuratore non requiritur adversarii assensus, ita nec in eo removendo voluntas ejus exigenda est, arg. §. 1. *Instit. de iis, per quos agere poss.* An & invito procuratore id fieri possit, quæstionis est. Ante litem quidem contestatam, domino liberam potestatem mutandi procuratorem concedit Iulius, sic ut vel alium constituere, vel ipse iudicium suscipere possit, l. ante litem 16. ff. b. t. causa tamen cognita, si pro reo absente defensor interveniret, dum forte propter præstitam de iudicio solvendo cautionem cepit ejus interesse, lib. is, cujus 64. ff. b. t. Post litem vero contestatam neque domino, neque hæredi ejus id licet, nisi justa causa subsit: nam cum procurator per litis contestationem factus sit litis dominus, æquum visum fuit, eum non temere ab illa depelli lite, & illud quæsitum quale litis dominium eidem invito sine causa auferri, l. procuratoribus 22. C. b. t. l. post litem 17. ff. b. t. causæ autem justæ quamplurimæ recensentur; puta, capitales inimicitiz, morbus, peregrinatio, ætas, ut & si suspectus sit procurator, adversario jungatur affinitate, vel hæres ei existat, vel latitet, vel publico privatove iudicio, aut majore re sua stringatur, & alia plures. Vide d. l. 12. C. b. t. d. l. 17. §. ult. l. 18. 19. 20. 21. 22. 23. ff. b. t. dummodo dominus mandatum ex causis hisce revocans refundat procuratori impensas in litem factas, quarum intuitu alioquin concessa Procuratori actorum retentio, l. quæ omnia 25. in fine, l. 26. ff. b. t. adde & tit. de postulando. Sed cum nostris moribus procuratores non tam domini litis sint, quam potius ministri, magis est, ut in omni parte iudicii mandatum eis datum revocari possit, etiam si nulla ex supradictis causis subsit aut allegetur: ut post alios tradit Groenewegen ad l. 22. 23. C. b. t. Nullo tamen modo licita mandati revocatio, si quis in rem suam procurator datus sit, d. l. quæ omnia 25. in fine, l. procuratore in rem 55. ff. b. t. vel mandans non omnia iudicia procuratore transferre velit, sed quædam transferre, quædam relinquere, cum iuste procurator hanc domini inconstantiā (sic legendum) recuset, l. in causa cogni-

tione 27. ff. b. t. Uti ex adverso in omni parte iudicii sine ulla causæ redditione falsum procuratorem jure dominus a lite repellit; arg. l. licet 24. C. b. t. imo, ut Ulpiani verbis utar, si mandatum non est, cum neque in iudicium quicquam deduxerit, nec ea comprobasti, quæ invito te acta sunt, tibi non præjudicant; ideoque transitio eorum litem non est tibi necessaria, ne alieno facto oneretur, d. l. in causa 27. ff. b. t.

24. Quod si procuratori datum primo fuerit mandatum generale, ac postea aliud speciale detur ad certum aliquod negotium, certamve litem tractandam, non est existimandum, per illud speciale subsequutum mandatum videri revocatum generale prius: neque enim mandatum speciale subvertit ex sua natura mandatum generale, aut vice versa, sed sæpe generali speciale addendum est, dum in casibus quibusdam mandatum generale non est sufficiens, sed speciale requiritur. Neque in dubio præsumenda est voluntatis mutatio, adeoque nec mandati consensu initi revocatio; sic ut, qui voluntatem mutatam dicit, probare hoc teneatur, l. eum, qui 22. ff. de probationibus, quod pluribus confirmat Augustinus Barbosa *Axiomat. juris usufructus. 230.* verbo, voluntas, num. 7. & in specie de procuratore Menochius de præsumptionibus lib. 2. præsum. 36. Ant. Thesaurus dec. 107. Mantica de tacit. & ambiguis convent. lib. 7. tit. 22. num. 43. Aliter, quam judicandum foret, si quis duobus diversis temporibus diversos duos constitueret procuratores: posteriorem enim dando videtur prohibuisse, ne prior ultra gerat, si modo prior mandati istius posterioris ignarus non sit, l. si quis, cum procuratorio 31. §. ult. ff. b. t. cap. non injuste 14. extra, de procurator.

25. Distat autem a procuratore defensor; quippe qui & sine mandato reum defendit, si modo præstet cautionem iudicatum solvi: neque enim quisquam alienæ rei defensor idoneus sine satisfactione intelligitur, l. unic. C. de satisfaciendo, l. qui proprio 46. §. qui alium 2. ff. b. t. §. si vero 5. Instit. de satisfactione. quandoque etiam cautionem de rato, si defensor sit ejus, qui rei vindicatione conveniebatur, l. Pomponius 40. §. sed & is 2. ff. b. t. Neque idoneus quisquam defensor est sine mandato, nisi viginti quinque annis major; cum alias & ipsi & fidejussoribus ejus per in integrum restitutionem succurri posset, atque ita elusorium reddi iudicium, ut ante dictum, l. minor 51. ff. b. t.

TITULUS IV.

Quod cujusque universitatis nomine vel contra eam agatur.

SUMMARIA.

1. Quid sit universitas? in uno conservatur; durat in successoribus; qui tenentur ex factis prædecessorum.
2. Universitates habent patrimonium, cujus intuitu agunt, debent, conveniuntur, cavent, cautionem petunt, ut privati; si probata, non si tolerata tantum, velut Indæorum, Anabaptistarum &c.
3. Si universitatis parti jus novæ universitatis tribuatur, manet pro rata debitorum debiti ante separationem contracti.

4. An & quando singula universitatis membra, & an in solidum singula conveniri possint pro debito universitatis?

5. Universitatis negotia in civilibus & criminalibus tractantur per syndicum, qui variis nominibus designatur. Utilitas ejus traditur.

6. Alius prater syndicum pro universitate non agit, quisque tamen eam potest sine mandato defendere.

7. Quis crees syndicum? qui gaudeant suffragii jure? quos debeant tempore creationis presentes esse? an pater filio, aut vice versa, an quis sibi ad honores suffragium dare possit?

8. Syndici similes procuratoribus in agendo, defendendo, cautionibus, revocatione, impensis recuperandis, quas tamen non repetunt, si turpis mandati executores fuerint.

9. Quae hodiernorum syndicorum officia sint, & qui eligi possint?

1. Universitas alia rerum est, ut grex, peculium, hereditas; alia hominum, veluti collegium, licitum municipium, civitas, vicus, pagus. Quales hominum universitates licet non nisi a pluribus inchoari possint, l. *Nervatius* 85. ff. de verb. signif. tamen si ad unum caput redierint, etiam jus omnium membrorum in unum censetur recidisse, & stat nomen universitatis, l. *sicut* 7. §. ult. ff. b. t. Quin & durare censenda est, etiam si omnia mutata sint membra ejus, aliaque in eorum locum surrogata; quod eleganter ab Alfeno adstructum, l. *proponatur* 78. ff. de judiciis. Quibus consentaneum est, ut & sufficit collegio teneantur ac executionem patiantur, quoties praedecessores collegii nomine condemnati sunt, Neostadius Curia *suprema* dec. 123. Ant. Faber C. lib. 4. tit. 7. defin. 5. *ferre in pr.*

2. Utatur vero universitates plerumque privatorum jure, ac privatorum loco habentur, l. *bona civitatis* 15. l. 16. ff. de verbor. signif. Ut tamen patrimonium suum proprium, arcam communem, res communes, ad reipublicae exemplum dicantur habere l. 1. §. ff. b. t. Hinc et debere possunt, & ipsis deberi; ipsaque privatis actionibus, finium regundorum, familiae eriscundae, alisque prope infinitis, & conveniri, & missionem in bona communia peti, si non defendantur, cautiones quoque pro re nata exigere, vel exactas praestare l. 1. §. 2. l. *sicut municipium* 7. l. 9. 10. ff. b. t. Non tamen hoc jus standi in judicio, aut patrimonii possidendi, habent universitates illae, quae toleratae quidem, at non probatae sunt; quales Anabaptistarum, & aliarum sectarum, itemque Judaeorum; quibus & ideo, si quid legatum fuerit, non debetur, l. 1. C. de Judaeis; arg. l. *cum senatus* 20. ff. de rebus dubiis, iisque juris ac iustitiae administrationem apud nos fuisse denegatam, cum sibi relicta persequi vellent, testis est Jacobus Cosen observ. 9. arg. tit. ff. de colleg. & corpor. l. *concentricula* 15. C. de episc. & cleric.

3. Quod si pagorum plurium junctorum universitas debitum contraxerit, & Princeps dein pagum aliquem ab ita separans universitate, eundem privilegio peculiaris seu novae universitatis duxerit trahendum esse; non tamen existimandum erit, illam universitatis pristinae partem, sic jure novo auctam seu separatam, etiam eo ipso subductam esse oneri aris alieni, ante

contracti, ac pro rata exsolvendi, neque enim in injuriam alterius beneficia tribuere Princeps solet, l. *nec avus* 4. C. de emancipatione liberorum, nec jus agendi pro rata adversus eam universitatis pristinae partem, semel creditoribus quassitum, potest adimere, §. ult. in med. Instit. de his; qui sui vel alieni juris sunt, atque ita in nobili quadam facti specie iudicatum commemorat Neostadius Curiae *supremae* dec. 10.

4. Interim, quod universitas debet, singulos seu singula ejus membra non debere, & quod universitati debetur, singulis non esse debitum, Ulpianus tradidit, l. *sicut* 7. §. si quid 1. ff. b. t. Carpzovius *defin. forens. part. 2. constit. 6. defin. 24.* Grotius de jure belli ac pacis lib. 3. cap. 2. n. 1. Nisi universitas se ipsam & singula membra nominatim pro debito obligaverit; quo casu etiam membra singula pro debito universitatis conveniri posse receptum est, sic ut & singuli cives, & singulorum bona, pro talis debiti solutione impetranda queant arresto seu detentione gravari, Christinzus *ad leg. Mechlinienses tit. 1. art. 42. in notis nu. 1.* Pechius de jure sistendi cap. 4. n. 17. Responsa Jctor. Holland. part. 2. consil. 84. Groenewegen *ad d. l. 7. ff. b. t.* Nec tantum pro virili portione, sed & pro solido debito singulos eo casu conveniri posse, verius est; recuperaturos deinde ab universitate non modo id, quod expenderunt, sed & damni, quod ita passi sunt, aestimationem, Peckius & Christinaus d. locis, *Sententia van den Hoogen en provinciale Rade dec. 71.* tum, quod iniquum fuerit, in tot debitores distringi universitatis creditorem, & particularem ei ac minutim fieri solutionem pro civium frequentiorum numero, qui simul & semel una numeratione universitati toti in creditum abiit, arg. l. tutor 41. §. Lucius 1. ff. de usuris, tum etiam quia in eo casu, quo universitas simpliciter debitrice est, nec singuli cives nominatim obligati fuerunt, tamen pro rata parte singuli quodammodo tenentur, in quantum, pro rata singulorum universitatis suae angustias ac inopiam conferre debent, unde a alienum exsolvitur. Quod & naturali ratione ductus Seneca jam olim animadvertit. Ego, inquit, illi non tanquam proprium debeo, sed quomodo unas & populo, non tanquam pro me solvam, sed tanquam pro patria conferam, & singuli debebunt non tanquam proprium, sed tanquam publici partem, lib. 6. de beneficiis cap. 19. Si ergo ulterior accesserit civium singulorum obligatio, ineptum esset, non in amplius teneri singulos, quam si nulla talis obligandi formula fuisset adjecta, frustra dissentiente Carpzovio, *defin. forens. part. 2. constit. 6. defin. 26.* argumento l. *reos promittendi* 11. §. ult. ff. de duobus reis constituendis. Non enim ibi de illis agitur, qui etiam collective (ut loquuntur) obligati erant, aut de creditore, qui solidi debiti exigendi jus habebat; uti id est in nostro casu, in quo, uti universitas in solidum debebat, ita & singula membra eodem modo obligata fuisse secundum jam dicta praesumendum fuit, nisi aliud actum esset. Quae omnia ita obtinent, si modo ejus auctoritatis sint, qui nomine universitatis contraxerunt, ut & cives singulos, ac bona eorum obligare potuerint; quod uti extra dubium est, si membra singula in sui ac rerum suarum obligationem pro debito universitatis nominatim consenserint; Zoesius tit. ff. de rebus crediti, num. 45. Carpzovius *defin. forens. part. 2. constit. 6. defin. 52.*

Ita solis universitatis administratoribus illud jus denegandum esse, quoties de membrorum singulorum assensu non apparet, non sine ratione contendit Andreas Gayl. *de arrestis imperii* cap. 9. n. 8. eo quod obligare personas singulas, non respicit plerumque utilitatem publicam; neque Princeps neque magistratus neque republica extra eam in bonis singulorum personarum quicquam juris habet, multoque minus universitatum administratores. Nisi inveterata consuetudine, civibus haud contradicentibus, illam obligandi potestatem magistratui universitatis acquisitam fuisse, in aperto sit. Sed si in civium singulorum obligatione manifesta appareat utilitas publica, non dubium, quin Princeps jure majestatis singulorum personas ac bona possit pro universitatis debito obnoxias reddere, quo utilitatis fundamento nititur, quod pro tribus civitati, vico, pago impositis, ac sua die non solutis, cives & incolas ac bona eorum detineri distrahique per Hollandiam sancitum est *placito Ordin. Holl. ult. Martii 1588.* cum id jam ante decreto Comitum Lycestr. Holl. Gubernatoris constitutum esset 23 Martii 1586. Adde *tis. de reb. cred.*

5. Ad Causas universitatis agendas constitui solitus fuit syndicus universitatis, *l. item 6. §. si decuriones 1. in fine ff. b. t. l. munerum civilium 18. §. defensores 25. ff. de munerib. & honorib.* qui & universitatis actor, *l. item 6. §. 2. 3. ff. b. t. & ecclis, l. sancimus in 30. C. de episcop. audient. & defensor appellatur, l. munerum civilium 25. §. defensores 25. ff. de muner. & honorib. & procurator universitatis, præcipue si monasterii actor sit, nov. 123. cap. si quando, 27. quales etiam apocrisiarii dicti, nov. 123. cap. reverendissimi 25. novell. 6. cap. & illud 2. & responsarii d. nov. 123. cap. si monachus 42. nov. 135. cap. oportet 5. Nec tantum in civilibus, sed & criminalibus causis intervenit, quoties universitati crimen impingitur: licet enim pro privatis in crimine non nisi sub distinctionibus, titulo præcedenti traditis, procurator admittatur; tamen, quia universitas ficta tantum persona est, nec se tue-ri potest, ex necessitate syndicus fuit & in crimine pro ea audiendus, *Wesembecius paratit. ff. b. t. n. 6.* Est ergo syndicus, qui causam universitatis agit aut defendit ex mandato universitatis: quem ab actore quandoque in eo separant, quod actor certa causa, syndicus universis negotiis tractandis, præfuerit, arg. *d. l. item 6. §. 1. 2. ff. b. t.* licet alio sensu dicti fuerint apud Græcos syndici, qui ad leges suadendas a populo electi erant, ut docet Car. Sigonius *de republica Atheniensium, lib. 4. cap. 6. fore in princip.* Hos vero actores seu syndicos constitui, universitatis interfuit; tum quia supervacuum & inutile visum fuit, plures a propriis abstrahi negotiis, & communi vacare causæ universitatis, cui tractandæ potuit unus sufficere: adeo ut & olim, cum nondum licebat alieno nomine in judicio experiri, tamen pro universitate licuerit, *pr. Inst. de iis, per quos agere poss.* tum quia universitas ipsa personæ tantum vicem gerens, uti naturaliter consentire non poterat, *l. 1. §. 1. de libertis universitat.* ita nec naturaliter agere pro se aut defendere, sic ut actoris seu syndici interventu opus fuerit, arg. *d. l. 1. §. 1. & l. 1. §. ult. ff. de acquir. vel amitt. poss.* tum denique, ne dissensu perpetuo turbarentur*

negotia universitatis, si per omnia ejus membra tractarentur; dum prona ad dissentiendum est hominum indoles, ac plerumque, quot capita, tot sensus variantes, arg. *l. quia poterat 4. ff. ad Senatuscons. Trebell.*

6. Alius præter actorem universitatis nomine experiri nequit, sic ut actionem moveret, *l. nulli 3. ff. b. t.* quamvis universitatem sine mandato defendere unusquisque possit, si modo præstat cautionem judicatum solvi; eo quod aliquin præter agentes mitteret in possessionem bonorum corporis illius; quod non defenditur, ac tandem etiam ea juberet venire, *l. 1. §. pen. & ult. ff. b. t.* sic ut primo quidem mobilia, dein immobilia, ac his quoque deficientibus vel non sufficientibus, tandem incorporalia jura, & credita universitatis, distrahenda forent, eo modo, quo id in privatis debitoribus constitutum est, *h. an civitates 8. ff. b. t. l. a Divo Pro 15. §. in venditione 2. ff. de re judicata.*

7. Creatur syndicus vel a lege, dum lex municipalis certum designavit ordinem, ut, verbi gratia, vel seniores vel juniores ex ordine decurionum tractent universitatis causas, *l. nulli 3. ff. b. t.* eo modo, quo & in legationibus obeundis ordo præscriptus fuit, *l. sciendum 4. §. ordine 5. ff. de legation.* vel, lege cessante, ordine decurionum, si talis ordo universitati præsit, *d. l. 3. ff. b. t.* aliquin a singulis universitatis membris seu municipibus, arg. *l. si municipes 2. ff. b. t.* vel etiam ab eo, cui totus ordo aut municipes dederunt eligendi potestatem; cum & is videatur ab universis electus, qui ab eo constitutus est, cui ordo negotiorum eligendis demandavit, *l. item 6. §. si decuriones 1. ff. b. t. cap. cum in veteri 52. extra, de electione & electi potest.* Quæ autem forma conscribendum sit instrumentum mandati, quo syndicus constituitur, quæve in eo exprimenda sint ac observanda, vide *Wesembecium paratit. ff. b. t. num. 7.* Ceterum quoties actor constituendus est, requisitum quidem, ut omnes, quibus suffragii jus competit, vocati sint, arg. *l. observare 2. C. de decurionibus*, etiamsi vel minorennis essent, vel scæminæ, quoties consuetudo his quoque indulsit suffragandi potestatem, aliquin curatores minorum: sed necessaria non fuit omnium præsentia, verum duas partes tertias totius ordinis adesse sufficit, connumerato etiam eo, qui ex decreto actor constituitur, *l. nulli 3. l. 4. ff. b. t. illa decreta 2. l. 3. ff. de decreis & ordine faciend. l. nominationum 46. C. de decurionibus.* Uti nec omnes præsentis consentire opus fuit; dum, quod major decrevit præsentium pars, omnes censentur decrevisse: majore numero minorem ad se trahente, *l. quod major 19. ff. ad municipalem, l. item si unus 17. §. ult. ff. de receptis, qui arbit. recep.* Atque hic patris suffragium filio, & vice versa, prodæse jura sinunt, licet filius in patris sui esset potestate; cum non quasi domestica persona, sed quasi decurio hoc faciat; nisi lex municipii vel perpetua consuetudo prohibeat, *l. illud 5. l. 6. ff. b. t.* Sed ut alicui suum proprium prodasset suffragium ad honorem munusve impetrandum, neque in hoc syndici munere decernendo, neque in ulla alia honoris munerisve specie demandanda, jus Romanum indulsit; quin potius disertis vetitum verbis, ne prætor, neve præses se ipsum judicem specialem, aut tutorem det, *l. ult. ff. de offic. prætorum l. præses 5. ff. de officio præsi-*

dis, l. prelor 4. ff. de tutor. & curat. dat. ab bis. Ac frustra sunt, qui in iis quidem casibus, quibus uni soli electio competit, suffragium proprium inutile esse concedunt, dum de his agere vident allegatas leges; sed vim proprio tribuunt suffragio, quando a plurium consensu electio dependet. Ista etenim distinctio cum nulla inveniatur lege, vel legis argumento firmata, recipienda non est; præsertim quia utrobique non modo ingestionis & ambitionis impudentis vestigia apparent; sed & suspicione non caret usque adeo publicum affectare munus. Nullum certe adiutorium suffragio proprio Paulus tribuit *l. plane 4. ff. b. t.* Non enim, quem decernent, numerandum ait, ut maiore suffragantium numero electus dici possit, sed tantum ad id, ut duæ partes tertiam dicantur adfuisse, quo numero non præsentem, frustra fuisset in suffragia itum, jure tamen canonico cum cautum esset rescripto Innocentii III., in pari suffragiorum dissensu illum, cui suffragii jus erat, suo assensu efficere posse, ut competitori extraneo præferatur; *c. quia in jure 53. extra. de electione & electioni potestati*, quid, quæso, mirum, si aliquando ex septenario electorum numero Maximilianus II. & Ferdinandus II. suo fuerint suffragio in Imperatoriam evecti dignitatem? quid mirum, si sub hujus juris Pontificii auctoritate multis in locis illa suffragii proprii adeo adblandientis licentia inveniatur usu comprobata?

3. Quia vero syndicus in tractandis universitatis causis fungi dicitur procuratoris partibus, *l. item 6. §. ult. ff. b. t.* consequens fuit, ut & in plerisque eadem in eo recepta dicamus, quæ in privatorum procuratoribus obtinere tradidimus; præsertim, cum privatorum loco civitates habeantur, cum, qui *vestigal. 16. ff. de verbor. significat.* Hinc, si idoneus sit, aut alia subsit justa causa, removeri potest, revocato mandato per eodem, a quibus illud datum est; de rato etiam caveri, si de mandato dubitetur; defendere quoque cogitur universitatem, quoties illa convenitur vel reconvenitur, *d. l. 6. §. ult. ff. b. t.* & quamvis de rato cavere haud teneatur, cum mandato instructus est; tamen quin judicatum solvi cautionem interponere debeat, si defensor existat, haud videtur dubitandum; cum in universum nemo, secundum veterem regulam, alienæ rei sine satisfactione defensor idoneus intelligatur, *§. si vero reus 5. Instit. de satisfactione.* Sed & uti privatorum procurator impensas & damna repetere potest: ita quoque indemnes servari syndicos ratio dicat, si quæ de suo impenderint: quippe quæ in communem universitatis erogata utilitatem, non syndicum, sed ipsam universitatem, quam is repræsentavit, gravare debent: eo modo, quo id non tantum in procuratoribus, sed & tutoribus, curatoribus, aliisque similibus, secundum vulgatissima juris principia receptum est. Jacobus Coren observat. 3. numero 16. & sequ. Nisi illiciti mandati, ab universitate interpositi, executor fuerit: tunc enim, uti universitas ipsa mandando delinquens punienda est, *l. metum autem 9. §. animadvertendum 1. ff. quod metus causa, arg. l. si usus fructus 21. ff. quib. mod. usufr. amitt. l. semper adversus 15. C. si in sepulchro 2. ff. quod vi aut clam, ita & syndicus mandatarius, quippe qui non debebat illiciti mandati executor esse: nec, si quam poenam ipse sustinuerit, regressus ullus ei adversus*

universitatem de indemnitate dandus est, etiamsi illa ei indemnitatem promisisset; tum, ne alioquin impunitatis fiducia ad delinquendum invitetur contra juris dictamen; tum quia mandatum rei turpis, contra bonos mores interpositum, non est obligatorium inter mandantem ac mandatarium, *§. illud quoquo 7. Institut. de mandato*, ac vulgo traditum est, maleficiorum fideiussorem accipi non posse, *l. si a reo 70. §. ult. ff. de fidejussoribus.*

9. Qualia vero hodiernorum syndicorum officia sint, magis nunc in politicis quam juridicis civitatis negotiis tractandis explicandisque consistentia, aut ad summum in salutaribus de negotio universitatis litigiosis consiliis magistratui universitatis suggerendis, usu magis, quam certis regulis aut præceptis discendum est; eo solummodo observando, quod vix hodie actor pro universitate videatur audiendus, si de ejus mandato dubitetur, licet de rato cautionem interponat, Groenewegen *ad l. 6. ff. b. t.* quodque necesse non sit, syndicum universitatis suæ civem originarium esse, ut eligi possit, sed & peregrinum constitui posse, experientia teste, & adnotante Wesembecio in *paraliis. ff. b. t. num. 5.*

TITULUS V.

De Negotiis Gestis.

SUMMARIUM.

1. Quid sit negotiorum gestor? utilitas ejus. Quorum negotia geri possint, ut inde competat actio negotiorum gestorum?
2. Quid sit actio directa negotiorum gestorum, cui detur, contra quos, etiam contra eos, qui gesserunt mandato tertii, quique tertii, negotia geri mandarunt.
3. Ad quid tendat hæc actio? an & quales usuras gestor præstet ratione pecunie a debitoribus domini exactæ?
4. Gestor plerumque præstat culpam levissimam, quandoque tantum latam ac levem; & quid moribus obineat?
5. Non tenetur de casu fortuito, nec de periculo nominis si pecuniam bene collocaverit; nisi insolita gesserit; & paucis aliis in casibus.
6. An, & quando tenetur de non gestis? Tenetur ex parata absentis pecunia solvere absentis creditoribus, ac sibi ipsi, si creditor sit; si debitor absentis sit, a se ipso debet exigere; & quæ pana sit, si hæc negligat?
7. An gestor debitoris absentis judicio cogere possit ad solvendum? & quid opereatur ejus interpellatio extrajudicialis?
8. Quid sit, quibus, & contra quos detur actio contraria? tendit in genere ad indemnitatem & impensas, earumque usuras.
9. Impensas repetit gestor, licet utiles esse desierint. Quid si plus justo impenderit? quid si sui commodi causa gesserit aliena? explicatur *l. 6. §. 3. ff. h. t.*
10. Cessat actio contraria, si initio inspecto nulla utilitas domino acquiri potuerit; quod exemplis docetur: nisi ratihabitio secuta sit.
11. Item si invitit & prohibentis negotia gesta. Quid moribus, si alius suo sumtu fuisset gesturus? &

pieratū intulū; quod exemplis illustratur, atque etiam limitatur.

12. *Quid juris, si quis negotia Titii gesserit tanquam Maevii? Et quid si Maevius gesta rata habuerit? quid si crediderit, se ex officii necessitate gerere, vel ex mandato, cum nulla necessitas aut mandatum subesset?*
13. *Quid juris, si quis aliqua negotia gesserit tanquam sua?*
14. *An mandati, an magis negotiorum gestorum actio sit, si dominus gesta rata habuerit?*

1. **N**egotiorum gestor est, qui absentis vel ignorantis negotia sine mandato gerit, *l. qui servum 41. ff. b. t. quandoque, licet improprie, procurator appellatus, l. si quis offerenti 58. ff. de solutionibus, ac voluntarius procurator a Cicerone in Bruto cap. 15. pag. mibi 296.* Et licet vulgo culpæ adnumeretur, immiscere se rei ad se non pertinenti, *l. culpa est 56. ff. de reg. jur. l. idem juris 8. §. 1. ff. ad leg. Aquil.* culpa tamen non est, si quis aliena gerat negotia in gratiam & utilitatem non suam, sed domini; usque adeo, ut utilitatis causa dicatur receptum esse, eos, quorum negotia gesta sunt, etiam ignorantes obligari; ne aliquin absentium, qui subita festinatione coacti, nulli demandata negotiorum suorum administratione, peregre profecti essent, desererentur negotia; quæ sane nemo curaturus esset, si de eo, quod impendisset, nullam habiturus esset actionem, §. 1. *Instit. de oblig. quæ quasi ex contractu. l. si quis absentis 5. ff. de oblig. & action.* Qua de causa etiam actio negotiorum gestorum non directa tantum, sed & contraria merito introducta fuit, §. 1. *Instit. de obligation. quæ quasi ex contractu, cujuscumque negotia gesta fuerint; etiam necdum nati, sed adhuc in utero existentis, l. cum pater 29. ff. b. t. aut ab hostibus capti, l. successori 12. l. atquin 19. §. ult. l. 20. ff. b. t. aut furiosi, vel infantis, l. ait prætor 3. §. & si furiosi 5. l. si furiosus 46. ff. de oblig. & act. aut jam defuncti adeoque hæreditatis jacentis, l. ait prætor 3. pr. & §. hæc verba 6. l. successori 12. §. 1. l. nam & Servius 21. §. qui negotia 1. ff. b. t.*

2. Directa negotiorum gestorum actio est personalis, bonæ fidei, §. 28. *Inst. de action. ex quasi contractu, §. 1. Instit. de oblig. quæ quasi ex contractu, civilis; tum quia nusquam a prætore introducta dicitur; tum quia nulla in jure nostro prætoria occurrat actio, quæ bonæ fidei sit, qualis tamen est hæc negotiorum gestorum. Quamvis enim Ulpianus in l. 3. in pr. dicat, prætor ait &c. *judicium eo nomine dabo, & hoc edictum necessarium fuisse, l. r. ff. b. t. non tamen inde sequitur, eam edicto prætorio originem debere; nam & eodem modo in l. 1. pr. ff. commodati; idem Ulpianus dixit: ait prætor, quod quis commodasse diceretur, de eo judicium dabo; nec tamen ulli dubium, quin commodati actio civilis sit, l. in commodato 17. §. sicut 3. ff. commodati. Idemque de intercessionibus mulierum Vellejano Senatusconsulto vetitis, & tamen edicto perpetuo declaratis, observare licet ex l. cum ad eas 19. C. de Senatus. Vell. Competit autem domino, cujus negotia gesta sunt, seu ei, cujus interest, hoc judicio experiri, l. actio 47. pr. ff. b. t. adversus eum, qui sine mandato actoris negotia ejus gessit; etiamsi mandatum a-**

licius extranei, seu tertii intercessisset. Qua ratione, si quis pecuniam vel aliam quandam rem ad me perferendam ab alio acceperit, quia meum negotium gessit, negotiorum gestorum actio mihi adversus eum competit, *l. si pupilli 6. §. si quis pecuniam 2. ff. b. t. Sed & adversus eum, qui aliena negotia geri mandavit, hæc actio datur, l. nam & Servius 21. §. ult. ff. b. t. Nec refert, cujus sexus sit, qui gessit; eo quod mulier extrajudicialia negotia tractare potest, eodem modo, quo eam institutorem esse obtinuit, l. ait prætor 3. §. 1. l. liberto 51. §. pen. l. heres viri 55. ff. b. t. junct. l. sed & si 7. §. 1. l. 3. ff. de instit. act. Pupillum quoque negotia aliena gerentem post constitutionem D. Pii hæc actione in id quod locupletior factus est conveniri, docet l. ait prætor 3. §. Pupillus 4. ff. b. t. Si plures gesserint, contra singulos datur pro sua tantum parte, l. cum alicui 26. ff. b. t. arg. l. Lucius Titius 46. §. Sempronius 1. ff. de administrat. & princ. tutor.*

3. Tendit vero hæc actio ad id, ut gestor reddat rationes administrationis, §. 1. *Inst. de oblig. quæ quasi ex contractu, arg. l. qui proprio 46. §. procurator 4. ff. de procurator. & restituat omne id, quod ad ipsum ex administratione pervenit, si ve sors sit, si ve usura, aliudve lucrum, arg. l. si negotia 11. l. atquin 19. §. pen. ff. b. t. l. idemque 10. si procurator 3. ff. mandati, etiamsi plus justo, vel etiam id, quod indebitum erat, pro alio tanquam gestor accepisset, l. si autem 8. §. item si 1. l. si quis negotia 23. ff. b. t. Illud insuper, quod culpa ejus factum, quominus perveniret. Ad hæc usuræ gravissimas, si domini pecunias in suos usus converterit. Quamvis enim in bonæ fidei judiciis usuræ regulariter non maximæ, sed tantum ex more regionis, adeoque vulgares, ob moram præstari solent; tamen id hic jure singulari obtinuit propter insignem gestoris, pecuniam dominicam sine ejus voluntate possidentis, malitiam ac fraudem, l. qui sine usuris 53. ff. b. t. atque ita non obstat argumentum a procuratore desumptum, qui nummos mandantis in suos convertens usus, non maximas sed tantum vulgares usuras præstat, l. idemque 10. §. si procurator 3. ff. mandati, minus enim peccare videtur procurator, qui, cum ab initio nummos ex mandato ac voluntate domini cõpisset possidere, eosdem deinceps in suos convertit usus, quam quidem gestor, qui sine voluntate domini primitus pecuniam adeptus est, arg. d. t. 53. in fine ff. b. t. ubi & gestor tantum ad usuras vulgares tenetur, cum pecunias, sibi sine usuris creditas per eum, cujus negotia post gerere incipiebat, a se non exegisset; quod & cautum in l. si pupilli 6. §. ult. in fine ff. b. t. eo quod satis esset, ex non usurario debito usurarium facere. Quænamque nec ultra vulgares eum teneri æquum videtur, quoties non clanculum pecuniam in suos convertit usus, & latenter sibi paravit commodum, sed palam sibi adscripsit, quasi ipse sibi collocans fœnori dominicam pecuniam, ac se ex mutua pecunia obligans domino, arg. l. quoties 9. §. non tantum 7. l. non existimo 54. ff. de admin. & peric. tut. Quod si pecunias exactas gestor fœnori collocaverit, non modo usuras, quas exegit, restituere cogitur, sed & nominum periculum ad eum spectat, quoties aliqua in eo culpa deprehenditur, quod minus idoneo nummos crediderit, l. hirs comestata 37. §. 1. ff. b. t. Sed si neq. fœnori col-*

locaverit, neque in suos converterit usus, sed otiosas habuerit pecunias, non nisi ad ordinarias usuras tenetur, *d. l. atquin 19. §. pen. l. liberto 31. §. qui aliena 4. ff. b. t. nisi ea domini consuetudo fuerit, ut pecunias penes se haberet otiosas, quo casu nec gestor, easdem penes se repositas asservans, usurarum nomine quicquam præstat, l. qui semisser 13. §. ult. ff. de usuris, vel nisi justa causa subfuerit, propter quam gestor pecunias exactas seposuerit; veluti, si periculum erat, ne prædium in publicum committerentur, ne pena trajectitiæ pecunia augetur, aut ex compromisso committeretur, *l. debitor 13. ff. b. t.**

4. Culpam quod attinet, levissimam per eum regulariter præstandam esse, tum evidentes juris phrasilogiz, tum analogia dicat. Sic enim in *l. si mater 24. de usuris* dicitur, *omnem debere diligentiam præstare. Et in l. contrahitur quidam 23. ff. de regul. juris*, cum enarrasset Ulpianus contractus varios, in quibus præstanda erat præter dolum latamque culpam etiam levis, velut emtionem, pignus, tutelam, & alia, subiungit tandem *negotia gesta*, additque verba hæc emphatica *in his quidem* (bis scilicet postremo loco positis negotiis gestis) & *diligentiam*. Per quam diligentiam non aliud designare potuit, quam culpam levissimam absentiam; cum de lata ac levi jam ante egisset. Ac ne quis dubitet, idem ille Ulpianus eodem utitur loquendi modo circa commodatum, in quo levissimam præstari culpam inter omnes constat. Sic enim *l. ii ut certo 5. §. nunc videndum 2. ff. commodati, sed ubi utriusque utilitas veritur, ut in emto &c. & doli & culpa præstat. Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet ejus, cui commodatur; & ideo prior est Quinti Mutii sententia existimantis, & culpam præstandam esse & diligentiam*. Nec dicam Justinianum quoque, secutum exemplum Ulpiani, eadem de commodato ac negotiorum gestione pronunciare quantum ad culpam præstationem: etenim, cum in *§. 2. in med. Instit. quib. mod. re contrab. obligatio dixerit, at is, qui utendum accipit, sane quidem exactam diligentiam custodienda rei præstare jubetur: nec sufficit ei tantam diligentiam adhibere, quantum suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterat eam rem custodire, deinde §. 1. Instit. de obligationibus, qua quasi ex contractu, tractans de negotiis gestis, ait; & contra iste quoque tenetur, ut administrationis reddat rationem, quo casu ad exactissimam quique diligentiam compellitur reddere rationem; nec sufficit talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, si modo alius diligentior eo commodius administraturus esset negotia*. Est sane, si mandatarius de culpa levissima conveniri possit, *l. a procuratore 13. l. in re mandata 21. C. mandati*, rationem non video, cur non & ille, qui sponte sese administrationi alienorum negotiorum ingessit, de levissima deberet culpa respondere, præsertim cum aliunde constet, illos, qui ex natura contractus tantum de lata vel levi culpa tenerentur, tamen, si se sponte obtulerint, ad levissimam obstringi. Depositarius nihil præter dolum ac latam culpam præstat, *d. l. 23. ff. de regul. jur. d. l. 5. §. ff. commodati, §. præterea 5. Instit. quib. mod. re contrab. oblig.* sed si se obtulerit depositus, levissimam, *l. 1. §. reperi eorum 55. ff. depositi*. Tutor de levi culpa communiter tenetur; de levissima tamen, si oblata satisfactione solus admini-

strationem suscepit, *l. qui injuria 53. §. qui alienis 3. ff. de furiis*. Quod autem non nisi lata levisque culpæ per gestorem præstandæ mentio injicitur in *l. tutoris 20. C. b. t.* hanc nostram nequaquam subvertit sententiam; cum hæc lex non limitate loquens, sed tantum minus dicens, ex aliis legibus plenius definitibus, ac supra allegatis, supplenda sit. Ut nec eandem turbat rescriptum Imp. in *l. quicquid 7. C. arbitrium tutelæ*. Nam nec illic ulla addita inventitur particula taxativa, ut loquuntur, excludens culpæ levissimam præstationem: & si maxime eam subaudiamus, singulare quid in ea negotiorum gestorum actione, quæ ob curæ, etiam non sponte susceptæ, sed vel invito delatæ, administrationem movenda est, & ex rationis paritate cum actione tutelæ passu pari visa fuit incidere debere, esse potestatis. Vana quoque ratiocinatio est, exacta in negotiis alienis gerendis culpæ levissimæ præstatione, futurum, ut negotia absentium plerumque negligenter, cum insigni publico privatoque incommodo. Id enim quam non verum sit, mandati contractus abunde docet: in quo licet levissima culpa præstanda sit, *d. l. 13. C. 21. C. mandati*, non tamen desunt, qui ex mandato aliena negotia suscipiunt curanda, amicitia illa, ex qua mandatum originem trahit, mandatarium impellente ad ea ex mandato suscipienda, arg. *l. 1. §. ult. ff. mandati*, quæ proinde, deficiente mandato, etiam sponte amicus eadem officii & amicitie ratione permotus, tractabit libenter; invitatus per leges fiducia recuperandi erogata, juxta *d. §. 1. Inst. de oblig. qua quasi ex contractu*, non autem impunitate negligentie committenda. Quibus accedit, quod ita, non plerumque, at saltem frequenter, cum hominibus comparatum est, ut quemadmodum plus de facultatibus suis sperant, quam in iis est, ita quoque de industria sua & in alienis gerendis diligentia; quo fit, ut non gravate ad absentis amici negotia curanda stimulentur, propriæ diligentie præsumptione fidentes. Sunt tamen casus, quibus nihil præter dolum ac latam culpam a gestore præstandum est. Puta, si accesserit ad negotia amici jam neglecta, ac aliquin peritura, aut deteriora futura cum domini detrimento *l. a prætor 3. §. interdum 9. ff. b. t.* vel si quis a prætoris executor aut curator alieno negotio datus fuerit, *d. l. 3. §. si executor 8. ff. b. t. l. prætor ait 9. §. est præterea 5. ff. de reb. auct. jud. possid.* Denique gestoris successor, si inchoata per defunctum negotia ad finem perducant, arg. *l. 1. ff. de fidejuss. tutor. l. curatoris 17. C. b. t.* Quibus tam varie pro circumstantiarum diversitate in jure nostro definitis, non desunt, qui hodie in universum arbitrio judicis relinquendum arbitrantur, qualis in negotio unquoque gesto culpa præstanda sit, pro varia ejus conditione ac qualitate, Sim. van Leeuwen *cons. forens. pars. 1. lib. 4. cap. 26. n. 5.*

5. De casu fortuito, uti plerumque nullus ex natura contractus vel quasi, ita nec gestor obstrictus est, *l. si hæreditaria 22. ff. b. t.* Qua ratione, si gestor pecuniæ dominicæ administrationem habuerit, & eam sœnori collocando nomina contraxerit, periculum nominum illorum non præstat, ubi fortuitis casibus debitores ita fortunas suas amiserunt, ut desierint solvendo esse, nec appareat negligentia gestor, quod maturus creditum non repetierit, ut ante dictum, *l. iis 37. §. 1. ff. b. t.* Nisi tamen novum

negotium, quod non erat solitus absens dominus facere, hic nomine ejus gerat, veluti fœnerando pecunias, quas dominus erat solitus habere otiosas, aut venales novicios coemendo, vel aliquam negotiationem ineundo; nam, si quod damnum ex ea re secutum fuerit, gestorem gravabit: si quod lucrum, proderit domino: ut tamen, si in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens dominus lucrum debeat cum damno pensare, *l. si negotia 22. ff. b. t.* (secus quam est in societate, *l. de illo 25. §. 2. & ll. seqq. ff. pro socio*). Sic & casum præstat, si pecuniam ex venditione prædiorum, aut a debitoribus absentis exactam, non exsolverit absentis creditoribus; atque ita ea penes gestorem reposita manens sine culpa ejus perierit, *l. debitor meus 25. ff. b. t. uti & si prædionem potius ageret quam gestorem, non domini contemplatione, sed sui lucri causa, improbe ad negotia gerenda accedens, l. si pupilli 6. §. sed & si quis 3. ff. b. t. arg. l. fidejussor 32. verbis, non etiam casum, quia prædo fidejussor non videtur, ff. b. t. & generaliter, quoties non potest dominum convenire actione contraria, nisi quantum est locupletior factus est. Erroneum autem est, tum quoque de casu fortuito gestorem teneri, cum id pacto speciali actum fuerit; repugnante scilicet gestionis hujus, quasi contractum constituentis, natura, quo minus sine præcedente domini mandato tale pactum gestionis initio conciperetur. Unde & vix dubitandum, quin *l. negotium 22. C. b. t.* fugitiva sit, per incuriam complatorum illic posita, cum debuisset ad titulum mandati esse translata; nisi malimus illam legem intelligere de pacto speciali non ab initio, sed post negotium jam gestum interposito: quemadmodum ita pacti specialis mentio est in negotiis gestis in *l. sed an ultro io. pr. ff. b. t.**

6. Nec tantum conveniri potest gestor propterea, quæ gessit; sed & de non gestis, seu neglectis, si modo gerere debuerit. Gerere vero debuit & perficere ea, quæ inchoavit: nova inchoare non tenetur; nam, ut ajunt Imp. in *l. tutori 20. C. b. t.* & iidem prope verbis Papinianus in *l. tutoris 39. §. qui se negotiis 2. ff. de administr. & peric. tutor. huic propria volumus finem administrationis facit; & satis abundeque sufficit, si cui vel in paucis amici labore consulatur, adde *l. sed & cum 16. l. nam & Servius 21. §. si vivo 2. ff. b. t.* Nisi alius ea inchoaturus fuisset, qui nunc, quod alium gerere videret, destitit; vel nisi sequens negotium neglectum priori perfectio fuerit connexum, sic ut alius vir diligens illud quoque fuisset gesturus, *l. si pupilli 6. §. ult. ff. b. t.* vel denique gestor ab initio sic accesserit, ut omnia gereret absentis negotia, *l. sed & cum 16. ff. b. t.* Proinde si fuerit creditor ejus, cujus gerit negotia, ac paratam habeat absentis pecuniam, non aliis tantum absentis creditoribus, sed & sibi ipsi, solvere jubetur; tum ut evitet nummorum periculum; tum ut interruptat ulteriorem usurarum cursum, *l. debitor meus 15. ff. b. t. junct. l. divorcio 35. §. illum 2. ff. b. t.* Idemque est, si redhibitoriam habeat actionem vel ea actione teneatur, & vel res redhibenda vel pecunia restituenda inveniatur in rebus absentis *d. l. 36. §. sed nec 2. ff. b. t.* Et si pecuniæ fuerit debitor, a se quoque exigat necesse est, sic ut a se non exigens non tantum efficiat, ut debitum non usurarium, nisi nominatum ei usura remissæ essent, *d. l.**

6. §. ult. l. divorcio 35. §. ult. l. qui sine usuris ff. 38. b. t. vel non solitus fuerit dominus pecunias suas fœnerare, arg. *l. qui semisus 13. §. 1. ff. de usuris*, sed & tempore vel morte extinctum exigi nihilominus hac actione possit, *l. si autem 8. l. atquin 19. ff. b. t.* quasi jam ex eo tempore, quo negotia geri cœperunt, actio tempore vel morte periens, transfusa esset in negotiorum gestorum actionem. Quæ & in marito post divortium debitoris dotis obtinent, si uxoris suæ negotia gesserit, & a se ipso dotem non exegerit eo tempore, quo in solidum facere poterat, *l. divorcio 35. ff. b. t.* Quin imo, si gestor imprudens ab alio emerit rem absentis, cujus negotia curabat, ac eam absentis esse ante impletam usucapionem cognoverit; injunctum ei, ut aliquem subiciat, qui ab ipso petat rem absentis nomine absentis: ut ita & absentis res sua salva sit, & gestori actio ex stipulatu de evictione committatur. Nec videbitur dolum malum fecisse in hac subjectione; quia ideo hoc facere debuit, ne teneretur negotiorum gestorum actione, *l. atquin 19. §. cum mo 3. ff. b. t.* nec fraudem facere intelligitur, qui fraudem aut damnum evitat & excludit, *l. cum pater filios 77. §. Titio fratri 31. ff. de legat. 2.*

7. An autem ab aliis absentis debitoribus exigere possit quod illi debent, dubio non caret. Judiciali quidem interpellatione gestorem eos non posse efficaciter convenire, verius est; cum neque debitor tuto alteri solvat quam creditor, nec solvendo liberetur, si creditor solutionem ratam non habuerit, *l. dispensatorem 62. in fine ff. de solution.* Neque ullus, quam mandato carere constat, actionis pro alio in judicio movendæ facultatem habeat, *l. si pupilli 6. §. ult. ff. b. t. l. tutori 20. in fine C. b. t. l. naturalis 5. §. sed si facio 4. ff. de præscriptis verbis*, nisi gestor fuerit conjuncta persona ejus, cujus res curat, ac proinde sine mandato agendi potestatem habeat, nec admodum onerosum ei fuerit de rato cavere, quo casu non tantum potest, sed & debet exigere, si sic ab initio accesserit gestor, ut omnia gereret absentis negotia, *l. si autem is 8. ff. b. t. junct. l. sed & de ff. de procurator.* Sed hæc non impediunt, quo minus quilibet etiam extraneus negotiorum gestor debitores absentis extrajudiciali denunciatione ad solvendum interpellat, ad eum saltem effectum, ut creditori videantur debitores ex eo interpellationis tempore moram fecisse, subeantque vulgatas moratorum pœnas, *l. si quis solutioni 24. §. ult. ff. de usuris, l. si pupilli 6. 2. item queritur 9. ff. b. t.* Nec hoc casu per liberam personam acquiri videtur, sed officium impleri, sicuti cum quis furtum mihi facientem deprehendit, negotium meum agens manifesti furti actionem mihi parat; item cum procurator interpellaverit promissorem hominis, perpetuam facit stipulationem; ut eleganter ratiocinatur Paulus in *d. l. 24. in fine ff. de usuris*. Sed cum vix ulla hodie interpellationis extrajudicialis utilitas pecuniaria sit, ut latius *tit. de usuris* monstrandum erit; nec conjunctæ personæ sine mandato nunc ad agendum pro aliis admittantur, ut monitum *tit. de procuratoribus*; minorem hæc quæstio nostris in foris usum invenit. Adde Groenewegen *ad l. 8. ff. b. t.*

8. Contraria negotiorum gestorum actio gestori competit, ejusque hæredibus, adversus dominum, cujus absentis aut ignorantis negotia gesta sunt; &

si quidem pupilli sint gesta negotia, non in pupillum, sed potius tutorem: nam cum tutor ipse ex officii necessitate debuerit gerere, gestum censetur tutoris negotium, dum curatur id, quod pupilli est, *l. si pupilli 6. in pr. l. litis contestata 37. ff. b. t. nisi locupletior factus appareat litis contestata tempore pupillus, l. contra 2. C. b. t. d. l. 6. in pr. & d. l. 37. ff. b. t. vel hereditaria sint gesta negotia, cum postea pupillus haeres existeret; eo quod initium cuiusque negotii gesti spectandum est *l. nam & Servius 11. §. 1. junct. l. Pomponius 15. ff. b. t.* Ad id ut indemnis servetur, ac praestetur, quod nomine gestionis ei vel abest vel abfuturum est; ne officium ipsi damnosum sit, *l. si quis 2. ff. b. t.* Proinde, si se pro domino absente obligaverit, aut bona sua, recte petit, se vel rem suam ab eo liberari nexu, *d. l. 2. l. si quis mandatu 28. ff. b. t. arg. §. tutores 2. in fine Instit. de obligat. qua quasi ex contractu*, quandoque etiam, sibi actiones cedi, *l. qui injuria 53. §. quia alienis 3. ff. de furtis*, aut caveri sibi de restituendo eo, quod abfuturum est gestionis intuitu, *l. liberio 31. §. inter 1. ff. b. t. arg. l. si mandatu 45. §. item si 2. ff. mandati*. Praecipue vero comparata fuit hæc actio, ut gestor necessarias & utiles impensas recuperet (in quibus utilibus etiam est sumtus honeste ad honores per gradus pertinentes factus, *l. qua utiliter 45. ff. b. t.*) una cum usuria, quas vel ipse praestitit nomine pecuniae, in usum domini ab aliis mutuo acceptæ erogataque, vel ex sua pecunia, in utilitatem domini expensa potuisset percipere, *l. 2. in fine, l. atquin 19. §. pen. ff. b. t. l. ob negotium 16. C. b. t. l. & in contraria 37. ff. de usuris*. Nec contrarium probari potest ex *l. quid ergo 3. §. plane 2. ff. de contraria tutela & utili act.* quippe cujus non alia mens est, quam compensari debere usuras pecuniae, quam tutor in usus pupilli accepit mutuum, cum illis usuris, quas tutor ex pecunia pupilli non fenori collocata, cum collocanda fuisset, debuisset percipere. Hodie tamen ad sumtum erogatorum usuras non a tempore erogationis, sed demum litis contestata, condemnari eum, cujus negotia gesta sunt, communiter receptum est, Groenewegen *ad l. 18. C. b. t.* uti id vulgo in aliis quoque causis obtinere, dicitur *tit. de usuris*.*

9. Utrum vero adhuc duret erogatorum utilitas, nec ne, nihil refert: sufficit enim, si quis utiliter gesserit, etsi effectum non habuit negotium, & ideo si insulam fulsit, vel servum agrum curavit, etiam si insula exusta sit, vel servus obierit, aget nihilominus negotiorum gestorum, si modo ab initio utiliter erogatum sit; nam si nec ab initio apparuisset ulla utilitas, deneganda foret hæc actio contraria: utut enim eventum non spectamus, tamen utiliter saltem debet ceptum esse, *l. sed an ultro 10. §. 1. ff. b. t. l. si servum 10. C. b. t. arg. l. quod si servus 3. §. unde recte 7. & §. 3. l. servus in rem 17. ff. de in rem verso*. Unde & si ultra, quam oportuerat, impenderit, id solum recuperat, quod erogare debuerat, *l. si quis negotia 25. ff. b. t.* Sed nec illud praeterendum, eum, qui proprii commodi causa alienis sese immiscuit negotiis, non ultra hæc actione recuperare, quam quatenus is, cujus negotia sunt, locupletior inde factus fuerit, *l. si pupilli 6. §. sed & si 4. in fine ff. b. t.* in cujus paragraphi ter-

Voet ad Pandect. Tom. I.

tii fine ut pro actionem, legendum credam retentionem, quasi illic de male fidei possessore sermo esset, qui nullam pro impensis repetendis actionem habet, induci nequeo: eo quod admissa tali emendatione, non minor, quam servata lectione vulgata, difficultas est. Etenim, si male fidei possessor impensas fecerit animo gerendi negotia eorum, quorum res est, ordinariam habiturus est actionem negotiorum gestorum, non in id tantum, quatenus is, cujus res est, locupletior factus fuerit, sed in solidum illud, quod initio inspecto utiliter impensum est, secundum ordinariam illius actionis naturam. Sin desit illud gerendi negotii alieni propositum, impensas necessarias in solidum recuperare potest; utiles neque in solidum, neque pro parte, quatenus inde dominus locupletior factus est, sed tantum tollendi licentiam habet ex bono & aequo, quatenus id sine rei ipsius lesione fieri potest: quod aperte satis ab Imp. Gordiano innuitur in *l. domum 5. C. de rei vindicat.*; dum inquit, *ejus autem, quod impendit, rationem haberi non posse, merito rescriptum est: cum male fidei possessores ejus, quod in rem alienam impenderunt, non eorum negotiorum gerentes, quorum res est, nullam habeant repetitionem, nisi necessarios sumtus fecerint, sin autem utiles, licentia eis permittitur sine lesione prioris status rei eos auferre*. Adeoque, si in *d. l. 6. §. 3. ff. b. t.* ageretur de male fidei possessore, ille vel omnes impensas retentione debet recuperare, casu quo essent necessariae secundum *d. t. 5.* vel nullas, ac ne quidem, quatenus dominus inde locupletior factus est, si tantum essent utiles, *d. l. 5. & §. ex diverso 30. in fine Instit. de rerum divis.* cum tamen in *d. l. 6. §. 3.* sive actio sive retentio generaliter dicatur dari in id, quod dominus locupletior factus est. Hæc cum ita sit propius est, ut in *d. l. 6. §. 3.* neque agi de male fidei possessore; sed potius de negotiorum gestore, qui non possidebat rem alienam, sed tantum alterius negotia curabat, tractabat, simulato quidem gerendi proposito in domini utilitatem, re ipsa autem lucri sui causa in proprium commodum usumque intentata mente. Talis ergo, uti non conveniebatur rei vindicatione vel aliena simili in rem petitione, qua rerum alienarum possessores ad restitutionem adigi solent; sed directa negotiorum gestorum actione, prout habet *d. l. 6. §. 3.* ita & contrariam ei dari negotiorum gestorum actionem, æquum erat, sed quia non omnia aderant gestionis requisita, dum non *commodo domini, sed suo lucro studebat*, ideo quoque minus consequabatur, illud scilicet tantum, in quo dominus locupletior erat. Id saltem manifestum est, neque in *d. §. 3.* neque in tota lege sexta, ullam fieri mentionem possessoris male fidei, sed ejus, qui *improbe sui lucri causa ad negotia mea accessisse; negotia mea gessisse non mei contemplatione, sed sui lucri causa probatur*. Neque novum est, eum quoque, qui in fraude est, ac improbe facit, actionem habere ad indemnitatem, seu ad id, ut extra damnum sit. Sic enim furti quidem actionem furi leges denegarunt, ne ex sua lucretur improbitate, *l. itaque 12. §. sed furti 1. ff. de furtis*, commodati tamen dederunt repetitionem, *l. in ut 16. ff. commodati*.

10. Cessat in universum hæc actio contraria, si nulla prorsus utilitas initio inspecto potuerit ad do-

minum pervenire: veluti si indebitum solverit, vel plus quam debitum erat, *l. si quis negotia 25. ff. b. t.* vel si quis pecuniam pro debitore solvit, cum debitoris interesset, eam non solvi; forte ob ius retentionis aut similem causam, *l. cum pecuniam 43. ff. b. t.* etsi crediderit, se id, quod domino utile est, curare, *d. l. 10. in fine ff. b. t.* vel, si voluptatis causa tantum sumtus factus sit, *l. ex duobus 27. ff. b. t. l. quod si servus 3. §. sed si mutua 4. ff. de in rem verso*, nisi tamen respectu rerum inutiliter, aut voluptatis tantum causa, aut etiam male gestarum, ratihabitionem dominus interposuerit; impen- sa enim qualiscunque rata habita reddenda est, *l. Pomponius 9. ff. b. t.*

11. Cessat quoque, si quis inviti & prohibentis negotia gesserit; idque quantum ad erogata post prohibitionem factam; non item ratione eorum, quæ necdum facta prohibitionis expensa sunt, *l. ult. C. b. t. l. si autem is 8. §. Iulianus 3. ff. b. t.* Sed cum iniquum videatur alterum cum alterius iactura locupletior fieri; magis illud hodie videtur admittendum, ut eatenus saltem repetitio concedatur, quatenus inde dominus locupletior factus est; exemplo ejus, qui cum malæ fidei possessor esset, impensas fecit, ut alibi dicitur. Ita post Zypæum, Christinzum, aliosque Groenewegen *ad l. ult. C. b. t.* Ad hæc denegatur, si probetur alium de suo sumtus tales fuisse facturum, *l. contra 2. C. b. t.* vel si pietatis intuitu, non animo repetendi, sumptus fecerit, quod in dubio præsumendum est in matre liberos alente, aut tutores liberorum suorum suspectos postulante, aut liberis tutorem non habentibus petente, *l. Nerennius 34. l. i. r. qui amicitia 44. ff. b. t. l. 1. & l. alimenta 11. C. b. t.* in patre filio studiorum causa sumtus subministrante, *l. qua pater 50. ff. familia ercisc. in marito, uxoris agræ in curationem erogante, l. quod in uxorem 13. C. b. t.* Ut tamen repetitioni locus sit, si quis horum docere queat, se ab initio non pietatis intuitu, sed repetendi animo expendisse, *d. l. Nerennius 34. in fine ff. b. t.* aut impendia illa faciens habeat administrationem rerum ad eum, in cuius usum utilitatemque impendit, pertinentium; nam & tunc non de suis, sed ejus bonis, cuius gratia impendit, erogasse censendus est, arg. *l. ult. ff. de petit. hered. Sande dec. Frisic. libr. 2. tit. 8. defin. 3.* adde Carpvovium *defin. for. part. 2. constit. 10. defin. 22. & reqq.* imo in dubio hunc repetendi animum in matre, suspectos liberorum suorum tutores postulante, præsumendum hodiernis moribus esse, tradit post alios Groenewegen *ad d. l. 1. C. b. t.*

12. Ceterum, ut huic actioni locus sit, necesse non est, ut præcisè habeat animum obligandi illum, cuius negotium vere gestum est; sed sufficit, quod ejus opinionis ac voluntatis fuerit, ut aliena negotia gerat: quid enim, si se Titii negotia gerere arbitretur, cum ea non Titii, sed Mævii essent? adversus Mævium hoc casu efficaciter agi, responsum est, *l. item si 5. §. 1. l. si pupilli 6. §. si Titii 8. ff. b. t.* arg. *l. 29. comm. divid. l. qui utiliter 45. §. ult. ff. b. t.* quin & adversus ipsum Titium, si is id, quod gestum est, ratum habuerit: facit namque ratihabitionem negotium ejus, cuius illud ab initio non erat, sed per errorem contemplatione ipsius gestum fuit, *l. si pupilli 6. §. item quaritur 9. & §. 10. ff. b. t.*

qui Titius & ipse post ratihabitionem vicissim ei, cuius negotium vere erat, sic tenebitur hac actione, ac si ipse gessisset, arg. *l. ait prætor 3. §. ult. l. nam & 21. §. ult. ff. b. t.* Quod si se ex officii necessitate crediderit ad gerendum negotium obstructum esse, cum nulla talis subesset necessitas, adhuc huic actioni locum fore placuit, *l. ait prætor 3. §. hac actione 10. l. atquin 19. §. si libere 2. ff. b. t. l. curatorem 6. C. b. t.* Denique, si existimem, errore lapsus, mandatam mihi fuisse gestionem, cum mandatum deesset, etiam tunc ad hanc negotiorum gestorum actionem confugiendum esse, juris nostri auctores tradiderunt, *l. item si 5. pr. ff. b. t.* Adde *l. defussor 32. ff. b. t.*

13. Magis illud controversum est, an actio hæc danda sit, si quis aliena negotia gesserit, tanquam sua; veluti si se hæredem putans, æs alienum hæreditarium hæreditariis suo nomine exsolvat creditoribus. Hoc tamen casu potius est, ut ei conditio indebiti adversus creditorem detur, quam negotiorum gestorum actio adversus hæredem; eo quod ista solutione verus hæres, aut in genere verus debitor liberatus non fuit, *l. cum quis sibi 38. §. de peculio 2. ff. de solutionibus, l. si pater 19. §. quamvis 1. ff. de condit. indeb.* Nec his adversatur, quod Africanus hoc casu negotiorum gestorum actionem videtur concedere, ratione addita, quod debitor eo solutione liberatus sit, *l. ult. ff. b. t.* quodque possessori hæreditatis, ad restitutionem hæreditatis damnatæ, concessa fuerit deducendi soluti licentia, *l. in restituenda 4. l. 5. C. de petit. hereditas.* Commode namque (ut Africanum cum se ipso & rescriptis conciliemus) *d. l. ult.* ut ut simpliciter loquentem, acceperimus de hæreditatis possessore, qui æs alienum non suo proprio, sed hæreditario nomine solvit. Cum ex adverso in *d. l. 38. §. 2. ff. de solutionibus*, de eo tractet hæreditatis possessore, qui non alieno, sed suo nomine indebitum pecuniam solvit, ut verba legis habent. Qualis distinctio, an suo nomine solverit, an non suo nomine, etiam confirmari potest ex *l. vi quid possessor 31. ff. de petit. hered. junct. l. hereditas 50. §. 1. ff. eod. tit.* Vide Cujacium *ad Africanum, tract. 7. ad d. l. 38. §. 2. ff. de solutionibus & tractatu 8. ad d. l. ult. ff. b. t.* Ant. Fabrum *rational. ad l. ult. b. t.* Donellum *comment. jur. civilis libr. 14. cap. 13.*

14. Quod si dominus id, quod nomine ipsius gestum est, ratum habuerit, adhuc superesse negotiorum gestorum actionem post ratihabitionem, auctor est Imperator in *l. si pecuniam 9. C. b. t.* & Scavola in *l. Pomponius 9. ff. b. t.* quasi ratihabitione tali nihil actum fuisset, non interesset, utrum rata haberentur gesta, nec ne, *l. si sis, qui 50. ff. mandati, si pupilli 6. §. sed si ego 6. ff. b. t.* Contra mandati actioni tunc locum fore, quia ratihabitione mandato principali comparatur ac prorsus retrotrahitur, arguit, *l. semper qui non prohibet 50. ff. de regul. juris, l. ult. C. ad Senatusconsultum. Macedon. l. licet verum 56. ff. de judiciis.* Quicquid hic Pacio eman. *cont. 2. num. 53.* aliisque placuerit, videndum ego arbitror quæ mente ratihabitione interposita sit. Si enim eo animo, ut in mandatam abiret negotiorum gestio, actio mandati haud deneganda foret: at, si illud defuerit propositum, non aliud competeret, quam, quod ab initio natum fuit, negotiorum ge-

actorum iudicium. Quomodo & in aliis ex mente agentium adjudicari debere, quale intercesserit negotium, colligi potest ex traditis ab Ulpiano in *l. juris gentium* 7. §. quod fero 12. ff. de pactis, qui in questione dubia, & nostrae non multum dissimili, an pactum, an vero stipulatio crederetur intercessisse, ait; quod fero novissima pars pactorum ita seler inferri rogavit Titius, spondit Mævius; hac verba non tantum pactiois loco accipiuntur, sed etiam stipulationis; ideoque ex stipulatione nascitur actio: nisi contrarium specialiter approbatur, quod non animo stipulamentum hoc factum est, sed tantum paciscendum.

TITULUS VI.

De Calumniatoribus.

SUMMARIA.

1. Quid sit calumniator, quid actio in factum de calumniatoribus, & ad quid vendat?
2. Quibus competat, quibus non?
3. Contra quos datur? non contra eos, qui pecuniam dederunt, ut alteri lis moveretur.
4. Quid iurandum calumnia? qui id praestent & quo modo? qua pena recusantium?
5. Nec a iudice, nec ab adversario remitti potest. An iudicium sit nullum si illud exactum non sit, & ita nec praestitum?
6. Iurans & advocati de calumnia, & procuratores.
7. De ostendere duplici actione calumnia.
8. Quo modo bodie calumnia coarceatur? qua olim apud Romanos, qua in Hollandia seculis superioribus fuerint sponiones in lite.
9. Si appellans ex parte succumbat; an, & quo usque ad calumnia poenam teneatur?

1. Calumniator in criminalibus est qui falsa crimina scienter intendit, *l. 1. §. 1. ff. ad Senaturae*. Turpill. in civilibus omnis ille, qui per fraudem alteri litem iniquam facit sive agendo, sive excipiendo. Sed hoc in titulo strictiore sensu calumniator dicitur, qui pecuniam aut rem aliam accepit, ut, vel ne, litem per calumniam moveret. Idemque est, si pecuniam quidem non accepit, sed obligatione quadam liberatus sit, vel gratuita pecunia ei utenda data, aut minoris res vendita vel locata. Nec refert ante litem contestatam, an vero lite pendente accepit, *l. 1. §. 2. ff. b. t.* nec, utrum ei datum sit, an ipse alteri dari iusserit, vel acceptum suo nomine ratum habuerit: generaliter enim si quid omnino compendii sensit, calumniator est, *l. 1. §. ult. l. 2. l. 3. ff. b. t.* Denique nec interest, impleverit illud, ob quid faciendum vel non faciendum accepit pecuniam, an non; cum ipsa pecunia calumniosa perceptio delictum ponat, *d. l. 3. §. 1. ff. b. t.* cuius coercendi gratia comparata fuit actio praetoria in factum de calumniatoribus, intra annum in quadruplum, post annum in simplum acceptae pecuniae; nisi tales sint termini, ut data condici possint; quo casu necesse non est, post annum in simplum hanc dari actionem, *l. 1. l. in heredem 5. §. 1. ff. b. t.* computatur autem hic annus a tempore quidem donationis, si quis dederit, ne sibi lis moveretur; a tempore vero scientiae, si dederit alius, *l. annus 6. ff. b. t.* Nec

quadruplum mere poenale est, sed inest ei ipsa res seu id, quod datum est, *d. l. 5. §. 1. ff. b. t.* nisi quis dederit, ne alteri lis moveatur, tunc enim & is, qui dedit, repetere data potest, & insuper ei, propter quem datum, ne calumnia ei fiat, in quadruplum actio salva est, *l. si quis ab alio 7. ff. b. t.*

2. Competit hac actio ei, cui per calumniam lis movenda erat; ut & illi, qui dedit, ne sibi lis moveretur; adeo ut, si quis & a te pecuniam acceperit, ut negotium mihi faceret, & a me, ne mihi faceret, duobus mihi iudiciis de calumnia obstrictus sit, *l. & generaliter 3. §. ult. ff. b. t.* Non tamen ei datur, qui dedit, ut alteri calumnia fieret; quippe, qui ne data quidem condicere potest, cum turpiter fecerit, *d. l. 3. §. ult. ff. b. t.* uti nec ei, qui quid dedit, ne tertio lis moveretur; quippe qui solam habet datorum repetitionem, *l. si quis ab alio 7. ff. b. t.* nec denique heredibus; cum exemplo actiones injuriarum meram ultionis persecutionem contineat: ut tamen datorum conditio heredibus deneganda non sit quoties defunctus dedit, *l. hac actio 4. ff. b. t.*

3. Intentanda autem adversus eos, qui pecuniam acceperunt, ut, vel ne alteri calumniam facerent, ut ante dictum. Non tamen contra heredes eorum, nisi quatenus ad eos pervenit: ut enim ex delictis defunctorum heredes teneri noluit Romani juris dispositio, ita nec lucrari quicquam permisit; sed potius turpia lucra heredibus extorqueri iussit, licet crimina morte extinguerentur, *l. in heredem 5. pr. ff. b. t.* Sic nec hac actione conveniri potest parens aut patronus *l. paren. 5. ff. de obsequiis paren. & patron. prae.* nec is, qui dedit, ut alteri lis moveretur: quamvis enim ipse videatur movisse litem, qui mandat alteri calumniam, & ob id ei pecuniam subministrat; tamen quia delictum hac actione coercendum non in lite per calumniam mota, sed tantum calumniosa pecunia vel commodi alterius perceptione consistit, etiamsi negotium factum non sit, *d. l. 5. §. 1. ff. b. t.* is quidem, qui pecuniam dedit, amittit eam in poenam malitiae, sed huic in quadruplum iudicio non subicitur.

4. Ceterum, quo magis in universum omnis calumnia a iudiciis abesset, ac reprimeretur temeritas litigantium, inductum fuit, ut in ingressu litis iusjurandum calumnia interponatur; quod non veritatis, sed credulitatis est, de bona fide litigantis conceptum; actore quidem ex animi sui scientia ac sententia jurante, se non calumnia causa litem intendere; reo vero, se non calumnia causa ad inficias ire, *l. cum & iudices 2. in med. princ. & §. 2. C. de iurejurando propter calumniam dando, l. inter 46. §. qui familia 4. ff. familiae erciscunda, conjuncta tam rei quam actoris formula in utroque litigante, quoties in iudiciis duplicibus, veluti familiae erciscundae ac similibus, actores simul & rei sunt, d. l. 44. §. 4. ff. famil. ercisc. tutoribus etiam ac curatoribus non aliter ad lites pro pupillo admittendis, quam si hoc iusjurandum interposuerunt, d. l. 2. §. quod observari 2. C. de iurejur. propt. cal. Quod si id actor subire noluerit, quasi improbus litigator, ab inatuta cadit actione, & a limine iudicii depellendus est, *d. l. 2. §. quod si actor 8. C. de iur. propt. cal. dando, sin reus recuset, pro confesso habetur, d. l. 2. §. 7. C. eod. tit.* Nec ulli hac jurandi necessitas jure novo remissa est, *novell. 49. cap. quia**

igitur 5. quamvis jure veteri parentes ac patroni immunes fuerint, *l. de die 8. ff. jubetur 5. ff. qui rati d. cog. si patronus 16. ff. de jurejurando, l. qui bona fide 13. §. penult. ff. de damno infecto*. Quorum legum cum manifestus sensus sit, & lectio constans, merito in *l. jurejurandum 34. §. qui jurejurandum 4. ff. de jurejurando pro neque patrono, neque parentibus*, legendum esse, *aque patrono atque parentibus*, ab aliis jam observatum est. Uti & immunes fuerint clerici, quippe qui in universum jurare prohibiti, *l. cum clericis 25. §. 1. C. de episc. & clericis*. & jure feudali nec dominus a vasallo, nec vasallus a domino hoc jurejurandum exigere potest, *lib. 2. feud. tit. 33. §. 1.*

5. Et quamvis jurejurandum veritatis adversarius adversario, ac testi adversus se producto remittere possit, eo quod ista ratione suo tantum juri renunciat, & quasi causam adversario donat; hoc tamen calumnie sacramentum nec a parte adversa, nec a iudice remitti potest: cum non privati cujusque, sed publicam concernat utilitatem, ne litibus iniquis, ac per calumniam confectis, perstreperent tribunalia, sed & lites diminuerentur & calumniatores, *l. 2. §. sed quia 4. & §. sic enim 8. C. de jurejur. propter calumn. dando*. Si tamen hoc calumnie jurejurandum, cum exigi deberet, neque per adversarium exactum fuerit, non ideo iudicium ipso jure nullum erit, aut sententia invalida, arg. *l. filiusfamilias 8. §. veterani 2. ff. de procurator. quod & jure Canonico nominatim cautum c. 1. in med. de jurejurand. calumnia in 6. Perezius tit. C. de jurejur. propter calumn. dando, n. quid ergo 10. Rittershusius ad novell. part. 9. c. 19. n. 15. Andr. Gayl. lib. 1. observ. 85. n. a.*

6. Ceterum non ipsi tantum litigantes hoc jurejurandum interponere jubentur, sed & advocati ipsorum, ut dictum *tit. de postulando*. Procuratores quod attinet quamvis id non generaliter aut diserte in jure civili tantum inveniat, ut de calumnia jurent; quia tamen & tutoribus & advocatis imposita fuit hac jurandi necessitas, nulla ratio est, cur non & procuratores ad id adacti fuissent; praesertim, cum ipsi fierent litis domini; hujusque rei argumentum esse arbitror, quod, si quis procuratorio nomine cautionem de damno infecto exigeret, jurare debuerit, non calumnia causa id eum, cujus nomine cautum postulat, fuisse postulaturum, *l. qui bona 13. §. si alieno 13. ff. de damno infecto*. Quicquid fuerit secundum jus Romanum; jure saltem Canonico lajunctum ipsis, ut non tantum nomine domini, sed & suo, hoc jurejurandum interponant, *cap. in appellationis 2. in med. de juramento calumnia in 6. Perezius d. tit. C. de jurejur. propter calumn. dando num. 5. 6. Andr. Gayl. lib. 1. observ. 88. in pr. quem de hoc jurejurando ex usu fere plura tractantem vide d. lib. 1. observ. 83. & seq. usque ad observ. 91.* Et cum nostris ac aliorum moribus aequum publicum sit procuratoris, quam advocati officium, etiam in ingressu muneris jurejurandum calumniae praestare compellantur, annuatim deinceps stato tempore repetendum, *Instruct. Curiae Holl. art. 71. Curiae Ultraject. tit. 5. van Procurators art. 1. Brabant art. 287. 289. art. junct. 322. 323. Flandriae art. 153. 154. 155.*

7. Fuit insuper jure Romano nota actio de calumnia, ei accommodata, cui quæstio servitutis improbe mota erat, ad poenam arbitrarium usque ad exilium, *l. cui neccitatis 39. §. ff. de liberali causa, l. si tibi 31. C. eod. tit.* Fuit & vetus actio calumniae adversus actores in decimam litis partem, quæ postea abrogata, *§. 1. Inst. de pena temer. litig. l. 2. §. sic enim 8. C. de jurejur. propter calumn. dando*; jure tamen novissimo ex parte reducta est, *novell. 112. cap. ad excludendas 2.*

8. Hodie autem in Hollandia vix usus est jurejurandi calumniae per ipsum actorem aut reum praestandi ante litem contestatam. Sed cum ad interrogata pendente lite respondere jubentur litigantes, huic jurejurando locus est; quæ de re latius *ad tit. interrog. in jure facien.* De cetero temeritas ac calumnia litigantium hodie plerumque coercetur damnatione in expensis litis, de qua *tit. de re judicata* dicitur: ad hæc mulctis in unoquoque foro constitutis adversus eos, qui temere appellationem a sententiis iudicum inferiorum, aut reductionem ab arbitratorum definitione petierint, aut reformationem, aut revisionem, aut reauditionem, (sit venia verbis in foro receptis) aut restitutionem, aut mandata penalia contra executionem sententiarum, aut alia, de quibus novissime placitum Ordinum Hollandiae Zelandiaeque vulgo, *nader provisionell accordtussen Holland en Zeland. 11. Junii 1674. art. 36. & seq. usque ad art. 46. Adde Instruct. Curiae Ultraject. tit. van appell. art. 2. 3. & tit. van revise art. 1. Placitum Ordin. genral. 24. Maii 1680.* Quale genus mulctandi eos qui temere ad superiorem iudicem provocaverint, etiam antiquitus placuisse Romanis, docet Brissonius *aniquit. lib. 2. cap. 18.* nec longe hinc absunt depositiones antiquæ pecuniarum in prima lite, ac interpositæ in appellatione sponsones, secundum quas victus amissione depositarum pecuniarum mulctabatur. De quibus Ravardus *lib. 5. varior. cap. 10.* Quales sponsones inter actorem & reum, pecunia deposita, etiam in Hollandia seculis superioribus probatas fuisse, sic ut easdem recusans sive actor sive reus in lite succumberet, & sponsonem facta succubens pecuniam sponsonem depositam amitteret, docet Grotius *manuduct. ad jurisprad. Holl. lib. 3. cap. 3. n. 115. 116.*

9. Quod si appellans a sententia variis constante capitibus, in nonnullis vincat, succumbat in aliis; arbitrio iudicis videtur definiendum, an, & quatenus appellationis temerariæ multa cessare debeat; quod & habet *Instruct. Curiae supremæ art. 221. Curiae Ultraject. tit. van appell. art. 9.* Uti ex adverso, si enormis & continuata appareat litigantis calumnia, iudex extraordinarium calumniae poenam imponere potest, arg. *l. pen. ff. h. l. 2. quod & cautum Instruct. Curiae Holland. art. 213. Ultraject. tit. van appell. art. 2. in fine*, atque ita temerarium quempiam litigatorem ob insignem calumniam, præter ordinariam, frivola appellationis multam, in trecentos florenos, in ornamentum subselliorum auditorii publici erogandos, fuisse condemnatum, testis est Neostadius *Cur. supremæ dec. 88. in fine.*

TITULUS I.

De in integrum restitutionibus.

SUMMARIA.

1. *Quanta aequitate nitatur restitutio? quid sit, & quos modis impetretur?*
2. *Cujus jurisdictionis sit restitutio? qui jure Romano possint restituere? non minor magistratus contra sententiam superioris; quisque tamen contra suam.*
3. *Quis jure hodierno restituat, ubi de incidentibus in lite questio est?*
4. *Quis, ubi adversus negotia principalia, contractus, additiones hereditatum, & similia, restitutio facienda sit? An judices Universitatis Leydenis?*
5. *Non supremos, sed ordinarios judices, cognoscere de justitia restitutionis ex mandato supremorum, & confirmare restitutionem?*
6. *Quid agendum, si quis restitui velit adversus negotium, quod non apud judices, sed arbitros compromissarios ventilatur?*
7. *Quis censeatur iudex competens, ad id, ut ei examen causa restitutionis ac confirmatio committatur? sive adversus summo jure valida, sive adversus summo jure nulla, restitutio petatur?*
8. *Si contra sententiam restitutio petatur, an examen committi possit ipsi judici, qui sententiam tulit? an & ei, qui judicante superior est?*
9. *Qui petere possint restitutionem? an procuratores, & quale in iis requiratur mandatum? an persona conjuncta sine mandato? an syndici, bonorum curatores, tutores &c.?*
10. *Petitur contra ledentes, quandoque & contra tertios possessores? An contra tertios possessores? An contra heredes, remissive?*
11. *Non datur restitutio, si tantum modica sit lesio. Qua gravior censenda sit lesio, arbitrio judicis committendum.*
12. *Non datur, si alia ordinaria remedia supersint; nisi remedium ordinarium & extraordinarium, non infamans, adversus eundem competat, vel restitutio pinguior sit.*
13. *Non etiam, si quis ipso jure tutus sit; nisi ex abundantia, secundum mores.*
14. *An iterum petere possit, qui remel repulsam est passus, ex eadem causa? an ex alia? an si causa prioris plenioris caperit habere probationes?*
15. *An contra parentes & patronos detur restitutio? quid moribus?*
16. *Intra quadriennium petenda restitutio, exceptis quibusdam casibus, quibus brevius aut longius tempus a jure praefinitum est.*
17. *An facultas petenda restitutionis duret quadriennio, si actio extincta, contra quam restitutio petitur, breviori tempore duret, vel pauci tantum dies ad agendum superfuissent ante natum agendi impedimentum?*
18. *Currit quadriennium, licet absens sit is, contra*

quem restitutio petenda, si modo procuratorem vel defensorem reliquerit.

19. *Ex quo tempore quadriennium computandum sit in singulis restitutionum causis, & an ignorantibus id tempus currat?*
20. *Quid moribus observetur circa tempora petenda restitutionis, etiam, cum ea petitur adversus negotia ipso jure nulla?*
21. *Quis sit effectus restitutionis? probatur, non esse judicium duplex, rescindens & rescissorium, qualescunque fuerit causa restitutionis.*
22. *Restituendum cum re etiam fructus. Et vicissim it, contra quem restitutio fit, indemnitas servandus est; qua occasione de recuperandis impensis, redintegrandis actionibus, & quales actiones ei, contra quem restitutio fit, non redintegrentur? an restitutione adversus emissionem pro parte impetrata, adversarius a tota possit emissione recedere?*
23. *An impetrata restitutione adversus sententiam, ea quoque infirma sit, quatenus damnosa fuit ei, contra quem restitutio facta est?*
24. *Restitutio facta strictam recipit interpretationem. An minor, qui mutui accepti nomine usuras solverat, adversus mutuum restitutas usuras solutas repetere possit, si in restitutione mentio usurarum facta non sit?*
25. *An pendente petitione restitutionis, sententia vel negotium, contra quod ea petitur, executioni dari possit? & quid moribus obtineat?*
26. *Quot sint iusta causa restitutionis? & quid, si plures in eandem personam & rem concurrant?*
27. *Nemo invidius tenetur petere restitutionem, a petitione capta potest desistere, & jam impetrata renunciare; quo casu nec adversarius sentit effectum restitutionis, qua ei ex consequentia profuisset.*
28. *Ubi de negotiis tractetur, in quibus dubium, an majorennibus subveniendum sit?*
29. *Cujus loci statuta sint observanda in restitutione concedenda vel deneganda per distinctiones varias explicatur.*

1. **R**estitutio in integrum nulla eget commendatione, cum se ipsam ex aequitate sua satis commendat l. 1. ff. b. t. nisi enim naturalis substat apparet aequitas, qua suadeat concedi restitutionem, & iniquam faciat adversarii causam, deneganda foret. Et licet restitutionis beneficium praeter juris civilis, in naturali ratione fundati, particulares regulas, per quas ad generalem aequitatis normam pervenitur, videatur indulgeri; ita ut inde etiam extraordinarium appelletur remedium: quia tamen negotii gesti quaedam adjuncta & circumstantiae efficiebant, ut illarum regularum particularium aequitas cessaret, nihilque superesset praeter jus strictum, rigidum, atque durum; ex sola aequitate generali introductus fuit usus in integrum restitutionis, l. pen. ff. b. t. l. 1. in pr. ff. de minor. 25. annis, l. 1. pr. ff. ex quib. causis majores. Quae est redintegranda

rei seu causæ actio, Paulus, *recept. sent. lib. 1. tit. 7. in pr.* atque tunc consideratur quatenus a læsis intenditur, & a magistratu petitur; actionis vocabulo tam late sumto, ut & extraordinarias officii judicialis implorationes complectatur, quæ non habent juris ordinarii executionem; juxta *l. pecunia verbum 178. §. actionis 2. ff. de verbor. signif.* quamvis & verum sit, opposita exceptione, restitutionis auxilium peti posse, quo casu non tam redintegrandæ rei actio, quam potius exceptio, dicenda foret. Describitur aliter (in quantum a magistratu conceditur) in pristinum statum repositio & negotii instauratio, *l. 2. C. si adversus transact. vel amissæ causæ redintegratio, l. adolescentia 2. C. in quib. caus. in integ. restit. necess. non est*; est enim remedium extraordinarium, quo prætor vi sui officii & jurisdictionis, naturalem secutus æquitatem, homines læsos aut circumventos ex justa causa in pristinum statum reponit, perinde ac si nullum negotium damnosum gestum esset, vel saltem indemnes eos servari jubet. In pristinum quidem statum fit restitutio dupliciter, puta cum vel sine actione instituta extra ordinem prætoris imploratur auxilium, quo implorato, demum fit in jus vocatio adversarii; quod accidit in minoribus, qui postulant prætoriam cognitionem, eaque concessa adversarium vocant, *l. minor 39. ff. de evict. l. quod si minor 24. §. ult. ff. de minor. 25. annis*, vel adjectione per prætorem comparata, ac in iudicium deducta impetratur negotii rescissio, & restitutio amissæ rei; quod in metu & dolo & absentia justa contingit; quo pertinet metus ac doli actio, & rescissoria. Indemnitas vero læsis præstatur, cum, intacto ac ilibato negotio gesto, (veluti alienatione, quæ iudicii mutandi causa facta est) lædens læso tantum in id, quod interest damnatum, actione in factum ob id inducitur.

2. Restitutiones hæc species sunt illius jurisdictionis, in qua magis mixtum imperium, quam iudicatio dominatur: unde & soli majores, at non municipales magistratus restitutionis faciendæ potestate gaudent: multoque minus pedanei iudices proprie dicti, omni carentes jurisdictione, arg. *l. ea, quæ 26. pr. & §. 1. ff. ad municipalem*. Adde *tit. de jurisdictione*, licet non desint, qui jure quidem Pandectarum hæc obtinere, sed jure Codicis municipalibus quoque magistratibus hoc restituendi jus competere autumant. Oddus *de restitutionibus part. 1. quest. 32. art. 3. 4. 5.* Illud plane constat, mandataris jurisdictionis, qui improprie dicuntur iudices dati, ex vi mandatæ jurisdictionis potuisse competere restitutionis concedendæ potestatem; eo quod hæc restituendi facultas ordinariæ potius, quam legalis seu legitimæ jurisdictionis species est, *l. ult. C. ubi & apud quem cognit. in integ. restit. agitando sit. Cujacius paratit. C. eod. tit.* Et jure quidem Romano haud dubium, quin restitutionem ex justa causa facere poterit Princeps, *l. 1. C. ubi & apud quem cognit. in integ. restit. agitando sit, l. minor autem 15. §. 1. 2. 3. 4. ff. de minor. 25. annis*, præfectus prætorio, præfectus urbi, *l. in causa 16. §. ult. l. 17. ff. de minor. 25. annis*, prætor *l. nemo 5. ff. b. s. & passim in legibus*, præsens, *l. quoniam 2. C. ubi & apud quem cognit. in integ. restit. agitando sit, l. si adversus 2. C. si adversus fiscum*. Procurator Cæsaris seu rationalis, & quidem vel

præsidi junctus, vel etiam solus, *d. l. 2. & l. 3. C. si adversus fiscum*, dummodo id unum caveretur, ne magistratus inferior adversus ea, quæ a majore magistratu gesta erant, restitutionem indulgeret. Hinc contra sententiam præfecti prætorio, vel procuratoris Cæsaris, vel iudicis a Principe dati, solus Princeps restitutionem concedere potuit, *l. minor autem 18. pr. & §. 3. 4. ff. de minorib. 25. annis, l. 1. C. ubi & apud quem cognit. in integ. restit. agitando sit, l. adversus 3. C. si advers. rem. jud.* contra propriam tamen sententiam magistratum habuisse restituendi facultatem, evidens est ex *l. in causa 16. §. ult. l. 17. l. præses 42. ff. de minor. 25. annis, l. unic. in fine ff. de offic. præfecti prætorio*. Quamvis enim traditum sit, id, quod jussit vetuitve prætor, contrario ejus imperio tolli posse, sed de sententiis contra esse, *l. quod jussit 14. ff. de re judicata*, ac præsidem ne pecuniariam quidem sententiam suam posse revocare, *l. 1. §. ult. in fine ff. de quæstion. junct. l. judex; posteaquam 55. ff. de re judicata, l. eor, qui 6. C. de appellat.* tamen ea limitanda erunt, ut locum habeant, nisi per eos qui læsi sunt, extraordinarium restitutionis auxilium imploratum sit. Quod & regulariter non debet indulgeri, nisi vel specialiter vel saltem generaliter petatum sit, vide apud Oddum *de restitutionibus part. 1. quest. 31. art. 1.* Adversus libertatem tamen nullus præter Principem recte restituit, *l. si ex causa 9. §. ult. l. 10. ff. de minor. 25. annis*.

3. Mores vero hodiernos quod attinet, distinguendum omnino est, utrum restitutio tantum petenda sit ratione incidentium in lite, an vero adversus principale negotium gestum. Si enim tantum de incidentibus litis quæstio sit, veluti, ut novas liceat facere productiones probationum, aut nova facta ponere, ut prioribus allegatis adjicere per modum additionis, aut libellum emendare vel mutare; aut si quis adversus lapsum temporis ad respondendum, replicandum, reprobandum, salvandum, addendum, aliosve actus judiciales exercendos indultus, restitui desideret, ita in Ultrajectino solo receptum est, ut non tantum curia Provincialis, sed urbani quoque iudices de hisce restitutionis concedendæ facultatem habeant in litibus suo pro tribunali agitatis ac pendentibus: ac soli pagani iudices hac careant potestate, implorando tunc in hisce restitutionis auxilio a iudice seu curia provinciali, Instruēt. Curiz Ultraject. *tit. 1. art. 34. Wassenaar præf. judic. cap. 2. num. 13.* In Hollandia Curia provinciali in hisce restituendi licentiam concessit Philippus Rex Hesp. anno 1562. *27. die Augusti art. 5.* quod & postea confirmatum *conversione inter Hollandos ac Zelandos 3. Augusti anni 1537. art. 12.* & si quidem eoram inferioribus iudicibus lis pendeat, solere quidem in supradictis negotiis restitutionem a superiori iudice peti, auctor est Groenewegen *ad §. 34. & 35. Instruēt. de action. Simon van Leeuwen cons. forens. part. 2. lib. 1. cap. 24. num. ult.* quod & habet Instruēctio Curiz Brabantinæ *art. 474.* subjungit tamen Leeuwen *d. l. se non videre*, cur non etiam ab eodem iudice inferiore, apud quem lis pendet, peti ista & imperari possunt; cujus etiam opinionem quo minus in urbanis saltem iudiciis admittamus, exemplo vicinæ Dioceseos Ultrajectinæ, ratio satis justa non videtur subesse.

4. Quod si ex adverso restitutio impetranda sit de negotio quo principali gesto, veluti adversus contractus, ac transactiones, hereditatum additiones aut repudiationes, prescriptiones, res judicatas, & alia his similia: non nisi a maiestate suprema, aut iis, quibus id nominatim maiestas demandaverit, peti posse verius est. Qua ratione in Gallia a solo Rege, aut supremis ejus curiis, has tum minorennibus tum majorennibus restitutiones concedi posse, testis est Rebuffus *ad constit. regias in premio gloss. 5. num. 48. 49. Oddus de restitution. part. 1. quart. 32. art. 3. num. 28. vers. tertio facit. Gudelinus de jure noviss. lib. 3. cap. 14. vers. convenit. Nec aliter Ultrajecti servatur, ubi ea potestas curiæ provinciali, quæ ibidem suprema, ab Ordinibus tributa est. Instruct. Curiæ Ultraject. tit. 1. art. 33. Wassenaar *præf. judic. cap. 1. n. 14. Idemque Hollandiæ ac Zelandiis placuisse constat ex instructione supremae curiæ art. 23. qua cautum, ne ullus alius præter supremam curiam restitutiones in negotiis principalibus (reliementen van contracten substantiele ende extrajudiciele bevaarnissen) concedat: ut tamen & ipsi Ordines, in neglecta petitione investituræ renovandæ aditi, post illam potestatem curiæ supremae datam, restitutionem quandoque indulerint, uti constat ex formula restitutionis, exhibita in libello, cui titulus, *notabele punten van Leenen, door Jacob de Jonge pag. mibi 41. 42.* Quibus consequens est, ut fateamur, hujus nostræ Universitatis Leydensis iudicibus non competere restituendi jus adversus damnosos contractus, quibus se cives Academici læsos arbitrantur. Quamvis enim non minor in diffidendis causis civilibus ac criminalibus iudicium Academicorum, quam supremae curiæ potestas sit; in quantum utrobique a latis sententiis nullum appellacionis, sed tantum supplicationis remedium succumbentibus restat; quia tamen ita placuit Ordinibus, ut in restitutione faciendâ nullus vice sacra fungeretur præter memoratam supremam curiam; nec ad consequentias trahenda sunt, quæ certis tantum demandata personis, non qua iudicibus, sed magis maiestatem representantibus; frustra fuerit tribunal nostrum, si ambitiose restitutionis faciendæ sibi arrogaret prærogativam.**

5. Ita autem a supremis tribunalibus hæc restitutio conceditur, ut tamen examen universum causæ restitutionis ordinariis debeat committi iudicibus. Sive enim restitui quisquam desideret adversus negotium damnosum, sed necdum in iudicium deductum, eumque in finem Principi seu eum representanti Curia libellum offerat, restitutionis petitionem comprehendentem, sive, negotio damno in iudicium jam deducto, petat ab eodem Principe seu curia, sibi concedi licentiam offerendi in iudicio libellum supplicem (vulgo requestam civilem) restitutionis obtinendæ gratia, utroque in casu iudicium inferiorum ordinarium notioni committitur ac disquisitioni, an preces sat justæ sint ac veritate nitantur: ut si veræ sint, confirmetur restitutionis diploma, ac in acta publica referatur, (vulgo *interienerur*) sin minus, restitutionis auxilium petenti denegetur; eo fere modo, quo olim prætor iudici pèdaneo causam committebat, cum formula, ut, si appareret reum dare facere oportere, eundem condemnaret. Quæ uti quotidiana praxi firmata sunt,

ita & tradita a Zypeo *notitia juris Belgici tit. de in integrum restitutione. Hug. Grotio Manuduct. ad Jurisprud. Holland. lib. 3. cap. 48. Christinzo vol. 2. decis. 134. n. 1. Brouwero de jure connubior. l. 1. cap. 17. num. 23. Antonio Matthæo de auctionibus libr. 1. cap. 16. num. ult. in fine, Petro Vromans de foro competente lib. 1. cap. 2. num. 2. Gerardo Wassenaar *præf. judic. cap. 2. num. 14. Et passim toto capite. Paulo Voet ad §. 5. Instit. de action. num. 3. Sim. van Leeuwen censur for. part. 1. lib. 4. cap. 40. num. 3. 4. 5. 6. ac usque adeo obtinent, ut ne liceat quidem supremis curiis, restitutionis potestate præditis, petita restitutione, plenam causæ cognitionem sub eo prætextu ad se evocare, sibi que arrogare, nisi ex ipsa negotii natura, extra omnem restitutionis considerationem, curiarum illarum, & non iudicium inferiorum, ea de re notio esset, Instruct. Curiæ Ultraject. tit. 1. art. 33. in fine, Curia Brabantinæ art. 474. in fine, Wassenaar *d. cap. 2. num. 15.***

6. Quod si lite apud arbitros compromissarios pendente, alteruter litigantium adversus contractum aliudve simile negotium principale restitutionem petat, cum clausula, ut examen causæ restitutionis arbitris committatur, denegari in Hollandia a Curia suprema solet restitutionis decretum; eo quod, uti jure Romano, ita & nunc, cognitio restitutionis in integrum arbitrorum, ex conventionione partium electorum, potestatem excedit, *l. ult. C. ubi & apud quem cognit. in integr. restit. agitando sit*, ne tamen, omni auxilio læsis denegato, ad iniquum arbitrium interponendum arbitri viderentur obstricti esse, injungitur ejusdem curiæ decreto, ut petita restitutionis rationem habeant in iudicando; *dat arbiters in'te doen van hare uitspraak daar op sodanich regard sul-len nemen, als sy leyden goeder conscientie sul-len bevoinden te behooren.* Sed si tantum restitutionis petitio tendat ad ea, quæ sunt in lite incidentia, veluti ut novas liceat apud arbitros facere probationum productiones, simpliciter a suprema curia id faciendi potestas conceditur, cum mandato, ut arbitri in iudicando novarum quoque probationum rationem habeant ex æquo & bono, exemplis tamen earum adversario prius editis. Van Alphens Papagey *1. deel tit. 44. in fine, pag. 615. in f. & 616. in pr.*

7. Ceterum, cum restitutio ipsa tantum a Principe fiat, cognitio vero causæ ordinario demandanda sit iudici, ut ante dictum, atque adeo quantum ad cognitionem non ita a communibus juris regulis recessum fuerit; consentaneum rationi est, ut, quemadmodum in aliis negotiis, ita & hic, examen causæ delegetur illis, qui reo iudices competentes sunt, actore forum rei frequentante. Sic ut iudex competens ad cognoscendum hic merito dicatur, in cujus territorio domicilium habet adversarius, contra quem restitutionis remedium est imploratum, *l. quoniam 2. Cod. ubi & apud quem cogn. in integr. restit. agitur. Ant. Faber Cod. lib. 2. tit. 31. definit. 1. Petrus Barbosa ad l. 19. §. proinde, num. 21. Et seqq. ff. de iudiciis, aut ubi contractus, contra quem restitutio desideratur, celebratus est, si ibidem reus invenitur, arg. l. in contractibus 14. §. in omni 4. C. de non numerata pecunia. Oddus de restitutionib. part. 1. quart. 32. art. 13. n. 105. Et seqq. præcipue num. 112. 113. 114. ubi res sita est, si restitutio petatur*

propter in rem actionem, arg. l. ult. C. ubi in rem actio, l. in causa 13. §. ult. ff. de minoribus 25. annis, adeo ut eo casu secundum vulgatam magis DD. opinionem (quam tamen in solis mobilibus, non immobilibus admitti posse, demonstravi tit. de judiciis) electio actoris sit, an in loco domicilii sui adversarii, an in loco rei sitæ, disceptationem de restitutionis iustitia peragere malit; uti id de Gallia moribus post Oddum d. art. 13. num. 116. tradit Rebuffus ad constit. reg. tom. 2. tractat. de restitutionibus, in prefat. n. 19. & 20. & art. 1. gloss. 1. numer. 40. Johan. Papon lib. 7. tit. 7. art. 24. ubi & in notis, de Belgii Hispanici praxi Christinzus vol. 2. decis. 134. num. 7. & in Frisia iudicatum esse in actione in rem refert Sande decis. Frisic. lib. 1. tit. 15. defin. 1. Adde parentem p. m. Paulum Voet tractat. de statutis sect. 9. cap. 2. num. 20. quamvis & in actionibus in personam ista electio Gallia pragmaticis placuerit supra allegatis. Et quia nunc fere invaluit, ut etiam adversus negotia ipso jure nulla læsi per restitutionis implorationem sibi consulant, dubium vix esse potest, quin de istiusmodi nullitate quæstiones in loco contractus vel domicilii rei examinandæ sint, perinde ac si adversus contractus ipso jure validos restitutionis auxilium impetrandum esset, secundum ante dicta, l'arens p. mem. Paulus Voet de statutis sect. 9. cap. 2. num. 20. vers. quæ etiam ratione.

8. Cum vero jure Romano iudex adversus ea, quæ decreto aut sententia constituit, restitutionem facere possit, ut supra monitum ex l. in causa 16. §. ult. l. 17. & l. præs. 42. ff. de minoribus; vix dubitandum videtur, quin restitutione adversus huiusmodi decretum aut sententiam petita, cognitio illi ipsi demandanda sit iudici, qui decreto aut sententia læsionem dicitur intulisse; sive illi sit iudex inferior, a quo appellatum, sive superior, ad quem appellatio instituta fuit. Oddus de restit. part. 1. quest. 16. art. 3. Quia tamen & superior rescindere potest sententiam inferioris, nihil vetat, quo minus iudici ad quem, (ut loquuntur) committatur examen læsionis, quæ per sententiam iudicis inferioris illata contenditur. Oddus de restitutionib. d. part. 1. quest. 32. artic. 16. Imo, si sententia dicatur nulla esse, & adversus eam restitutio petatur, non posse eundem, qui sententiam tulit, sive ordinarius sive delegatus sit, iterum causam ex integro cognoscere, sed tantum superiorem, ad quem appellandum fuisset, nonnullis placet; eo quod per appellationem hodie etiam de ipsa sententiæ nullitate queritur; nemo autem a sua sententia appellari potest, Rebuffus ad consuet. Britanni. art. 17. not. 2. n. 6. in fine, & post eos Wissenbach ad Pand. vol. 2. disp. 21. ad tit. de re iudic. n. 5. Sane, si incidenter tantum restitutio petatur, committenda videtur causæ cognitio eidem illi iudici, qui de principali cognoscit actione. Christinzus d. vol. 2. decis. 134. num. 7. in fine, & num. 8. Idemque est, si per viam exceptionis & contradictionis restitutio petatur; eo quod ineptum esset, aliud de iis, quæ per exceptionem obijciuntur, cognoscere, quam qui de intentata cognovit actione, Ant. Faber Cod. lib. 2. tit. 31. defin. 1.

9. Restitutionem petere possunt qui læsi sunt, iustamque restitutionis causam habent: nec interest, an per se tale implorent auxilium, an per procuratorem; dummodo is sufficiente mandato, eoque speciali, instructus fuerit, tit. C. etiam per procuratorem causam in integ. restit. agi posse, junct. l. Papinianus 20. illud nullam 25. §. 1. ff. de minor. 25. annis. Vel etiam generali, cum libera administratione. Vide tit. de procurator. Ut autem dici quis possit mandato speciali munitus, sufficit, ei restitutionis petitionem mandatam esse, etiamsi forte mandati instrumentum nominatim inserta non inveniatur causa, in qua, vel ex qua restitutio petenda foret. Oddus de restitution. part. 1. quest. 31. art. 12. Mynsinger censur. 2. observat. 26. Quod si de mandato dubitetur, procuratorem tamen præstita de rato cautione ad postulandam restitutionem admittendum esse, Paulus respondit, l. quod si de 26. ff. de minorib. 25. annis. Plane, si mandatum delicere constet, nullus pro alio restitui desiderat, solo patre excepto, l. patri 27. ff. d. tit. de minor. contra regulam, qua pro conjunctis personis agere sine mandato concessum est: quippe quæ in ordinariis quidem remediis, at non in extraordinario restitutionis adiutorio locum habet. Quo usque vero hæc nostris etiamnum moribus obtineant, colligi potest ex dictis tit. de procurator. modo observetur, toties, quoties non principaliter, sed incidenter tantum de restitutione petenda quæstio est, sufficere posse generale ad ipsam causam principalem tractandam mandatum. Groenewegen ad d. l. 25. §. 1. ff. de minor. 25. ann. De syndicis, bonorum curatoribus, tutoribus, ecclesiarum oeconomicis, an restitutionem recte petant, & an speciali indigeant mandato, plenius tractatum vide apud Oddum de restit. part. 1. quest. 31. art. 6. 7. 8.

10. Datur vero restitutio frequentius quidem adversus eos, a quibus quisque læsus est: quandoque tamen & contra eos, qui læsionem non intulerant, dum forte rei per læsionem amissæ possessores sunt, quod in restitutione ex capite metus receptum est; quandoque etiam ex minorennitate, l. item si 14. §. in hac actione 3. ff. quod metus causa, l. in causa 13. §. 1. l. 14. l. 15. ff. de minor. 25. annis. An hæredibus læsorum, & in hæredes lædentium restitutio tribuenda sit, in singularum causarum consideratione rectius videtur tradendum esse.

11. Non tamen cuius restitutionem petenti, causamque alleganti, ea promiscue concedenda est, sed causa demum cognita, an nempe vera, an justa, an satis gravis sit, l. omnes 3. ff. b. r. Et enim primo quidem ea haud tribuenda, si levis tantum læsio intercesserit: quamvis enim in ordinariis negotiis etiam sæpe rei minimæ intuitu iudicium prætor dare soleat, §. gallinarum 16. Instit. de rer. divis. in extraordinariis tamen remediis indulgendis difficilior esse, & minima non curare, constituit; ne majori rei, negotio scilicet summo jure valido, nimis temere præjudicium fiat, l. scio 4. ff. b. r. l. in causa 16. §. idem 4. ff. de minor. 25. annis, l. si quis affirmaverit, 9. §. ult. ff. de dolo malo, l. res bona 54. ff. de contrab. emi. Quam autem in restitutionis materia veniant rei minimæ appellatione, potissimum arbitrio iudicis videtur relinquendum: læsione considerata non ratione sui, & in se, sed comparate

ad negotium, in quo contigit; cum fieri possit, ut latio in se modica gravis tamen sit in contractu minoris quantitatis; & e converso etiam gravior latio, seu majoris quantitatis, minima tamen sit, et contractus circa rem magni momenti magnaque quantitatis versetur; quo casu melius est, in minima illa quantitate læsum manere eum, qui restitui vult, quam ob minimam talem rem vel summam majori negotio per rescissionem præjudicari, *d. l. 4. ff. b. t. Et* quamvis in actione doli latio & res minima dicatur, quæ ad duorum aureorum non ascendit estimationem, *d. l. 9. §. ult. & l. 10. ff. de dolo*; id tamen ad alias restitutionis causas, ex quibus ei, contra quem impetratur, nulla infligitur infamiae labe, non extendendum; cum constet, difficilius ac parcius longe famosas, facilius vero non infamantes actiones dari. Cujacius *ad l. 4. ff. b. t. Duarenus ad b. tit. cap. 4. Fachineus libr. 3. controvers. cap. 4. Pinellus ad l. 2. C. de rescind. vend. part. 1. cap. 1. n. 25. 26. 27. 28. Oddus de restitutionib. part. 1. quest. 4. art. 12. 13. Menochius de arbitrar. judic. lib. 2. casu 75. Covarruvias variar. resolut. libr. 1. cap. 3. num. 11. Loesius ad Pand. b. t. num. 7. Linglois ad l. 2. C. qui & adversus quos in integ. rest. decis. 2. quest. 1. n. penult.*

12. Sed nec tunc plerumque restitutioni locus datur, cum aliud ordinarium æque pingue ad indemnitatem remedium a jure comparatum est; nam si quis communi auxilio & mero jure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium, *l. in causa 16. pr. ff. de minor. 25. annis*. Qua ratione actionem doli non competere, si alia supersit actio, dicitur *tit. de dolo malo*, & si minor 25. annis mandaverit majori negotium gerendum, eo perperam gesto, non datur restitutio ad gesti rescissionem, quamdiu actione mandati minor potest a procuratore opulento consequi læsionis illata reparationem, *l. cum mandato 25. ff. de minor. 25. annis*, cui similis est casus in *l. si apud minorem 12. ff. de minor.* Si tamen adversus eandem personam & actio ordinaria competat & restitutionis auxilium, arbitrio pupilli relictum fuit, an restitui desideret, an ordinaria actione uti velit, *l. in causa 16. §. Pomponius 2. ff. de minor. 25. annis*. Quod & obtinuit, si pinguis appareat restitutio, quam ordinarium remedium; ita namque hæredi ejus, qui metum passus est, adversus possidentem, qui vim metumve fecit, datur non tantum hæreditatis petitio, sed & actio quod metus causa, in qua ob contumaciam quadrupli persecutio est, *l. item si 14. §. in causa 2. ff. quod met. caus.* Idemque juris est, si quis metu conterritus hæreditatem repudiaverit; quippe cui duplici via prætor succurrit, aut utiles actiones, id est, utilem hæreditatis petitionem dando, aut actionem metus causa præstando, electione læso data, *l. si mulier 21. §. ult. ff. quod metus causa*.

13. Non etiam ad restitutionem confugiendum, quoties quis ipso jure tutus est; veluti si sine tutoris auctoritate cum pupillo contractum, nec is inde locupletior factus sit, *d. l. 16. pr. & §. 3. ff. de minor. 25. annis*, *l. si curatorem 3. C. de in integ. restit. minor. l. quos retrahi 3. C. si advers. libertas. l. pen. C. si advers. rem judic.* Frustra namque imploratur amissa causa redintegratio, ubi ab ipsa lege integra ac intacta jura servata sunt, *l. adolescen-*

tit. 2. C. in quib. caus. in integ. restit. necess. non est. Nec dubium mihi, quin & hodie, si negotium extrajudiciale gestum ipso jure nullum sit, sine restitutione quis adversus illud queat tutus esse; ut multis probat auctoritatibus, rationibus, rebusque judicatis, Groenewegen *ad rubric. C. in quib. caus. in integ. restit. necess. non est*. Sed cum abundans cautela non noceat, & viam tutiorem prudentiores soleant tentare pragmatici, ac prouiores in restitutionis concessionem sint nunc, quam apud Romanos, illi, quibus ea potestas data, securitatis majoris ergo potius, quam ex necessitate, adversus contractus etiam nullitate manifesta laborantes restitutionem implorari, passim fere in tribunalibus invahuit, teste Zypæo *notit. jur. Belgici tit. de in integ. restit. in pr. Gudelino de jure nov. libr. 3. cap. 14. in fine*, Groenewegio *d. loco*, Brouwero *de jure nubiorum lib. 1. cap. 17. num. 15. in fine*.

14. Ad hæc denegandum restitutionis auxilium ei, qui jam sæmel illud imploravit, & cum repulsam passus esset, iterato petit eadem ex causa; cum non minus in extraordinariis, quam ordinariis, exceptio rei judicata locum inveniat, *tot. tit. C. si sapius in integ. restit. portalesur*, nisi tamen nova defensionis inventa sint, quibus iterata restitutionis petitio plenius instructa, nunc justior æquiorque videri potest, *l. 2. & 3. d. tit. C. si sapius restit. postul. Minsyngerus cens. 1. observat. 52. Oddus de restitut. part. 1. quest. 16. art. 5. 6. 7. Plane*, si non ex eadem, sed alia prorsus causa, licet circa eandem eam, restitutio prius denegata desideretur, eam impetrari posse, nihil vetat: cessante tunc rei judicata exceptione ob causæ diversitatem, arg. *l. cum quæritur 12. 13. 14. ff. de except. rei judicata*. Quemadmodum nec vetita restitutionis petitio adversus ea, quæ per præcedentem redintegrationis postulationem obtenta, damnosa apparent. Atque ita minorem restitutum adversus omissionem hæreditatis, si se jam immiscuerit ei, eamve adierit, rursum restitui posse, ut se abstineat, & rescriptum & responsum est, *l. ait prætor 7. §. restitutus 9. ff. de minor. 25. annis*, *l. sive ingenua 2. §. si bonorum 10. ff. ad Senat. consult. Tertullian. Oddus de restitution. d. quest. 16. art. 9. Adde tit. de minor. 25. annis num. 27.*

15. Illud quoque constat, non adversus quasvis personas jus Romanum restitutionis auxilio læsis subvenisse: tametsi enim inter veteres Jurisconsultos dubitatum fuerit, an liberi libertique adversus parentes aut patronos restitui possent, aliis aliud opinantibus, & in diversa euntibus; Justinianus tamen id parentum patronorumque honori, quo intactus illibatusque conservaretur, dandum censuit, ne adversus eos restitutio liberis aut libertis impertiretur: reverentia scilicet personarum tale adiutorium prorsus excludente, *l. ult. C. qui & adversus quos in integ. rest. non poss.* Ac proinde, si quæ legibus anterioribus vestigia restitutionis videantur comprehensa, velut in *l. si cum pater 2. C. si advers. rem judicat. l. si in te 2. C. si advers. donat. l. denique Divus 3. §. ergo etiam 5. ff. de minorib. 25. annis*, *l. ult. §. ubi 6. C. de bonis, quæ liberis*, novella Justiniani decisione censi debent fuisse antiquata. Excepit tamen Justinianus parentes illos, qui, quæve liberorum suorum tutelam gerentes, in rerum pupillarum administratione læsionem intulissent; quippe

prudencia adhibita damnosa foret, dum summo jure nullitatis alleganda potestas, restitutione non petita, ad annorum triginta metam extenditur, uti & indebiti alique ex legibus datæ conditiones, Ant. Faber *Cod. lib. 3. tit. 27. def. 7. Pinellus ad l. 2. C. de rescind. vend. part. 2. cap. 1. num. 26.* (ubi & breviora apud alias gentes tempora his præfinita recenset) Anton. Matthæus *de aucton. lib. 1. cap. 16. num. 58. in fin. Groenewegen ad d. l. ult. C. de tempor. in integr. restitut.*

21. Effectus restitutionis est, quod in pristinum statum omnia reducantur, & quidem uno judicio, rejecta veterum opinione de judicio duplici, rescindente & rescissorio, quam post alios confutavit Bachovius *tract. de action. disp. 3. lib. 29.* Vinnius *ad §. 5. Instit. de action. n. 5.* cuique pro parte repudium misisse videntur, quotquot uno libello rescindentis & rescissorii iudicii cumulationem fieri posse tradiderunt, inter quos Ant. Faber *Cod. lib. 3. tit. def. 3. Mynsinger cent. 2. observ. 25 n. 3.* Christinus *ad leg. Mechliniens. tit. 19. art. 28. n. 8. Et vol. 2. dicit. 154. n. 4. in fine.* Et sane, ut penitus hæc tractentur, si sola fiat rescissio ejus, quod gestum est, nulla subsequente rei restitutione, non dubium, quin, eo per sententiam aut officium iudicis infirmato, tota restitutionis questio finita sit; veluti si metu coactus ad adeundam hæreditatem, aut contractum ineundum necdum traditione consummatum, per prætorem restituitur, ut abstinendi potestas mihi detur, vel obligatio perimatur ad contractus implementum, *l. motum autem §. 9. sed quod prætor 3. l. si mulier 21. §. pen. ff. quod metus causa.* Sed & si, contractu aliove negotio jam impleto & re amissa, restitutio impetranda sit, non aliud hic obtinet, quam in officiosi testamenti controversia, aut Pauliana vel alienationis rescissoria actione; ut enim illic una querela intentata & rescissio testamenti petitur, & hæreditas ab intestato vindicatur, (ut traditur *tit. de inoff. testam.*) utque alienatio infirmatur, revocaturque in fraudem creditorum uno actu unoque judicio; ita quoque actione unica, vel magistratus imploratione una tantum, infirmatio negotii & rei amissæ restitutio simul obtinetur: quod uti in restitutione ex metu in dolo, nec non ea, quæ ex capite minorennitatis indulgetur, expeditum est; ita & de illa, quæ majorennibus per absentiam rerum suarum usucapione aliave amissione lasis concedi solet; evidenter colligi potest ex *l. in honorariis 35. in fine princ. ff. de oblig. Et action. §. rursus 5. Instit. de action.* dum Imperator ibi læso permittit intra annum rescissa usucapione rem usucaptam petere; id est, ita petere, ut dicat, possessorem usum non cepisse; Et ob id suam rem; eundem adhibens loquendi modum, quo & in *§. item si quis 6. d. tit. de actione in rem rescissoria* (aut secundum alios Pauliana) usus est, cum ait: *mitti creditoribus, rescissa traditione eam rem traditam non esse, Et ob id in bonis debitoris mansisse.* Ut tamen haud videatur eundem inficias, quin Jurisconsulti veteres in Pandectis in casu rei per absentiam usucaptæ, & ita amissæ, quandoque non tam consideraverint rei ipsius seu domini amissionem, quam potius actionis illius, qua dominus rem suam poterat ante impletam usucapionem vindicare; unde & tunc non tam impetrabatur per in integrum

restitutionem amissæ rei & possessionis restitutio, quam potius actionis amissæ reintegratio, sic ut exliceret post restitutionem experiri per tot dies, quot diebus quis agere impeditus fuerat, *l. sed Et si 26. §. si feria 7. §. quoties. 8. ff. ex quib. caus. majores;* de cujus legis sensu ante actum. Idemque in metu locum habuit, quod non tantum ab Imp. innuitur in *l. si vi 3. C. de his, quæ vi metusve causa,* sed & ab Ulpiano, qui, postquam in *l. motum §. 9. sed quod 3. ff. quod metus causa,* dixisset, sive perfecta per traditionem sive imperfecta res esset, actionem quod metus causa dari, subiungit in *§. req. 4. volenti autem datur Et in rem actio Et in personam, rescissa acceptilatione vel alia liberatione,* in rem quidem (ut opinor) quoties in rem actio per acceptilationem, mediante Aquiliana stipulatione, sublata est; in personam, si ex obligatione nata actio simili modo extincta fuerit, Cujacius ad *Pauli recept. rem. lib. 1. tit. 7. §. 4.* Quod denique adversus actionem acceptilatione vel præscriptione aliterve extinctam, restitutio impetranda sit, nea tunc aliter quam uno judicio causa tota reintegratur; cum neque aliud tunc petatur, neque aliud impetretur per restitutionem, quam ut reviviscat extinctum agendi jus, quod quis vel metu, vel dolo, vel minorennitate, similive modo conquerebatur amissum esse. Unde & actio illa pristina tunc reviviscit cum omni causa sua, id est, ut restitutionem tanto temporis spatii habeat rursus actionis intentandæ facultatem, quantum supererat, cum ipsa illa superveniebat causa, quæ actionis movendæ potestatem auferebat, ac restitutioni faciebat ex æquitate locum, *l. patri 27. §. si minor 2. Et §. 3. ff. de minor. 25. annis, l. sed Et si 26. §. si feria 7. Et §. 8. ff. ex quib. causis majores, l. motum autem §. 9. volenti 4. Et §. ex hoc edicto 7. ff. quod metus causa,* eoque facit *l. ult. ff. de minor. 25. annis, l. aut prætor 10. §. si conditionalis 23. junct. §. 22. ff. que in fraud. credit. facta sunt ut restit.* eo modo, quo in pristinos debitores actio creditori restituitur, quoties mulier ex intercessionem conventa, Vellejani exceptione sese tuetur, *l. 1. in fine, l. quamvis 8. §. 9. 11. l. 9. l. si mulier 14. l. si mulier 16. in fine. l. debitor 24. §. 3. l. ult. in fine ff. ad Senatus. Vellejan. si apud 12. ff. de minor. 25. annis.*

22. Ita autem læsus restituitur, ut una cum re etiam fructus rei recipiat, *l. nec non 28. §. ult. ff. ex quib. caus. majores, l. quod si minor 24. §. sed Et si 4. l. patri 27. §. si pecuniam 1. ff. de minor. 25. ann. l. aut prætor 23. §. item 2. ff. ex quib. caus. majores, arg. l. plus est 22. l. restituere 35. ff. de verb. signif. Oddus de restitut. part. 1. quest. 45. art. 1. Et 2. nisi termini habiles sint quibus fructus percepti cum usuris vicissim debitis compensari possunt; qualis negotii speciem Ulpianus proponit in *l. minor annis 40. §. 1. ff. de minor. 25. annis,* sed & vicissim ei quoque, contra quem restitutio conceditur, jus suum pristinum, quod ad ejus fieri potest, reintegrandum est, & indemnitati ejus consulendum, *d. l. 28. §. ult. ff. ex quib. causis majores, d. l. 24. §. penult. ff. de minor. 25. annis,* etiamsi ex capite metus aut doli restitutio fiat, *l. si vi 3. l. 4. C. de his, quæ vi metusve causa.* Ut enim restitutus in damno hæzere non debet, ita nec in lucro cum aliena varari iactura, & ideo, quicquid ad eum pervenit ex*

tionem, vel ex venditione, vel ex alio contractu, hoc debet restituere; & si intercessor minor viginti quinque annis intervenierit, in veterem debitorem actio reponenda est, tanto tempore post restitutionem duratura, quantum restabat, cum primitus extingueretur ex gesto, contra quod restituito dein impetrata fuit, *l. ult. ff. de minor. 25. annis*. Nec minus, si adversus hereditatis additionem restitutus sit, quicquid ad eum ex hereditate pervenit, aut dolo ejus factum est, prae stare oportet, *l. unic. C. de repetition. qua sunt in jud. in integr. restitut.* Oddus *de restitut. part. 1. quast. 47. art. 1. & 3.* Ad hanc rescissa per restitutionem transactione, vel divisione, aliove contractu, pristinae quoque reviviscunt adversario obligationes, & actionibus, quos pridem habuerat, post instaurationem negotii uti non prohibebitur, *l. 1. 2. C. si advers. transaction.* nisi actiones tales sint, quae non competierant occasione istius rei, in qua propter lesionem restituito data est. Qua ratione, si minor 25. annis adversus eum, cum quo egit tutelae iudicio, restituitur, non ideo tutori contrarium tutelae iudicium restituendum est; neque enim tutori illata est ulla lesio ex illo actu directi iudicii, quo minor laesus fuerat, sed magis ex alio novo iudicio contrario, quod tutor adversus pupillum intentaverat ad indemnitatem, *l. cum minor 28. ff. de minor. 25. annis*, Oddus *d. quast. 47. art. 12. n. 64. 65.* Reddendae insuper per restitutum impensae, quas in rem factas esse adversarius probare potest, *l. intra 39. §. 1. ff. de minor. 25. annis*, nisi voluntariae sint, quarum sola deductio concessa est, *l. sine baredo 32. §. item respondit antepen. ff. de admin. & peric. tutor.* aut utiles quidem, sed restituito nimis graves: neque enim aequum est, aut restitutum alios querere creditores, aut cogi distrahere quod velit receptum, aut penuria coactum rem ipsam suo adversario derelinquere: qua in re multum arbitrio iudicis committendum, ut media quasi via incedens, nec restituito nimium indulgeat, nec nimium tribuat adversario operoso, arg. *l. si servos 25. ff. de pignorat. act. l. in fundo 38. ff. de rei vindic. Oddus d. quast. 47. art. 6. 7.* Quin & si pro parte tantum contractus rescindendus foret, dum fundum minori ac majori communem emtor comparavit, & adversus venditionem minor pro sua parte restitutus est; audiendus emtor erit, si a toto contractu velis discedi, quod partem emturus non fuisset: neque enim jus nostrum patitur, invitum aliquem induci in communionem, *l. tutor 47. §. 1. ff. de minor. 25. annis*, arg. *l. quod si uno 15. ff. de in diem addict.*

23. Quod si adversus sententiam quis restituitur, an & vires ea perditura sit, quatenus ei, contra quem restituito impetrata fuit, damnosa aut onerosa est, sperito dubites. Illud autem in hac questione inspiciendum puto, an unius sententia unum tantum caput sit, aut etiam plura sibi connexa, sic ut unum ab altero separari nequeat; an vero plura capita a se invicem non dependentia, sed separationem recipientia, comprehensa sint una iudicis definitione; quod ex diversitate factorum colligendum esse docet *l. 1. C. si unus ex plaribus appellaveris*. Priore casu, uti sententia individua tota vires perdidit contra eum, qui restitutione adjutus est, ita nec contra eum, adversus quem concessa causa re-

integratio, effectum sortiri debet; sed utrique potius permittendum ex integro causam agere; renatis utrimque pristinis actionibus, *l. 1. 2. C. si advers. transact. l. unic. C. de reputat. qua sunt in jud. in integrum restitut.* arg. *l. etiam si patre 29. §. ex causa 1. ff. de minor. 25. annis*. Posteriori, rata manebit sententia in ceteris capitibus seu speciebus, quae capiti seu speciei isti, adversus quam facta restituito, non cohaerent, *l. 2. 29. §. 1. ff. de minor. 25. annis*, Oddus *de restit. part. 1. quast. 47. art. 10. & 11.* Quibus non adversatur *l. cum minor 28. ff. de minor. 25. annis*: ut colligi potest ex paulo ante dictis, de actionibus pristinis adversario redintegrandis.

24. De cetero strictam restitutionem impetrata recipiunt interpretationem, ne egrediantur id, de quo in restitutionis iudicio actum ac iudicatum est. Unde, licet minor, qui pecuniam fenebrem acceperat, & aliquantul tempore usuras praestiterat, potere potuisset restitutionem ex capite minorennitatis, non modo adversus creditum ipsum, sed & adversus usurarum istius crediti solutionem iam factam; tamen si ipse vel haeres ejus restitutus sit, ne debitum illud creditori solvere cogatur, neque quicquam de usuris per minorem jam solutis repetendis tractatum apud iudicem, aut ab eo pronunciatum fuerit; condici non poterit vi istius restitutionis, quod ita usurarum nomine solutum est; imo nec mediante compensatione cum alio debito retineri, *l. ult. §. ult. ff. de condit. indeb.* Etsi enim, sorte per restitutionem indebita effecta, usurae quoque videri possent indebitae solutae; ac condictio detur, si promittendi causa finita sit, *l. 1. §. 2. ff. de condit. sine causa*, aliud tamen hic placuit, ea, nisi fallor, ratione quod non ipso iure sortis obligatio per restitutionem precepta fuerit, sed tantum exceptione restitutionis, quae nullam habens usurarum solutarum mentionem, enervare non potuit solutionem, ex contractu summo iure valido, ac necdum infirmato, rite factam, arg. *l. Iulianus 60. ff. de condit. indeb.* Ant. Faber *rationat. ad d. ult. §. ult. Pacius enant. cont. 4. num. 19. Berlichius dec. 207. num. ult.* Matthaeus *de oblig. disp. 25. num. 20. Brunneanus ad d. l. ult. §. ult.*

25. Porro pendente causae examine & cognitione de restitutione, nihil innovandum est; atque adeo nec sententia, adversus quam in integrum restituito imploratur, interim executioni dabitur, sed aequus ac per appellationem suspensa manebit, *l. si causa cognita 32. C. de transaction.* nec contractus implementum habebit; cum postulata in integrum restitutione, omnia in suo statu esse debere donec res finiat, perspicui dicatur iuris esse, *l. unic. C. in integr. restitutione postul. ne quid novi fiat*, nisi protinus appareat ex praesumptionibus, morandae tantum executionis aut solutionis gratia eam peti, arg. *l. satis aperte 2. C. ad leg. Cornel. de falsis, cap. suscitata 6. in med. extra, de in integr. restit.* Idemque ex aequitate dicendum, si res altioris sit indaginis, sic ut petitor in continenti docere nequeat de restitutionis aequitate. Cumque successu temporis magis magisque passim invaluerint odiosae litium protractiones protractionesque, etiam in ipso hoc extraordinario restitutionis auxilio, nec diminuta sit excogitata calumniarum malitia; atque insuper iniquum

videatur, propter rescissionem petitam ex causis extrinsecus accidentibus, de quibus non constat, interim vim potestatemque contractus aut sententiae manifeste inhiberi; hinc praxi communi receptum, pendente restitutionis quaestione, negotium, adversus quod quis restitui desiderat, etiamsi nullitatis vitio illud labore contenderetur, executioni interim dari, praestita cautione; si modo tale sit, quod damnum irreparabile non contineat: idque ex praescripto juris Canonici in d. cap. suscitata 6. extra, de in integr. restit. nisi in continenti manifesta negotii, contra quod hoc imploratur remedium, iniquitas ac iniustitia probari queat; aut nisi secundum quosdam, jam coepa sit peti restitui, antequam sententiae vel contractus executio esset postulata, Joh. a Sande decr. Erit. libr. 1. tit. 8. def. 6. & tit. 15. def. 3. Christianus vol. 2. decr. 137. Neostadius Curia suprema decr. 73. Carpovius def. forens. part. 1. constit. 26. def. 22. Argentræus ad consuet. Britann. art. 283. gloss. 1. num. 45. Merenda controvers. part. 2. lib. 10. cap. 44. Berlichius part. 2. decr. 179. passim, praecipue num. 25. 16. Ant. Faber Cod. libr. 2. tit. 33. def. 1. & 2. & libr. 3. tit. 7. def. 12. Groenewegen ad Grotii mandati. jurisprad. Holland. libr. 3. cap. 48. num. 4. & de ll. abrog. ad l. unic. C. in integr. restit. postul. ne quid novi fiat. Sim. van Leeuwen censur. forens. part. 1. libr. 4. cap. 40. nu. 7. 8. Wassenar pract. judic. cap. 2. nu. 39. 40. Adde de litibus occasione restitutionis ventilandae non protelandis, sed potius lite principali una cum restitutionis quaestione definienda, Instrucl. Curiae supremae art. 193. 194. Curiae Brabant. 469. 470.

26. Causae justae restitutionis sunt, metus, dolus, minor aetas, capitis diminutio, absentia, alienatio iudicii mutandi causa, & justus error, l. 1. 2. ff. b. r. cujus justis erroris exempla sunt in l. 1. §. ult. & ll. seqq. ff. quod falso tutore auctore, l. semper 15. §. sed si is sit locus 5. ff. quod vi aut clam, §. si quis agens 33. Instit. de action. Quod si plures causae restitutionis simul in eandem concurrant personam & rem, veluti minorrenitas & absentia, causae utriusque rationem esse habendam in impetiendo restitutionis beneficio, colligi potest ex l. 1. 2. 3. 4. C. de tempor. in integr. restitut.

27. Ut autem nemo invitus agere compellendus est, atque adeo nec ad implorandam restitutionem constringendus; ita, si postulaverit eam, ac necdum impetraverit, desistere ab ulteriore hujus beneficii prosecutione non prohibetur, l. Papinianus 20. §. 1. ff. de minor. 25. annis, sive expresse repudiet hoc beneficium, sive tacite, rebus ipsis & factis rata habendo ea, adversus quae restitutionem coeperat postulare, l. si finis 30. ff. de minor. 25. annis. Quin imo, etsi restitutionem jam impetravisset, ex penitentia potest eadem non uti; cum unicuique contemnere liceat hæc, quæ pro se introducta sunt; nec queri possit adversarius (qui ex suo quoque latere secundum ante dicta restituendus est) si reponatur in eam causam, in qua se ipse constituit, & quam mutare non potuisset, si alter pratoris auxilium non implorasset. Quamvis enim ipse quoque restitutus sit, ideoque jus semel quaesitum ei invito per solam adversarii penitentiam non videretur adimendum; quia tamen hoc genus restitutionis tantum est consecuta-

rium restitutionis alterius principaliter impetrato, iniquum fuerit, beneficio restitutionis obiecto vel neglecto per eum, cujus gratia primario fuerat concessum, adversarium ejus adhuc velle uti ea restitutione adversus illum, propter quem, cujusque velut ope, unice restitutus fuit, l. si iudex circumventio 41. ff. de minor. 25. annis, ibique Gothofredus in notis, quo tamen casu non inconsultum fuerit, adversus priorem restitutionem nova sese munire restitutionis impetratione, arg. l. ait prator 7. §. restitutus 9. ff. de minor. 25. annis.

28. Quæ vero illa sint negotia, adversus quæ restitutio etiam majorennibus concedi, vel denegari solet, quatenus hæc controversa sunt, dicitur lathus tit. 6. ex quibus caus. majores.

29. Illud antequam huic titulo finis imponatur, inspectione propiore dignum videtur, cujus loci statutum considerandum sit, in quaestione, an restitutio concedenda sit, nec ne, si variantes appareant circa restitutiones tribuendas aut denegandas locorum diversorum leges aut consuetudines, idque vel temporis ratione, intra quod ea petenda, vel causæ intuitu, ex qua imploranda est? Vulgo quidem ita traditum invenio, observari debere statutum, non loci illius, ubi ventilatur restitutionis quaestio, neque etiam regionis illius, ubi lædens aut læsus domicilium fovet; sed magis illius territorii, in quo contractus seu negotium damnosum celebratum est; nisi contractus implementum ad alium locum sit destinatum, tunc enim hujus loci leges in judicando spectandas esse, Ant. Faber Cod. libr. 2. tit. 31. def. 2. 3. Mynsingerus cent. 4. obr. 82. n. 4. 5. 6. Christianus vol. 2. decr. 134. n. 3. & seqq. Sed vix est, ut hæc determinatione quaestioni de restitutione generaliter propositæ satisfiat; ac proinde potius pro diversitate negotiorum, adversus quæ restitutio imploranda, aliud atque aliud statuendum. Si quis enim restitutionem imploret adversus negotia judicialia, veluti lapsum fatalium (ut loquuntur) vel ut libellum mutare, probationes novas producere, facta nova allegare liceat, & quæ hujus generis sunt alia plura; æquum fuerit, non alterius loci statuta iudicem in concedenda vel deneganda restitutione sequi, quam quæ in loco iudicii, ubi per moram aut negligentiam, & errorem qui læsus dicitur, recepta sunt, arg. l. semper in stipulationibus 34. ff. de reg. juris. Et hoc esse puto, quod volvere nonnulli, inspicere debere mores loci, in quo mora aut negligentia judicialis commissæ esset, quod & praxi quotidiana firmatur. Quod si personæ favore restitutio concedenda sit, puta, minorennibus ætatis lubrico læsis; non loci ubi contraxit negotiumve gessit, nec ubi restitutionis quaestio ventilatur, sed potius domicilii leges observandas existimem: quoties in quaestione, an quis minor vel majorennis sit, obtinuit, id iudicandum esse ex lege domicilii, sic ut in loco domicilii minoris ubique terrarum pro tali habendus sit, & contra, sive id ex summo jure obtinere velis, sive (quod rectius) ex comitate, secundum fundamenta & rationes in materia statutorum plenius propositas post tit. de contris. princip. num. 4. & tit. de minor. 25. annis num. 8. justum enim videtur, ut, ex quibus legibus ipsa æstimatur minorennitas, quæ sola restitutionis causa est, ex iisdem quoque definiantur, an, & quo usque, & quo modo restitutio in-

dulgentia sit. Extra hunc casum minorennitatis, si adversus contractum aliudve negotium gestum factumve restituito desideretur, dum quis aut metu, aut dolo, aut errore lapsus, damnum sensit contrahendo, transigendo, solvendo, fidejubendo, hereditatem adeundo, aliove simili modo, recte interpretes statuissae arbitror, leges regionis, in qua contractum gestumve est id, contra quod restitutio petitur, locum sibi debere vindicare in terminanda ipsa restitutionis controversia, arg. d. l. semper in stipulationibus 54. ff. de reg. juris, l. si fundus 6. ff. de eviction. sive res illa, de quibus contractum est, & in quibus laesio contigit, eodem in loco, sive alibi sita sunt. Nec intererit, utrum laesio circa res ipsas contigerit, veluti pluris minorisve, quam equum est, errore justo distractas, an vero propter neglecta solemnitas in loco contractus desiderata. Si tamen contractus implementum non in ipso contractus loco fieri debeat, sed ad locum alium sit destinatum, non loci contractus, sed implementi leges spectandas esse ratio quadet: ut ita, secundum cujus loci jura implementum accipere debuit contractus, juxta eius etiam leges resolvatur, arg. l. vinum 22. in fine ff. de rebus creditis, & arg. votas tituli de eo, quod certo loco, l. contraxisse 21. ff. de oblig. & act. l. aut ubi 3. ff. de reb. auct. jud. possid. Mynsingerus d. cont. 4. observ. 82. n. 5. 6. Christinus d. vol. 2. decis. 134. n. 3. 4. Ant. Faber Cod. libr. 2. tit. 31. defin. 2. 3. Quod si restitutio concedenda sit non ex causa, quae ipsum negotium ab initio comitabatur, (ut comitatur metus, dolus, error) sed ex ea, quae post supervenit, (qualis est usucapio rerum, aut praescriptio jurium & actionum, propter absentiam non interrupta) ita generaliter definiendum existimo, illius loci leges in restitutione facienda attendendas esse, secundum cujus loci leges impleta summo jure fuit per absentiam usucapio vel praescriptio. Quid enim, obsecro, aut justius aut aequius, quam ut ex eorumdem legislatorum praescripto remedium adversus laesionem indulgeatur, ex quorum praescripto & summo jure primitus laesio nata fuit? Quibus consequens est, ut, si immobilium rerum usucapio impleta sit, serventur in restitutione facienda jura regionis, in qua immobiles res sita sunt; adeoque, ut in amittendo, sic & in recuperando dominio regantur immobilia ex situs sui lege, juxta vulgatam regulam in materia statutaria, & in tit. de rerum divis. tractatam. Sin mobilia usucapta fuerint, in restitutione magis erit ut serventur leges domicilii ejus, qui per usucapionem dominium amiserat; ut ita mobilia, quae censentur illic esse, ubi domicilium fovet dominus, ex lege domicilii redeant uti fuerant amissa, juxta vulgatam regulam d. locis expositam. Sed si actiones in personam temporis lapsu, per absentiam contingente, extinctae sint, probabilius fuerit, in illis restituendis ob justam absentiae causam spectandum esse jus loci, in quo debitor commoratur, contra quem restitutio petitur: cum etiam ex istius loci lege praescriptio implenda fuerit, ut observavi tit. de rerum divisione circa finem.

TITULUS II.

Quod metus causa gestum erit.

SUMMARIUM.

1. Quid sit vis, qualis vis metui insit; quid intersit inter vim praesentem & conditionalem seu imminentem? Qui metu coactus facit, consentit; & quando liceat ex duobus malis minimum eligere?
2. An metu gesta sint ipso jure nulla, & qualis dolus insit metui?
3. Quid sit actio quod metus causa? cui detur, an & ei, qui dedit in adulterio deprehensus? an heredibus & fidejussoribus?
4. Datur contra quosvis possessores; contra heredes eorum, quatenus ad eos pervenit. Quando consecratur quid pervenisse? quando debeat pervenisse? ac de heredum heredibus.
5. Datur etiam contra debitorem principalem, cujus fidejussor metu illato per acceptilationem liberatus est, & contra fidejussorem simili debitoris facto liberatum.
6. Non contra eos, qui quid acceperunt bona fide, ut tuerentur eum, qui vim patitur. Valent sponsalia, quae puella initium cum adolescente, ut per eum a naufragio aut vi latronum liberetur.
7. Tendit ad quadruplum ex contumacia, licet conveniatur, qui nihil ex metu consecutus, sed tantum ab actione liberatus est, vel qui bona fide & justo titulo possidet. Quid quadruplicetur?
8. Quid juris, si plures metum fecerint, & unus rem aut pecuniam solverit? si res metu extorta perierit, cui pereat jure Romano, ac moribus?
9. It, contra quem agitur, idemnis servari debet; pretium recuperat, licet ipse metu coegerit ad vendendum. Casus tamen est exceptus.
10. Debet metus illatus esse contra bonos mores: secus, si juste illatus sit; qualis est, quem magistratus jure licito, vel privatus justa ex causa, vel hostis, vel metum passus, aut tertius propter eum in continenti infert.
11. Metus debet esse gravis, non vanus, quod iudex aestimat ex circumstantiis; reverentialis non sufficit, nisi modus excedatur.
12. An metus infamia sit sufficiens ad restitutionem?
13. An sufficiens sit metus vexationis, muneris imponendi, honoris denegandi, minarum? an sola mali suspicio, & de venientibus armatis hominibus? Remedium adversus minas est cautio de non offendendo.
14. Metus non praesumitur, sed per allegantem probandus est; quo modo probetur?
15. Quibus in casibus ipso jure nullum sit, quod metu gestum, & qua sit ratio exceptionum?
16. Non rescinditur metu gestum, si metum passus gesta post modum rata habeat; quibus modis facite fiat hac ratificatio, an si statim non fuerit protestatus? de ratificatione expressa. An renunciatio hujus restitutionis in continenti facta, aut jurjurandum impedit restitutionem?
17. Non datur actio quod metus causa, si metus quidem illatus, sed nullum damnum datum; quod exemplis firmatur; non ideo tamen impune metus fit.

18. *Actio hac quatenus non penalis sed rei persecutoria est, perpetuo durat, & quid moribus obtimeat?*

1. **P**rima restitutionis causa metus est, qui, instantis vel futuri periculi causa, mentis trepidatio dicitur; vel etiam majoris calamitatis timor, l. 1. *metum accipiendum* 5. ff. b. t. Cui olim in edicto pratoris vis adjuugebatur, quam Paulus dixit majoris rei impetum, qui repelli non potest, l. vis 2. ff. b. t. pratore ita edicante, quod vi metusve causa gestum erit: quod & ex veteri more repetitum in inscriptione Codicis hoc tit. de his, qua vi metusve causa gesta sunt. Sed postea detracta est vis mentio, quia quodcumque vi atroci fit, id metu quoque fieri videtur, l. 1. in fine ff. b. t. adeoque metui vis inest, in quantum metus justus, tanquam effectus, vim, tanquam causam præcedentem supponit, & vim quidem non absolutam, sed conditionalem: non illatam, sed inferendam. Vis namque absoluta, uti in plane invitum exercetur, ita quoque omnem illum, qui eam patitur, excludit consensum, cap. sacris 5. extra, de iis, qua vi metusve causa. Unde &, qua tali probantur ablata vi, jure domini a suis non recedunt dominis, uti id in vi bonorum raptorum manifestum est; quæ & ideo directa rei vindicatione a quovis reputentur possessore, sine ulla extraordinariæ hujus restitutionis imploratione. Ex adverso vis conditionalis, (quæ metui inest) cum non re ipsa inferatur, sed inferenda foret, nisi quis desiderio ejus, qui metum facit, morem gereret, veluti contraheret, traderet &c. consensum omnem ejus, qui metum passus est, nequaquam excludit. Licet enim nihil consensui tam contrarium sit, quam vis atque metus, l. nihil consensui 116. ff. de regul. juris; id tamen non nisi de liberrimo assensu intelligendum est, nam (ut Paulus ait de eo, qui metu adactus hereditatem adierat) quamvis, si liber esset, noluisse adire, tamen coactus voluit, l. si mulier 21. §. si metu 5. ff. b. t. &, uti de eo, qui metu reverentia coactus nuptias contraxit, Celsus loquitur, maluisse hoc videtur l. si pater 22. ff. de ritu nupt. Quibus adde, legem 116. de reg. juris desumptam esse ex libr. 11. ad edictum, quo Ulpianum explicuisse prætoris edictum de metu, colligi potest ex l. 1. 3. 5. 7. 9. 12. 14. 16. 20. ff. b. t. ac proinde vim & metum dixit consensui contrarium, in quantum id, quod tali consensu per metum extortum gestum erat, effectum sortiri non debebat, nec ratum a prætore haberi, sed rescindi; unde & in d. l. 116. subiungit, quem (supple metum) comprobare, contra bonos mores est, innuens, prætorem nullo unquam tempore comprobare debere aut ratum habere, quod metus causa gestum fuerit, ut Paulus loquitur in ejusdem edicti interpretatione, l. si mulier 21. §. 1. ff. b. t. De cetero, consentire eum, qui metu contritus quid fecit, ratio sana docet: eligit nempe ex duobus malis minimum; rem tradere mavult, & bona amittere, quam vulnera aliamve malitatem majorem pati: eodem modo, quo jactum mercium quarundam in tempestate eligit magister navis, ut navis totius merciumque omnium naufragium declinet, haud electus jacturam partis, nisi totius immineret damnum. Qua de re plura Aristoteles libr. 3. ethicor. in pr. Neque hanc ex duobus malis electionem aut ratio

improbat aut jus civile; quin laudat potius; si modo ex duobus malis tristibus eligere datum sit, quorum utrumve sine vitio, sine scelere, aut conscientie læsione subiri potest. Nam si malum utrumque turpe sit, ab utroque abstinendum, licet alterum altero pejus esset. Sed & si ex tristi & turpi malo electio oblata fuerit, hæc tamen permixta erit, ut quis malum triste patiat, non ut turpe faciat, nec in universum excusandus erit, qui metu mortis adactus alteri vel furtum fecerit, vel aliter injuria intulerit læsionem; quamvis enim attenuetur ex metu illato delictum, & culpa minor sit, ideoque nec iniquum fuerit mitigari poenam, non tamen in totum culpa exclusæ est, cap. sacris 5. extra, de iis, qua vi metusve causa fiunt.

2. Cum ergo illis, quæ metu gesta, consensus adsit, consequens est, ut regulariter non ipso jure nulla sint, sed subsistant donec rescindantur, & aut restituantur æquitati per magistratum, l. 1. l. ult. §. 1. & 2. ff. b. t. §. 1. Instit. de exception. l. si metus 85. ff. de acquir. vel omni. bared. Quo enim nullius dicitur momenti esse, quod metu carceris extortum est, l. pos. ff. b. t. id ad effectum & exitum ejus, quod gestum est, referendum; in quantum a prætore infirmatum & in irritum deductum, perinde habendum est, ac si gestum non esset, Zoesius ad Pand. b. t. num. 3. & seqq. Wissenbach ad Pand. b. t. num. 22. Nec confundi debet cum dolo metus, aut a dolo ad metum argumentatio producenda: licet enim sæpe, quæ dolo gesta, ipso jure nulla sint, ut titulo sequenti tradendum; & metui dolus dicatur inesse, usque adeo, ut qui metum fecit, etiam de dolo teneatur, asserente illum Ulpiano in l. item si 14. §. eum, qui metum 13. ff. b. t. l. 2. §. doli mali 8. ff. de vi bonor. rapt. id tamen dolo tantum generali intelligendum, quo omnis improbitas comprehendere potest, adeoque etiam metus ille, qui contra bonos mores illatus est, & quem solum prætor ac leges improbarunt: eo fere modo, quo & læsio gravior in se dolum continet, eodem Ulpiano auctore l. si quis mancipiis 17. §. pen. ff. de Instit. actione, junct. l. si quis, cum aliter 36. ff. de verbor. oblig. De cetero metui aut læsioni non necessario inest (licet inesse quandoque & concurrere possit) specialis illa calliditas, fallacia, machinatio, ad alterum fallendum, circumveniendum, decipiendum adhibita, qua dolum strictè & in specie sic dictum descripsit cum Labeone Ulpianus, l. 1. §. dolum 2. ff. de dolo malo. Unde & idem Ulpianus dolum illum specialem a metu separatum voluit, improbata Cassii opinione, qui exceptionem metus non proposuerat, contentus doli exceptione, tanquam generali, l. apud Celsum 4. §. metus causa 33. ff. de doli mali & metus exceptione, atque insuper expresse alibi monuit, vim sufficere, licet dolum malus cesset, l. quid si servum 3. §. ult. ff. ne qui eum, qui in jus voc. vi eximat.

3. Quo posito, necessaria fuit actio quod metus causa, sic appellata a primis verbis edicti prætorii, ut colligere est ex ea l. 1. ff. b. t. Quæ est actio prætorii arbitraria, §. prætera quasdam 31. Instit. de actione. penalis ex contumacia §. item actio 27. Instit. de actione. personalis, d. §. 32. in rem tamen scripta, dum non præcise personam, quæ metum fecit, coeret, sed adversus omnes rei per me-

tum amissa possessores datur, *l. metum autem 9. §. 1. & ult. l. item si 14. §. in hac actione 3. ff. b. t. competens intra annum utilem*, (jure novo quadriennium continuum secundum, tradita *si nullo primo*) ei, qui metu illato damnum passus est; dum qui dedit, promissit, aut omisit, quod nocet, *d. l. 9. §. sed quod prator 3. ff. b. t. sive in re licita versatus fuerit, dum malum patiebatur, sive illicito vacaret negotio. Qua ratione etiam si in stupro vel adulterio deprehensus aut alio quo flagitio, dederit aut promiserit, se vulnera, aut vincula, aut mortem, quam a deprehendentibus timebat, pateretur, prator ei hanc actionem accommodat; non tam respiciens, an adulter sit, qui dedit, quam potius, an malo more alter acceperit, metu mortis illato, nec timorem 7. §. 1. l. 8. ff. b. t. secus quam obtineret, si nullo interveniente metu tali, sponte qui sese pretio redemerit, ne in flagitio deprehensus detegeretur: quo casu cessaret datorum repetitio; *l. item si 4. ff. de condit. ob turpem causam. Brouwer de jure connubior. lib. 1. cap. 17. n. 9. Datur & hereditibus ejus, qui metum passus est, l. item si 15. §. in causa 2. l. quod diximus 16. §. ult. ff. b. t. 7. si vi 3. C. b. t. de vir, qua vi metus causa, & fidejussoribus, sive ipsi ad fidejubendum metu adacti sint, sive principali reo coacto, hi sua intervenerint voluntate, l. item si 14. §. Labeo 6. & §. si quis per vim 8. ff. b. t. l. exceptiones 7. §. 1. ff. de exceptis. Grotius manduct. ad Jurispr. Holl. lib. 3. cap. 48. n. 18. & 31.**

4. Datur vero hæc actio adversus eum, qui metum fecit, & quovis rei per metum amissa possessores sive bonæ sive malæ fidei, *d. l. 9. §. 1. & ult. l. 14. §. 3. & 5. ff. b. t. quibus defunctis hæredes tenentur quatenus ad eos pervenit: licet pona ad hæredem non transeat; attamen quod turpiter vel scelere quæsitum est, ad compendium hæredis non debet pertinere, l. quod diximus 16. §. ult. ff. b. t. pervenisse autem ad hæredem censetur, quod ullo tempore, adeoque ex quo tempore hæres factus est, usque ad tempus litis in actione metus contestatæ pervenit, cum certo certius deinceps perventum est, l. quantum 20. ff. b. t. nec necesse, ut eo tempore, quo litis contestatio fit, id, quod pervenit penes hæredem, etiamnum existat: semel enim pervenisse suffecerit, etiamsi jam fuerit ab hærede consumptum, l. videamus 17. ff. b. Unde &, si hæredum hæredes sint, hi quoque in id tenebuntur, quod ad primos hæredes pervenerit, licet ipsi locupletiores inde facti non sint; quoniam adeundo hæreditariam susceperunt obligationem sine primi hæredis delicto natam, *d. l. 17. ff. b. t.**

5. Quod si quis ex alieno metu rerum quidem possessionem nactus non sit, sed tamen aliter lucrum senserit; huic quoque actioni obnoxius reddi potest. Qua ratione, si fidejussor vim intulerit; ut accepto liberetur, non ipse tantum conveniri hoc judicio potest, ut & contra se & contra reum principalem actionem restituat, aut alioquin in quadruplum damnetur; sed & ipse reus principalis tali fidejussoris facto liberatus, licet crimine careat. Ut vice versa, si illato per debitorem metu ipse & fidejussores acceptilatione liberati sint, non ipse tantum ad id tenebitur, ut in ipsius persona redintegretur obligatio; & fidejussores vel eosdem vel alios non minus idoneos

Voet ad Pundect. Tom. I.

adhibeat, pignora quoque, si quæ dederit, in eandem causam restituat; sed etiam adversus fidejussores liberatos hac poterit actione agi, ut se reponant in obligationem. Quod & obtinebit, si illato non per debitorem, sed per tertium metu, liberati sint, ne alioquin alieno ex crimine lucrum sentiant, *l. 9. §. ult. l. 10. pr. & §. 1. l. 11. ff. b. t.*

6. Alia plane eorum causa est, qui, quo alium vim patientem tuerentur, aliquid ab eo acceperunt, aut eum sibi obligarunt: hos enim, si hanc vim ipsi non immiserint, non teneri ratio dicit; cum opera potius mercedem percepisse videantur, quam ex alieno metu lucrum sensisse, *d. l. metum 9. §. 1. in fine ff. b. t. junct. l. pen. §. 1. ff. de donationibus*, quo fundamento sponsalia quoque rata fore, quoties puella justo naufragii aut hostium latronumve metu perterrita, nuptias adolescenti extra dolum posito promiserit, si ope ejus atque auxilio liberata evaserit, defendi potest, Brouwer de jure connubior. lib. 1. cap. 17. num. 12. 13.

7. Agitur hoc judicio non tantum ad simplum ipsius rei per metum amissæ, sive proprietatis amissæ sit, sive possessio, *l. si mulier 21. §. qui possessio nem 2. ff. b. t. & cautionem de dolo præstandam*, si forte deterior redditus sit res restituenda, *l. metum 9. §. Julianus 5. ff. b. t. vel ad quadruplum ex contumacia, d. §. item actio 27. Inst. de act. sed & ad fructus perceptos, consumptos, ac percipiendos, omnem causam, omneque illud, quod interest, ex contumacia quadruplicandum, *l. sed & pariter 12. l. item si 14. §. quadruplum 7. ff. b. t.* Nec interest hujus quadrupli præstandi intuitu, an metum passus rem jam amisit, aut actionem sibi competentem, an metu illato tantum ad promissionem faciendam fuerit adactus, solutione non subsecuta: cum enim ex metu obligatus recte desideret, acceptilatione tolli extortam metu obligationem, adversarius id facere contumaciter detrectans in rei seu pecunie promissæ triplum poenale dammandus fuit, & nihilominus acceptilatione promissorum liberare compellendus, *d. l. item si 14. §. sed & si quis 9. l. metum 9. §. pen. ff. b. t.* Sed nec refert, an ipse metum faciens, an tertius bonæ fidei possessor, justo etiam munitus titulo, conveniatur, quantum ad hanc quadrupli persecutionem: neque enim existimandum est, illum præstando quadruplum ex alieno admissio, sep illato per alium metu, poenam subire: nam cum hæc actio arbitraria sit, & initio inspecto, non nisi rei persecutionem comprehendat, adeo ut hac conventus habeat ex edicto prætoris potestatem evitandi poenam, usque ad sententiam ab arbitrio datam, facta rei restitutione; jure meritoque quadrupli condemnationem patitur arbitrio prætoris de re restituenda parere detrectans; quippe non jam alieno ex metu, sed propria magis ex contumacia poenam luens, quam nec ipse metum inferens subiturus esset, si conventus metum passo rem ante sententiam restituisset: sic ut quadruplum non tam metus illati, quam contumacie commissæ coercitio dicenda sit, *d. l. item si 14. §. 1. 3. 4. ff. b. t. §. item actio 27. Inst. de actionibus*. Idemque in ceteris, quos ex metu per alium factu teneri supra diximus, receptum est, *l. 9. §. ult. l. 10. 11. ff. b. t.**

8. Quod si plures metum fecerint, & unus rem ipsam sponte restituerit, aut ex contumacia qua,

druplum, liberantur ceteri: sed si non solidum ab uno solum sit, in id danda adversus ceteros actio, quod minus ab illo exactum sit, *l. item si 14. §. ult. l. 15. ff. b. t.* Quamvis diversum obtineat in legis Aquilia actione, ubi si plures lasserint, ac cum uno agatur, quod conventus praestitit, reliquos non liberat, *l. item Mela 11. §. sed si plures 2. ff. ad leg. Aquil. cujus varietatis ea ratio est, quod ex lege Aquilia actio natura sua poenalis est. §. his autem 9. Instit. de lege Aquil. l. inde Nervarius 23. §. hanc actionem 8. ff. eod. tit.* unde fit, ut reliqui obligati maneant poenali hac actione postquam jam unus solidum praestitit; cum poenam a singulis delinquentibus exigi ratio suadeat, *d. l. 11. §. 2. junct. l. si commanis 9. ff. de noval. action. At actio quod metus causa naturaliter rei persecutoria est, ex accidenti tantum poenalis, ex contumacia §. item actio 27. Instit. de action. uno ergo rem solvente, reliqui liberandi erant; ne bis idem peteretur. D. Noodt tract. de lege Aquilia cap. 10. in med. pag. 52. Ant. Faber rational. ad d. l. 11. §. 2. ff. ad l. Aquil.* Quod si res ipsa, quae metu amissa est, perierit, si quidem apud malae fidei possessorem, ei perit tam ante, quam post litem contestatam, *l. item si 14. §. aliquando 5. ff. b. t. l. 1. C. b. t. junct. l. in re fur-tiva 8. §. 1. ff. de condict. furtiva*, sin apud bonae fidei possessorem sine dolo & culpa ejus, domino pristino metum passo magis interit ante litem contestatam, *d. l. 14. §. 5. ff. b. t.* quin & post litem contestatam, nisi dominus pristinus probare queat, se rem fuisse distracturum, *d. l. 14. §. quid si homo 11. ff. b. t. junct. l. si plures 14. §. ult. in fine ff. depositi, l. item, si verberatum 15. §. ult. ff. de rei vindicat.* post sententiam re pereunte, non rei conventi, sed actoris damnum erit; quippe cui tripli poena post sententiam ex contumacia potest sufficere: quae ratio lite etiamnum pendente cessabat, cum usque ad sententiam, secundum ante dicta, reus tripli poenam evitare possit rei restitutione, nec dici possit, eum restitutionem non fuisse, si casu res haud interisset, *d. l. 14. §. 11. ff. b. t.* Sed quia nunc passim quadrupli poena ex contumacia non amplius obtinet, sed tantum in id, quod interest, condemnatio interponi solet, teste Grochewegio *ad l. 4. C. b. t. rationis est*, ut ex tali mora nunc omni modo rei interitus post sententiam contingens condemnato potius nocere debeat, quam metum passo. Hac vero, quae de rei interitu dicta, ita obtinent, si non possessor rei per metum amissa tandem distraxerit, aliove transtulerit. oneroso titulo, ante interitum; facta namque tali alienatione, atque ita res semel in pecuniam aliamve rem conversa, non amplius quaerendum, quis exitus sit; sed omnino locuples factus videtur, licet postea pecuniam deperdidisset, ac sic teneretur, quasi adhuc rem ipsam metu extortam possideret, *l. si ipsa res 18. ff. b. t.*

¶ Ceterum ut in aliis restitutionum speciebus, ita & hic eum, contra quem restitutio petenda, indempen servandum esse, ex iis, quae tit. 1. fuere tradita, manifestum est: pretium saltem & tertio possessori, & ipsi metum inferenti, si ad vendendum coegerit, reddi debere, rescriptum est *l. si vi 3. l. 4. C. b. t.* aliter quam in rebus furto ablatas receptum est; quippe quae etiam non reddito pretio dominus a quovis possessore vindicandi potestatem habet. *l. inci-*

vilem 2. C. de furtis, l. si mancipium 23. C. de rei vindic. eo quod rei metu extortae dominium, quali quali transit domini voluntate: non item rei furtivae, ut in *pr. hujus tituli* monitum. Quemadmodum nec pretium restituendum, si quis per impressionem metuens aliquem in officio constitutum, res suas in eadem provincia vel urbe, ubi is tale officium peragit, sub venditionis titulo in eum transtulerit: ita suadente odio, quo digni videntur, qui publica sua sic fuerint abusi potestate, *l. pen. C. b. t.*

10. Ut autem huic restitutioni locus sit, non omnis metus sufficit; sed primo quidem necesse, ut contra bonos mores, adeoque injuste illatus sit: justa enim si subfuerit metus inferendi causa, remedium huic locus non est. Proinde, si libertus contra patronum suum ingratus, cum de suo statu periclitaretur, aliquid patrono dederit vel promiserit, ne in servitutem redigatur, cessat edictum, quia hunc sibi metum ipse infert, *l. si mulier 21. in pr. ff. b. t.* Quod multo magis dicendum, si magistratus metum recte intulerit; jure scilicet licito, & jure honoris, quem sustinet, *l. continet 3. §. 1. ff. b. t. arg. l. injuriarum 13. §. si quis quod decreto 2. C. §. qua jure 6. ff. de injuriis*, Brouwer de jure connubiorum lib. 1. cap. 17. num. 8. sive magistratus ipse tali metu quid jure compulerit dare aut facere, sive tertius; quo fundamento ratum manere debere contractum initum cum eo, quem quis reali in jus vocatione stitit, aut civili custodia curavit includi (*gegeynst*). neutiquam rescindendum esse quasi metu gestum, notavit Costalius *ad l. qui in carcerem 22. ff. b. t.* frustra dissentient Henrico Kinschoto *respons. 102. num. 13. C. seqq. (in editione ann. 1653. Francis. Kinsch. respons. 16. num. 13. C. seqq.)* nam quod a Paulo traditum est, nullius momenti esse id, quod cum eo quis gessit, quem in carcerem detrusit, ut quid ei extorqueret, *l. pen. ff. b. t.* non tam de publicis, quam potius de privatis carceribus, jure improbat accipiendum est, *arg. l. ult. §. 1. 2. ff. b. t.* Si tamen per injuriam quid fecerit magistratus, dum forte verberum aut mortis terrore pecuniam extorsit, non dubium, quin, uti injuriarum, sic & hac metus actione conveniri possit; eo quod nec magistratibus licet quid injuriosum facere, magistratus fiducia, *d. l. continet 3. §. 1. l. ult. §. ult. ff. b. t. l. pen. C. b. t. arg. l. nec magistratibus 32. ff. de injuriis*. Quin & metum justum, id est, jure illatum, recte dixeris, quem hostis hosti infert; cui consentaneum, ut bello captus ea solvat, ad quae promittenda terrore hostili & armis compulsus fuit; cum istas conventiones jus belli tueatur, Wissembach. *ad Pand. b. t. num. 22. in fine*, Grotius de jure belli ac pacis lib. 3. cap. 19. num. 11. Loepsius *ad Pand. b. t. num. 18.* Denique jure illatus metus est, si quis ipse prius metum passus, in continenti (non ex intervallo) metum intulerit, atque ita vel res metu amissas recuperaverit, vel ab obligatione fuerit liberatus. Idemque est, si non ille, qui metum passus est, sed tertius mox metum intulerit, quo metum passus res metu amissas recuperaret; cum enim liceat vim vi repellere, ac passus sit metum, quem prius ipse fecit, conqueri jure nequit de amissis metu, quae prius ipse metu illicito, & nullo jure fuerat consecutus, *l. sed C. partus 12. §. quare 1. ff. b. t. l. 1. §. vim vi 27. l. quod est 3. §. cum igitur 9. ff. de vi C. vi armata,*

12. Sed & secunda metum oportet justum esse, id est, satis gravem, qualis qui merito & in hominem constantem cadit: neque enim vani timoris causa excusatio est, *l. metum autem* 6. *ff. b. t. l. omni timoris* 184. *ff. de reg. juris*, nec sufficit, quolibet terrore adductum timuisse, *l. metus* 3. *ff. ex quibus causis majoris*. Ut tamen pro ratione status, ac sexus, conditionis personarum aestimandum sit, qui satis gravis metus dici debeat; unde & hujus rei, quis nempe metus sufficiens sit, disquisitio ac arbitrium judicis est, *d. l. 3. Menochius, de arbit. judic. lib. 2. casu* 135. Andr. Gayl. *lib. 2. observ. 93. num. 7. 8. 9. Brouwer de jure connubiorum lib. 1. cap. 17. num. 6. 7.* Sane, ut nulli dubium, quin metus mortis, perdenda sanitas, vulnura, stupri, servitutis, vinculorum, carceris illiciti & privati sufficiens sit, *l. 3. l. 4. l. 7. §. 1. l. 7. §. 1. a. l. 22. l. 23. §. 1. & passim ff. b. t. l. si medicus* 3. *ff. de extraord. cognit. l. interpositus* 15. *C. de transactio. sive illam quis in se sive in liberis suis patiantur*; cum pro affectu parentes magis in liberis terrentur, *l. in quidem* 8. *§. ult. ff. b. t. arg. l. 1. §. 4. ff. ad leg. Corneli. de sicariis, §. ult. Inst. de nocent. act. sive etiam in uxore sua; cum & per uxorem marito injuriam inferri constet, §. patitur* 2. *Inst. de injuriis, l. 1. §. item* 3. *l. cum, qui* 18. *§. pen. & ult. ff. de injuriis*, ita ex adverso expeditum illud, metum reverentialem huc restitutioni locum non facere, arg. *l. si patre cogente* 22. *Junct. l. non cogitur* 21. *ff. de ritu nuptiar. l. neque ab initio* 14. *C. de nuptiis*. Nam quod velle non creditur, qui obsequitur imperio patris, ut tradit Ulpianus in *l. velle* 4. *ff. de aequi juris*, id ad voluntatem omni ex parte liberam pertinere, ex *d. l. 22.* satis manifestum est. Nec aliud dicendum de metu reverentialem uxoris erga maritum, arg. *l. ult. §. si quis aliquem tot. prohib. l. ult. C. cod. Andr. Gayl. lib. 2. observ. 117. n. 4.* Nisi tamen metus reverentialis fines excedens pater aut maritus minis gravioribus, in seculo exheredationis terrore, aliisque similibus, filium filiamve ad contrahendum adegisse probari possit, arg. *l. 1. §. quia ostendenda* 5. 6. *ff. quorum rer. actio non datur*, arg. *l. 1. §. interdictum hoc* 43. *ff. de vi & vi armata, cap. ex literis* 11. *extra. de dispensatione impuberum*. Responsa Jctor. Holl. *part. 5. consil. 60. pag. 201. inf. & seqq. incipit A. getrovius synde*, Andr. Gayl. *lib. 2. observ. 147. n. 15. 18. & observ. 93. num. 22. & seqq. Beroldus de libetis juris ad Pand. b. t. num. 6. Zeosius ad Pand. b. t. n. 21. Brouwer de jure con. lib. 1. cap. 17. num. 14. & seqq. eo fere modo, quo & rescriptum est, dignitatem adversarii senatoriam non sufficere ad metum arguendum, per quem dicebatur contractum esse, *l. ad invidiam* 6. *C. b. t. cum tamen infirmenda fuerint venditiones, donationes, transactionesque, quae per impressionem eorum, qui in officio constituti, & per potentiam exortu sunt, l. pen. & ult. C. b. t.**

12. Sic nec metus infamiae ad restitutionem impetrandam satis gravis est, *l. nec timorem* 7. *ff. b. t.* sive enim juris infamiam consideres, frustra quis eam a privato sibi inferri timet, cum haec non nisi lege, edicto, aut sententia irrogetur: sive eam, quae ficti est, nec tunc ab unius hominis privati arbitrio dependere potest ejus irrogatio; sed magis ex praecedente turpi facto, per jus non notato, penes viros

graves & honestos oneratur existimatio ejus, qui facti turpis auctor est, ut dictum est, *de his, qui nos infamia*, viro itaque honesto triste quid inferri potest, infamia non potest, quae factum turpe praerequirat. Solidius hominis innocuo sua constat apud bonos existimatio, quam ut a calumniatore maligno concuti re ipsa ac subverti possit. Quibus non repugnat, quod vulgo colligitur ex *l. in* 8. *§. quod si* 2. *ff. b. t. viris honestis infamiae metum majorem esse debere, quam metum mortis*. Quamvis enim facile concesserim integritati famae unumquemque bonum studere oportere; non tamen in nostra quaestione id in usum venit, ubi frustra infamiam timeri dictum, quam nullus infligere privatus potest. Scio (inquit Seneca de consol. ad Helviam *cap. 15. in fin.*) quodam dicere, videntis nihil esse gravius: mortem ipsi potiorrem videri. His ego respondebo, & exitium saepe omni contemtionem carem. Si vir magnus cecidit, magnus jacuit. Non magis illum contemimus, quam cum adium sacrarum ruina calcantur, quas religioni aequae ac stantes adorant. Et paulo ante eodem capite: plus etiam quam ignominia, est mors ignominiosa. Socrates tamen eodem illo vultu, quo aliquando solus triginta tyrannos in ordinem redegerat, carcerem intravit, ignominiam ipsi loco derivaturus: neque enim poteras carcer videri, in quo Socrates erat. Quis usque eo ad conspiciendam veritatem excacatus est, ut ignominiam putet Marci Catonis fuisse, duplicem in petitione praeturae & consulatus repulsum? ignominia illa praeturae & consulatus fuit, quibus ex Catone honor habebatur. Sed nec praetereundum, in *d. l. 8. §. 2.* non de metu infamiae sermonem esse, sed magis de stupro per violentiam intentato; ad quod avertendum si quid datum sit, ad infamiam redimendam non pertinet; cum vi stuprata nullam sive juris sive facti ignominiam subeat, in qua nulla culpa, factum turpe nullum est; quamque ob id & miseram & infelicem recte dixeris, infamem non aequae, *l. fadis simam* 20. *C. ad leg. Jul. de adulter*. Nec est, quod quis urgeat, justum ad restitutionem obtinendam servitutis timorem esse, *l. ego puto* 4. *ff. b. t. cum tamen servitutem privatus imponere nequeat homini libero ingenuoque, nisi libertus ingratus esset, qui tunc uti jure servitutem timet, ita nec, si ad eam evitandam quid dederit promiserit, restitui posset, l. si mulier* 21. *pr. ff. b. t.* Item quo sensu servitutis metus in *d. l. 4.* dicitur justus, & ipsam servitutem injustam merito quis extimescere possit, debeat, colligere licet ex *l. in* 8. *§. si is* 1. *ff. b. t.* Si is (inquit Jurisconsultus), accipiat pecuniam, qui instrumens status mei interveurus est nisi domus non dubitatur, quin maximo metu compellat; utique, si jam in servitutem potior, & illis instrumentis perditis liber promissioni non potior.

13. Similiter nec satis gravis est metus vexationis alicujus, *l. nec timorem* 7. *ff. b. t.* nec timor accusationis intentatae vel intentandae, *l. accusationis* 10. *C. b. t.* nisi accusationem simul & vincula praesentia potens adversarius minatus sit, *l. ult. §. si justo* 1. *ff. b. t.* nec, si quis contraxerit, ne offenderet in honore positum, qui poterat vel munus publicum invisio imponere, vel impedire, ne honor decerneretur, arg. *l. ad invidiam* 6. *l. cum de domus* 8. *C. b. t.* neque enim injuria est, aut onus imponi, aut impediri honorem, arg. *l. injuriarum* 13. *§. si quis de*

bonoribus 4. & 5. ff. de injuriis. Non etiam solæ minæ hic sufficiunt, nisi capitales sint, & qui minatur, exsequi eas vere possit, ac exsequi jam ante solitus sit: metum enim non jactationibus tantum, vel contestationibus, sed atrocitate facti probari convenit, *l. si donationis* 7. *l. metum* 9. C. de h. r. adeo ut ne ad majestatis quidem crimen constituendum sola comminatio sufficiens sit; sed potius persona dicatur spectanda esse, an potuerit facere, & an ante quid fecerit, & an cogitaverit, & an sana mentis fuerit; ne lubricum linguæ ad poenam facile trahatur, *l. famosi* 7. §. *pen. ad l. luh. majestatis*. Interim adversus minarum jactationes id usu receptum est, ut inde metuens, implorato judicis auxilio, cautionem de non offendendo exigit a minarum auctore, datis fidejussoribus vel pignoribus arbitrio judicis interponendam; de qua plenius vide Andr. Gayl. de pace publica lib. 1. cap. 2. & 3. Denique nec sola mali suspicio, quam quis concepit, huic restitutioni locum facit. Unde, si fundum meum dereliquero, audito quod quis cum armis veniret, edicto huic locum non esse, et interdictum unde vi cessare, Labeo existimavit; quoniam non videor vi dejectus, qui deici non expectavi, sed profugi, *l. metum* 9. in pr. ff. de h. r. sive armati nulli re ipsa veniebant, sine veniebant quidem, sed alio tendebant, *l. quod est* 3. §. *si quis autem* 6. & 7. ff. de vi & vi armata, plane si et venerit, et fundum meum occupaverint, edicto huic æque ac interdicto unde vi locus foret, *d. l. 3. §. 7.* multoque magis, si demum dereliquerim fundum, postquam jam eundem ingressi fuissent armati, *d. l. 9. ff. de h. r.* Pugnare interim videtur cum hisce id, quod a Juliano traditum, *vi dejectum videri dominum fundi, qui cum homines armatos venientes existimaret, profugit; quamvis nemo eorum fundum ingressus fuerit, l. non solum* 33. §. *si dominus* 2. ff. de usurpat. & usurcatione. Conciliatio- nis quidem viam emendatione tentat Cujacius, et post eum Ant. Faber in rationalibus ad *l. 6. pr. ff. de h. r. pro existimaverit legentes existimaverit*; quasi timerit eos non absentes sed præsentés, nec alio tendentes, sed ad se venientes. Malim tamen retenta lectione verbum illud *videri* in *d. l. 33. §. 2.* accipere velut notam impropietatis, ut nempe dejectus quidem videatur, vere autem dejectus non sit; quo sensu verbum *videri* et in jure et probatos apud auctores frequenter occurrere, tralatitium est.

14. Non autem metum satis gravem, velut mortis vulnorum, allegasse suffecerit, neque in dubio præsumitur, terroris incussum esse, dum quisque bonus creditur, donec contrarium apparuerit, *l. ult. pr. ff. de h. r.* maxime, si amicis intervenientibus negotium gestum fuerit, *l. transactionem* 35. C. de transact. sed probatione opus est, quæ imponenda ei, qui metum sibi illatum ait, sive actione metus agat ipse, sive metus exceptione se tueatur; tum quia affirmanti incumbit probandi onus; tum etiam, quia et actor fundamentum intentionis suæ, et reus exceptionis veritatem, actoris instar, docere debet, *l. metum* 9. C. de h. r. arg. *l. qui accusare* 4. C. de adendo, junct. *l. 1. ff. de exceptionibus*, *l. 2. ff. de probatione*. Quibus vero modis probari possit, metum illatum esse, et de protestatione, quod metu coactus contraxerit aut contracturus sit, vide Mascardum de probatione conclus. 1056. 1057. 1053. responsa JCor. Holland.

part. 5. consil. 60. pag. 201. inf. et seqq. incipit Agreovus synde, Andr. Gayl. lib. 2. observ. 95. n. 14. 15. 16. 17. & seqq.

15. Perpetuum tamen non est, ut per actionem quod metus causa rescindantur, quæ iusto seu satis gravi metu incusso gesta sunt; dum quandoque ipso jure nulla sunt; quandoque ex adverso plenissimam retinent firmitatem; quandoque rescissione non egent, eo quod metus illatus nullum alteri intulerat detrimentum. Ipso jure nulla est extorta per metum dotis promissio, *l. si mulier* 21. §. *si dos* 3. ff. de h. r. nuptiarum, *l. neque ab incipio* 14. C. de nuptiis, libertatis datio, si ipse servus vel populus dominum coegerit, *l. ille servus* 9. *l. si privatus* 17. ff. qui et a quibus manumissi liberi non sunt, sin hoc egerit privatus extraneus, libertas quidem servo salva est, sed dominus contra cogentem ita restituitur, ut pretium quadruplicatum cogens præstet: eoque sensu verum esse puto, et intelligendum, quod in *l. metum* 9. §. *idem* 2. ff. de h. r. scriptum est, quoddam bene putare, etiam servi manumissionem, quam quis coactus fecit, ad restitutionem hujus edicti porrigendam esse. Quod enim ipsa libertas rescindenda non sit, et ea ratione nulla restitutio adversas manumissum possit locum habere parte ex *l. & eleganter* 7. in fine principii ff. de dolo malo, *l. si ex causa* 9. §. *ult. ff. de minor.* 25. annis; nisi minor ex magna causa hoc a Principe fuerit consecutus, *l. 10. ff. eod. tit. de minor.* Ratio autem, cur nuptiarum, dotisque promissio, ac datio libertatis, propter metum magis ipso jure nulla sint, quam actione metus rescindenda, non improbabilis ea est, quod, si semel subsisterent hæc summo jure, maximus ille, qui in ipsis ac pro ipsis militat favor, facile impedire eorum rescissionem, arg. *l. si dolo accideris* 24. ff. de dolo *d. l. 1. si ex causa* 9. §. *ult. l. 10. ff. de minor.* 25. annis. Legislatores scilicet, cum ingentem animadverterent nuptiarum, libertatis, dotium favorem; neque tamen æquitatis ratio ullatenus permetteret, eo usque porrigi istiusmodi favores, ut sub eorum obtentu alii sine sua culpa in manifesto hærent damno; satius putatur, impediri ab initio quasi nativitatem libertatis nuptiarum, obligationis ac dotem, quam harum semel natarum rescissionem concedi: eo modo, quo lex Ælia Sentia maluit mox a principio impedire libertatem in fraudem creditorum datam, pr. *Insti. quib. ex caus. manumitt. non licet*, cum aliquin alienatio in necem creditorum non ipso jure nulla sit, sed Pauliana debeat aut rescissoria actione retractari.

16. Plenissimam, non obstante metu iusto, firmitatem retinent metu gesta, quoties qui ea ex intervallo liberaque voluntate sine ulla coactione rata habuit; quod vel tacite fieri potest vel expresse: tacite rebus ipsis & factis, dum id, ad quod ab initio ex metu obstrictus fuerat, postea extra metum positum sponte solvit, atque ita libero corroboravit consensu, *l. cum re* 2. *l. si per vim* 4. C. de h. r. adde cap. perlatum 1. extra, de his quæ vi, metu, causa sunt &c. Idemque est, si vel sponte postea fidejussores aut pignora dederit in securitatem obligationis metu extortæ, vel liber ab omni timore dilationem petierit ad solvendum id, quod metu promiserat; cum & sententiam contra se latam comprobasse censetur, qui dilationem petit, sic ut ob id ei pereat ap-

pellandi facultas, etiam ante decem dierum lapsum
l. pen. C. de re judicata. Sed &, si in stupro puellae
 deprehensus sponsalia contrahere metu mortis vul-
 nerumve a patre puellae aliusve coactus fuerit, deinde
 vero dimissus, auctore factus potestatis, identidem
 in ejusdem puellae ruit amplexus, non alia, quam
 spontanea sponsaliorum primitus metu extortorum
 comprobatio, libereque in nuptias futuras consensus
 ex tali facto concipi poterit. Vide Brouwer de *jure
 connub. l. 1. cap. 17. n. 10*. Non tamen consensum
 & ratihabitionem tacitam inducit, quod metum pas-
 sus non in querimoniam deduxerit, seu protestatus
 fuerit, se metu quid gessisse, quamprimum id tuto
 fieri per eum potuit, sed siluerit. Non enim hujusmo-
 di protestationem jura requirunt, eo solo contenta,
 quod metum passus actionem intra quadriennium a
 metu illato instituat, ac ad finem perducatur, juxta
 tradita *tit. 1. aut ex negotio metu gesto conventus*,
 tunc, cum convenitur, alleget, doceatque metum,
 arg. *l. 1. C. de condi. ob turp. causam*, sic ut re-
 ctius hanc conjecturam admiseris, siluisse eum, qui
 metum passus erat, quod sciret, jus suum ad irritanda,
 quae metu gesserat, durare toto tempore per leges
 indulto, arg. *l. sicut 8. §. non videtur 15. ff. quib.
 mod. pign. vel hyp. solvi*. maxime, quum in querimonia
 deducendo metum non poterit infirmare metu
 gesta, sed tantum actione vel exceptione in judicio
 proposita. Vide Responsa Juriscons. Holl. *part. 5.
 consil. 157. pag. 462. 463*. Expresse ratihabitiō fit,
 cum solemniter post metum cessantem renunciat a-
 ctioni quod metu causa aut juri omni, quod in il-
 lam rem habeat, quam primitus incusso terrore tra-
 dere coactus erat: quasi purgato isthac ratione &
 ablato vitio metus. Nec opus est, ut prius in pote-
 statem ejus, qui metum passus est, redierit natura-
 lis rei, per metum amissa possessio, ut perperam non-
 nulli colligunt ex *§. aliquando 8. Instit. de usucapion.*
 non enim illic dicitur, non nisi reversa. *re. vitium
 purgari*, sed exempli causa, purgari scilicet aliquan-
 do vitium voluit si in domini potestatem reversa sit,
 non tamen exclusis modis aliis; cum sufficiat etiam
 sine traditione venditio aut transactio cum fure de
 re furtiva interposita, & in universum consensus
 omnis domini in id, ut alter teneat, quod primo vi,
 furto, metue fuerat occupatum, *l. cor 6. §. Julia-
 nus 3. de precario, l. quomodo 34. ff. de furtis, l. si
 fur 32. pr. ff. de usurpat. & usucapion.* Neque contra-
 riarum jure Canonico casum est in *cap. sollicite 2.
 extra, de restitutione spoliati*. cum potius caput illud
 intelligendum sit de casu; quo non satis liquido de
 spontanea constat renunciatione: si enim ea fuisset
 manifeste probata, inepta sane fuerint ea Pontificis
 verba; quia non est verisimile, quod sponte juri suo
 renunciaverit, qui renunciavit spoliatus; cui conse-
 quens erat, ut, si spontanea renunciatio apparet,
 rata quoque sit, ex generali regula, qua suo quisque
 juri licite renunciat, *l. pen. C. de pactis*. Vide res-
 ponsa Juriscons. Holland. *part. 5. consil. 156. pag.
 450. in med. & 451. & consil. 157. pag. 451. &
 1599*. Quod si ipso metu illati tempore vel etiam ex
 intervallo, renunciatio per metum extorta fuerit, non
 libere interposita, non dubium, quin restitutioni ad-
 hac locus superest, arg. *l. cum te non solum 2. in
 fine C. b. t.* Nec eam impediet, quod metum passus
 jurejurando, itidem per metum interposito, firmave-

rit metu gesta, aut restitutionis renunciationem: sive
 enim jus civile species, jusjurandum non solet ma-
 jorem addere negotio firmitatem; sed potius sequitur
 naturam actus, cui apponitur, *l. non dubium 5. in
 fine C. de legibus, l. juris gentium 7. §. & generali-
 ter 16. ff. de pactis*, sive mores hodiernos; facile
 hujusmodi sacramenti metu extorti relaxatio impe-
 tratur; ne ex suo scelere lucretur, qui metum fecit.
 Respons. Jurisc. Holl. *part. 5. consil. 157. pag. 464.
 465. & seqq. Gayl. lib. 2. observ. 42*. quamvis in
 foro poli obstrictum manere debere eum, qui metu
 gesta jurisjurandi religione firmavit, multis placeat:
 se de his latius *tit. de jurejurando*.

17. Rescissione opus non est, eo quod per metum
 illatum nulla metum passo laesio facta est; quoties
 qui metu posteriore in continentem illato reddere coac-
 ctus est, quae paulo ante ipse, incusso terrore, contra
 jus acquisiverat, ut ante dictum ex *l. sed &
 pariter 12. §. 1. ff. b. t.* vel cum perpetua exceptio-
 ne quis tutus esset, creditorem coegerit acceptum
 sibi facere, *l. item si 14. pr. ff. b. t.* vel debitori suo
 metum creditor intulerit, ut solveret, quod vere erat
 debitum, *l. sed & pariter 12. §. ult. ff. b. t.* cum
 enim natura actionis quod metu causa damnum re-
 quirat, quod reparari possit, neque hisce in casibus
 quicquam obsit metum passo, cessare debuit hoc edi-
 ctum, *d. 11*. Unde & si quis quadraginta debens,
 metu adactus fuerit ad promittenda ac solvenda tre-
 centa; non trecentorum, sed tantum ducentorum &
 sexaginta, quadruplum ex contumacia consecuturum,
 responsum est, *l. item si 14. §. pen. ff. b. t.* Quibus
 autem in casibus cessat damni illatio, & ita metus
 causa actio: non tamen ideo vis & metus impunita
 sunt; nam & poena legis Juliae de vi locum habet,
 prout vel publica vel privata intervenit violentia,
d. l. 12. §. ult. l. 13. ff. b. t. & qui debitorem metu
 ad solvendum constringere tentaverit, jus crediti a-
 mittit, *l. extat 13. ff. b. t.* Et quamvis moribus no-
 stris ille juris rigor mitigatus sit, quod auctoritate
 privata occupans debitoris bona, aut debitum injecto
 terrore extorquens, atque ita sibi jura dicens, jus cre-
 diti non amittit; tamen ad id, quod interest, adver-
 sario vim passo tenetur, pro modo violentiae extra
 ordinem arbitrio judicis insuper coercendus, Covar-
 rias *variar. resolut. libr. 3. cap. 16. n. 7*. Carpio-
 vici *defen. forens. part. 4. consil. 35. defen. 11. 12*.
 Louet *en sei arresti, lit. R. arrest. 43. durecel. &c.*
in med. Christinaus *vol. 2. decis. 184. numer. 4*.
 Groenewegen *ad l. 13. ff. b. t. & ad §. 1. Instit.
 de vi bonor. rap. Wassenaar pract. judic. 14. n.*
15. 16.

18. Ceterum, licet actio quod metu causa intra qua-
 driennium intentanda sit; id tamen non aliter ob-
 tinet, quam quatenus intra illud spatium ex contumacia
 in quadruplum crescere potest: in simplum enim,
 seu ad ipsius rei restitutionem causa cognita
 perpetuo, id est, totis triginta annis, agi potest per
 eum, qui metu contritus rem suam amisit, *l. si
 per vim 4. in fine C. b. t. l. item si 14. §. si quis
 1. ff. b. t.* eoque sensu a Paulo traditum, Praetorem
 id, quod metu causa gestum fuerit, nullo unquam
 tempore ratum habiturum, *l. si mulier 21. §. 1. ff.
 b. t.* & quia adversus haeredes ejus, qui metum fecit,
 actio haec in id tantum datur, quod ad eos per-
 venit; hinc & in haeredes eam perpetuo dari con-

stat. l. videamus 17. in fine, l. quod autem 19. ff. b. i. Quinque nostris moribus hac actio non amplius in quadruplum ex contumacia contra quemquam datur, sed rei tantum in simplum, adeoque non poenalis, sed rei persecutoria sit, quemadmodum & doli actio, utramque etiam triginta annis nunc durare, uti rationi juris conveniens est, ita servatur, sic ut ob minorenntatem quidem restitutio adhuc intra quadriennium petenda sit; ex metu vero vel dolo non item; teste Hug. Grotio *manduct.* ad jurispru. *Holland. libr. 3. cap. 48. nu. ult.* Groenewegio ad l. 4. C. b. i. & ad l. ult. C. de dolo. Sim. van Leeuwen *cons. for. part. 1. libr. 4. cap. 41. num. 8 & cap. 42. num. ult.* Qua autem ratioe hac conveniant cum his, quæ de restitutionibus intra quadriennium petendis, aut de postulanda post quadriennium adversus lapsum temporis simul & adversus principale negotium redintegratione, a pragmaticis vulgo traduntur, & *in. i.* sunt enarrata, vix est, ut explicetur; nisi forte dicendum fuerit, quadriennium, aut aliud tempus moribus vel statutis definitum (veluti decennium in Belgio Hispanico alibique) observandum esse, quoties ob metum vel dolum desideratur ipsa negotii summo jure validi rescissio, & plena instauratio; triginta vero annorum spatium admitti, ad id, ut quis ob metum dolumve consequatur, quanti sua interest, se ex illato dolo aut incusso terrore rem non amisisse translatione ipsius rei in suo vigore perdurante.

TITULUS III.

De Dolo Malo.

SUMMARIA.

1. Dolo: vel bonus vel malus est, vel ex re, vel ex proposito.
2. Dolo non presumitur, sed probandus; quibus modis probetur?
3. Si dolo causam dederit contractui bonæ fidei, is ipso jure nullus est, nec transit dominium, nec opus restitutionis; agi tamen potest ad id, quod interest. Satisfit objectionibus.
4. Si dolo incidit in contractum bonæ fidei, non datur doli actio, sed ex ipso contractu.
5. Quid juris, si tertius dolo interveniens in negotio bonæ fidei?
6. Si dolo causam dederit negotio stricti juris, vel in illud incidit, negotium non est ipso jure nullum, sed rescindendum.
7. Ratum manet negotium omni dolo gestum, si illa velit is, qui dolum passus est.
8. Quid sit doli actio? quibus desur? non ei, qui ipso in dolo fuit; nec ei, qui adversarii dolum scivit.
9. Contra quos desur? de dolo promissorum, tutorum, decurionum. Quid si plures dolum fecerint?
10. Non contra tertios possessores. An contra patronos, patronos & heredes eorum, an contra honorarios? quo modo verbis actio temperanda sit, ut bona fidei memio fiat?
11. Ad quid tendat doli actio?
12. Intentanda intra biennium. Actio tamen in factum in id, in quo aliter locupletior factus est, perpetuo durat, contra heredes. Quid moribus?

13. Quibus casibus cesset doli actio? an ei locus, si alia actio aliudve remedium super sit, cum quibus actionibus possit concurrere?
14. Non concurret doli actio cum indoliti conditione, nec cum conditione causa data &c. nec cum actione præscriptis verbis.
15. Nec cum aliis actionibus ad promissum animal competentibus, si illud ante vel post moram occisum sit.
16. Nec cum actione tutelæ, aut restitutione ex capite minorum natiuitatis.
17. Nec cum actione ex testamento.
18. Nec cum actione iudicati.
19. Nec cum pœstina actione, si actor dolo rei indolitus, quasi nihil deberetur, consenserit in rei absolutionem.
20. Nec cum actione ad exhibendum aut rei vindicationem.
21. Nec cum actione depoziti aut legis Aquiliæ.
22. Nec cum actione negotiorum gestorum.
23. Nec cum conditione ob causam datorum ex contractu do ut des, vel do ut facias.
24. Modis doli actio perpetuo durat.

1. **D**olum Jurisconsulti heud inconcinne distinxerunt in bonum & malum. Bonum dixerunt, qui vel in universum a jure probatus erat; velati cum adversus hostem latronemve solertia adhibetur, l. i. §. non fuit 3. ff. b. i. vel non probatus quidem, sed tamen impunitus ac toleratus; quo pertinet, quod ab Ulpiano dictum, in pretio emtionis & venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire, l. in causa 16. §. pen. ff. de minor. 25. annis, l. item si 22. §. ult. ff. locati, adde l. si voluntate 8. C. de rescind. vendit. Malum dolum dupliciter considerarunt; alium nempe, qui ex re ipsa est, ac in læsione immodica consistit, etiam sine concurrente lædendi proposito, si initium negotii respicias, quo casu res ipsa in se dolum habere dicitur, l. si quis, cum aliter 36. ff. de verbis. obligat. Alium ex proposito, in quo adest lædendi animus: qui ideo etiam a culpa distinctus est, quippe quæ magis dici potest factum inconsultum, quo alteri nocetur: cum ex adverso dolo illa ex proposito & in specie consideratur, sit calliditas, fallacia, machinatio, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita, l. i. §. dolum 2. ff. b. i. seu cum alterius circumscribendis causis aliud agitur, & aliud agi simulatur, l. juris gentium 7. §. dolo malo 9. ff. de pæstis, Cicero lib. 3. ante mod. de officiis, ubi & memorabile calliditatis insignis exemplum exhibet in Cajo Canio equite Romano, circa hortulorum emtionem per venditorem Pitium circumscripto.

2. Fit autem dolo vel in contractibus vel in testamentis, vel in legibus, l. i. §. ult. ff. de doli mali & met. except. l. frans 30. ff. de legibus. Sed ut metus non erat presumendus, verum probandus re-eundum; tradita in *in. præced.* ita & in dolo idem obtinet, l. quovis 18. §. qui dolo 1. ff. de probation. quem tamen, cum in mente resideat, non aliunde rectius, quam ex qualitate facti æstimatori, adeoque ex circumstantiis colligi, rescriptum est, l. ad rescindendam 4. l. si voluntate 8. l. dolo erroris 10. C. de rescindenda vendit. l. dolum 5. §. i. Quæ vero illa sint indicia, quæ factorum qualitates, ad dolum

arguendum sufficientes, vide plenius apud Menochium de præsumption. lib. 5. præs. 3. Mascardum de probation. conclus. 531. 532. 533.

3. Dolo tamen probato, non idem semper effectus est: etenim vel causam dare potest contractus, vel tantum in contractum incidere. Causam dare contractui dicitur dolus, cum animus contrahendi non habens ad contrahendum inducitur, nullatenus contrahitur, si dolus defuisset. Incidere vero in contractum tunc censetur, cum quis sponte quidem contrahit, sed in modo contrahendi, vel in pretio aut aliter decipitur, l. *et eleganter* 7. ff. b. s. Si dolus causam dederit contractus bonæ fidei, is ipso jure nullus est, ut restitutione opus sit, d. l. 7. ff. b. s. l. in causa 16. §. 1. junct. pr. ff. de minor. 25. annis, l. pupillus 3. §. item ipse 2. ff. de auctor. tut. l. ea vero 3. §. ult. ff. pro socio, l. 1. §. si libertatis 7. ff. quorum rerum actio non datur. Cumque id, quod nullum est, nullum possit effectum producere: consequens est, ut neque dominium neque jus ullum aliud ex subsecuta ad negotium nullum traditione possit videri in emptorem translatum: nunquam enim muda traditio dominium transfert: sed ita, si venditio aut alia aliqua justa causa, eaque valida processerit, propter quam traditio sequeretur, l. nunquam 31. ff. de acquir. rer. domin. arg. l. hac ratio 3. §. rescindendo 10. & 11. ff. de donat. inter vir. & uxor. Et sane, si per traditionem ex titulo tali, qui nullus est, vel qui credebatur processisset, cum non processisset, ne usucapiendi quidem facultas in accipientem transferatur, l. 1. §. 1. 2. ff. pro donato, l. Celsus 27. ff. de usurp. & usucap. ac ne quidem in hac facti specie, in qua dolus causam dedit contractui, d. l. 5. §. 2. ff. de auctor. tut. quoniam, obsecro, jure posset dominium transire. Si quid traditio ad contractum ipso jure nullum subsecuta operetur, non tamen aliud, quam ut nuda possessio naturalis, quæ facti est, in accipientem transferatur, arg. l. 1. §. si vir uxori 4. ff. de acquir. vel amit. posses. Unde & tales, quæ ex titulo nullo tenent, dicuntur possidere, l. nec ullam 13. §. omnibus 1. ff. de poss. heredit. Porro, dominio non translato, dubium esse nequit, quin dolum passus ordinario jure rem suam non ab eo tantum, qui dolum fecit, sed & a quovis bonæ vel malæ fidei possessore possit ex jure domini vindicare, toto tempore rerum mobilium aut immobilium vindicationi per leges aut mores præfinito; (cum ex adverso doli actio non contra quemvis possessorem datur, sed solum dolo, ut postea tradetur) quæ sententia etiam rebus judicatis in Hollandia firmata est. Neostadius Curia super. decis. 5. Groenewegen ad Grotius manud. ad jurispru. Holl. lib. 3. cap. 48. num. 15. Responsa Quæc. Holl. part. 4. consil. 2. Sim. van Leeuwen cons. for. part. lib. 4. cap. 45. n. Wassenar præd. jud. cap. 2. n. 46. Nec contrario probari potest ex l. si res 12. §. 1. ff. de jure dot. ubi mulier circumventa in eo, quod servum marito in dotem dederat, dicitur actura ad id, ut servus sibi restitatur. Non enim negat jurisconsultus dationem in dotem inutillem esse, sed cum possessio in maritum esset translata, mulierem ait jure acturam, ut sibi servus restitatur, cujus possessio nullo jure valide fuerat in maritum translata. Quod vero recriptum est, Præsidentem provincie jussurum, ut per dolum facta venditio

rescindatur, l. si dolo 5. C. de rescind. vend. id idem non perperam de retractione implementi, seu traditionis, ad venditionem nullam insecutæ, acciperis: aut, si de emptione nondum per traditionem impleta legem intelligas propter finalia verba ejus, novum non est, ut rescindi in jure nostro dicatur, quod ipso jure nullum esse, aliunde constat: nam & venditione prædii pupillaris factam contra Divi Severi orationem, Præsidis sententia non immerito rescissam esse traditum, l. nisi is 9. C. de præd. & aliis reb. minor. quam tamen re ipsa nullam fuisse, sic ut rei alienatæ vindicatio permissa fuerit, expeditum est, l. magis puto 5. §. si et alienum 14. & 15. ff. de rebus eorum, qui sub tut. vel cura sunt dect. non alien. Idemque judicium esto de l. ex emto 41. §. si quis virginem 5. ff. de act. emti, ubi emptori, mulierem pro virgine ementi, dicitur ex emto dari actio ad resolvendam emtionem, cui tamen dolus venditoris causam dederat, dum sciens emptorem errare passus est. Resolvitur enim venditio, quæ ipso jure nulla erat, eatenus, quatenus traditio & pretii numeratio jam subsecuta erat, ideoque in ipsa lege dicitur actio danda, ut pretio restituto mulier reddatur, nam ut nemo, ita nec emptor sibi jus dicere poterat, ac privatim pretium solum extorquere; sed in judicio, & in casu nostræ legis actione ex emto, opus erat ad ea recuperanda, quæ ex contractu nullo erant possessione tenus translata, & quantum quidem ad nummos attinet, forte jam expendendo consumpta. Minus hanc premit sententiam l. dolo 10. C. de rescind. vendit. Cum enim illis in sola pretii quantitate læsio acciderit dolo adversarii; apparet satis, dolum non tam causam dedisse contractui, quam potius in emtionem incidisse, non eo pretio contrahendum, si dolus defuisset: unde & dominium rei sic emtæ in emptorem, & rursum per hunc in secundum emptorem translatum fuisse, asseritur, quod non esset, si dolus dedisset emtioni causam, ut antea dictum. Licet autem ob dolum causam dantem contractus bonæ fidei nullus sit; tamen, si ex tali contractu læsionem sustinuerit, qui dolo circumventus erat, actionem ex ipso illo contractu nullo est habiturus, ad id, quod interest, se circumscriptum non esse: eo modo, quo & ex emto agitur adversus eum, qui sciens rem sacram pro profana distraxit ignorantem; quamvis & tunc contractus æque nullus sit, §. ult. Instit. de emt. vendit. l. qui officii 62. §. a. ff. de contrab. emt. d. l. ex emto 11. §. si quis virginem 5. ff. de act. emti.

4. Quod si in bonæ fidei contractum dolus incidit; neque ipso jure nullus est contractus, neque actioni famosæ doli locus est; sed magis ex ipso illo contractu bonæ fidei actio datur, l. *et eleganter* 6. §. non solum 3. in fine, l. si quis affirmaveris 9. pr. ff. b. s. l. Julianus 15. §. si venditor 4. §. 5. & 5. ff. de act. emti, l. in vendendo 66. §. 1. ff. de contrab. emt. eo quod contractibus bonæ fidei semper ipso jure inest actio & exceptio doli; adeoque dolo probato, absolutio excipientis sequetur, aut agentis causa redintegrabitur, arg. d. l. 11. §. 5. ff. de act. emti. Neque hisce contradicit Ulpianus in l. quod venditor 37. ff. b. s. Cum legis illius sententia non hæc sit, quod datur contra venditorem hæc actio famosæ doli; sed magis ibi quæstio est, an, si a venditore non commendandi, sed decipien-

di gratia quid dictum sit, locus sit actioni adilitia rehibitoria; vel quanti minoris, quasi ex dicto promissio; (ex quo dicto promissio adilitas dari actiones constat ex *l. si quid venditor* 18. *l. sciendum* 19. §. 1. 2. 3. 4. ff. de adilitio) & respondetur, non esse ex dicto promissio actionem; idque, quia venditor non eo dixit animo, ut prastaret, neque quicquam promisit: quod tamen requirebatur ad id, ut quis edicto promissio posset adilitia actione teneri, *d. 11.* Quia tamen dixit venditor decipiendi animo, & ita in dolo fuit, danda dicitur de dolo actio, id est, danda est propter illum dolum actio, & quidem ex emto seu ex ipso contractu, in quantum actioni ex emto inest de dolo actio; quo fit, ut famosa ac subsidiaria doli actio danda non sit, *d. l. 7. §. 3. in fine ff. b. r.* Major difficultas est in *l. doli* 10. C. de rescind. venditione, in qua cum sermo esset de dolo in contractum emtionis incidente, (ut paulo ante demonstratum) subiungitur, ei qui dolo deceptus est, contra illum, cum quo contraxerat, in integrum restitutionem competere: quod non nisi de restitutione ex capite doli, atque adeo doli actione famosa, videtur accipiendum esse. Sed non ita est, neque enim id perpetuum est, quod per in integrum restitutionem in iure nostro denotatur remedium pratorium extraordinarium, per quod negotium aliquod suae restituitur aequitati: sed & quandoque omnia illa comprehendit remedia, quibus quis ordinario iure actione ordinaria, a se damnum amolitur, & gesti resolutionem impetrat. Quo sensu creditores actione Pauliana vel rescissoria obtinere dicuntur restitutionem in pristinum statum, *l. ait praetor* 10. §. praeterea 22. ff. qua in fraud. creditor. & qui experiantur interdicto, ne quid in loco publico fiat, *l. 2. §. hoc interdictum* 42. & seqq. ff. ne quid in loco publ. fiat. Simili ergo modo etiam in *d. l. 10.* restitutio in integrum nihil aliud est, quam pretii iniqui, dolo constituti, emendatio, aut propter dolum infirmatio, accommodata ad id emti venditi actione, arg. *d. l. 11. §. 5. ff. de act. em.*

5. Si tamen non alterutrus ex contrahentibus, sed tertii doli in emtione alicuius bonae fidei negotio intervenerit, rationis est, hanc dari de dolo actionem: cum enim inter tertium illum fraude sua laedentem ac laesum nullus contractus intercesserit, ideoque nec ex contractu actio de dolo facto possit moveri, necesse fuit, ad hanc subsidiariam doli actionem recurri. Quo fundamento doli actio in proxeneta datur, si is calliditate creditorem circumvenierit ad faciendum nomen inidoneum, seu, ad credendum inidoneum, debitori, *l. 2. ff. de proxenetis*, uti & adversus servum, qui consilio callido minorem annis 25. induxit ad sui venditionem, si postea per emtorem fuerit manumissus, *l. 1. §. eleganter* 7. pr. ff. b. r. Contra eum quoque, qui dolo malo commoda venditori minora pondera mercis appendenda gratia, ut emtor laederetur: cum actum esset, ut hisce ponderibus, qua commodans aequa affirmaverat, appensio fieret, *l. arbitrio* 18. §. de eo 3. ff. b. r. Quibus in casibus etiam non ad contractus infirmationem contendere potest, sed tantum ad id, quod interest, dolum hand intervenisse, si modo dolo crearet uterque contrahentium; ne alioquin ex alieno delicto in irritum deducantur negotia cum detrimento ejus; qui bona contraxit fide, & modi-

cam tantum, non enormem, alteri intulit laesionem. Si enim ultra dimidium laesio esset, etiam deficiente contrahentium dolo ad remedium legis 2. C. de rescind. vend. refugium pateret, ut dicitur *tit. de rescind. vend.*

6. Hac ita in bonae fidei negotiis; aliter sese res habet in iis, quae stricti juris sunt, quippe quae, sive doli causam dederit, sive inciderit, ipso jure nulla non sunt; usque adeo, ut, si Wissenbachio credamus, apud priscos Romanos doli instructi juris iudiciis fuerit impunitus. Wissenbach ad Pand. b. t. n. 30. de quo tamen merito addubites; tum quia nullo modo probabile est, Romanos adeo aequitatis, rationis, justitiaeque amantes, usque ad tempora Ciceronis tantam passuros fuisse fallaciae licentiam; tum etiam quia id non evincitur illo Ciceronis loco, quem ex libro 5. de officiis depromis: quippe in quo non de stricti juris contractu, sed hortulorum venditione sermo est, ad quorum emtionem delectus erat Canius astuto venditoris facto; sic ut inde in ipsis actionibus bonae fidei negotiis doli impunitus esset; quod tamen ipse Wissenbach haud admittit. Sed & nulla illatio legitima est, si tempore Ciceronis Aquilius quasdam conceperit formulas, doli avertendi causa, ergo ante illas adinventas doli impunitus fuit. Quicquid ejus rei fuerit, illud saltem in aperto est, nostro jure stricti juris negotia summo jure subsistere, sed propter dolum incidentem aut causam eandem vel per actionem ex stipulatu recipere iniquitatis correctionem, quoties de dolo cautio interposita est, vel stipulatione illa deficiente per hanc doli actionem enervari, *l. 1. §. eleganter* 7. §. non solum 3. ff. b. r. l. si quis cum aliter 56. ff. de verbor. obligat. l. pen. C. de iurur. stipul. Nec recte dixeris, dolo interveniente omnem esse exclusum consensum, sine quo non magis firmi esse aut ab initio subsistere possunt stricti juris, quam bonae fidei contractus. Quamvis enim verum sit, dolo impediri consensum illum, qui secundum justitiam fuisset interponendus, si doli defuisset, non tamen omnis consensus ea ratione deest: in quantum promissor in dolosa stipulatione conscius est, quid, & cui promittat, *l. si id quod aurum* 22. ff. de verbor. oblig. quemadmodum emtor fraude circumventus consentit in certum pretium venditori pro re certa exsolvendum. Cum vero in negotiis stricti juris non tam spectetur, qua ratione ex bono & aequo inter contrahentes conveniendum fuerit, quam potius, quid naturaliter inter eos placuerit, secundum verborum formulam ac conceptionem: mirum videri non debet, ac summo jure consistere, ex consensu quali quali, donec rescindantur. Cumque ex adverso in iis, quae sunt bonae fidei, praecipue inspicitur, quid ex bono & aequo fieri debuerit, aut fuisset conventum semoto dolo, quasi inesset consensui conditio: si scilicet ita res sese habeat, ut habere dicitur, fingitur, simulatur; consequens his fuit, ut toties nulla essent haec bonae fidei negotia, quoties doli iis causam dedisset; quia nullus adfuisset consensus illius, qui dolo ad contrahendum inductus est, si doli ille non intervenisset.

7. Illud haud praetermittendum, in gratiam ejus, qui dolo circumventus est, id constitutum esse, ut negotia dolo gesta ipso jure nulla sint, vel pratoria.

infringuntur restitutione: ac proinde, si non obstant dolo, stare velit contractui is, qui dolum passus est, dum sibi nihilominus conventionem expedire credit, rata procul dubio manere debent dolo conventa; cum quisque juri pro se introducto renunciare possit, nec æquum sit, ut, quæ in alicujus favorem constituta sunt, invito eo, in ejus contorqueantur lesionem, arg. l. pen. C. de pactis, l. quod favore 6. C. de legibus. Quibus accedit, quod ex parte ejus, qui dolum fecit, plenissimus consensus, atque adeo etiam plena obligationis causa est, Costalius ad l. 7. ff. b. t. Zoësius ad Pand. b. t. n. 9. 10. Peresius ad C. b. t. n. 8. in fine.

8. Est autem actio doli prætoria, personalis, infamans, & ob id subsidiaria, si modo ex suo dolo suoque nomine (non alieno) conveniatur, l. 1. §. ait prætor 4. junct. l. Sabini 29. ff. b. t. l. furti 6. §. si quis a. ff. de his, qui noi. infam. quæ datur læsis ex alieno dolo, & eorum hæredibus, l. hæredibus 13. ff. b. t. non tamen doloso contra dolum; quippe quo casu magis dolum cum dolo compensandus est, dum paria delicta mutua pensatione tolluntur, l. si duo 36. ff. b. t. arg. l. apud Celsum 4. §. Marcellus 13. ff. de doli mali & metus except. l. cum per delictum 154. ff. de regul. juris, l. ult. §. pen. ff. de eo, per quem fact. erit, quo minus quis in jud. se ritar, l. viro atque uxore 39. ff. soluto matrim. multoque minus ei, qui suo ipse dolo alium decepit, l. transactione 30. C. de transaction. nec etiam ei, qui dolum quidem passus est, sed doli non ignarus: neque enim sciens prudensque quisquam fallitur, aut patitur injuriam, l. cum donationis 34. C. de transaction. arg. l. 1. §. usque adeo 5. ff. de injuriis, Andr. Gayl. lib. 2. observ. 65. n. 2. 3.

9. Competit adversus eum, qui dolum admisit, etiam pupillum, si pubertati proximum dolum fecerit, l. hæredibus 13. §. 1. l. 14. ff. b. t. contra hæredes non aliter, quam quatenus ad eos ex dolo pervenit, doloque malo factum fuit, quo minus pervenerit, l. hæredibus 13. ff. b. t. junct. l. si plures 17. §. 1. l. in heredem 26. 27. 28. ff. b. t. Si plures dolum fecerint, contra singulos in solidum; ut tamen unus præstatione ceteri liberentur, l. si plures 17. ff. b. t. Ex dolo procuratoris procurator ipse hac actione tenetur ex dolo tutoris ipse tutor; ex dolo decurionum; circa administrationem rerum municipii ipsi decuriones: ut tamen in dominos, pupillos, ac municipales actio hæc danda sit, quatenus ad eos ex procuratorum, tutorum, decurionum pervenit dolo, l. sed & ex 15. pr. & §. 1. 2. ff. b. t. Contra dominum ex servi dolo aliquando de peculio, aliquando noxalis actio est, l. si quis affirmavit 9. §. pen. ff. b. t.

10. Non tamen contra tertios datur amissæ rei possessores, licet adversus eos metus actio accommodetur, in qua non ita designanda est persona, quæ metum fecit, atque quidem in doli actione, l. sed & ex 15. §. ult. ff. b. t. arg. l. apud Celsum 4. §. pen. ff. de doli mali & met. except. Henric. Kinschot respons. 57. Nec liberis aut libertis adversus parentes aut patronos, l. non debet 11. §. 1. ff. b. t. aut hæredes eorum de parentis patronique defuncti dolo: cum ne exceptio quidem doli, ut ut non infamans, de tali dolo opponi queat;

Voss ad Pandect. Tom. I.

convenit enim, personis hisce tam mortuis, quam vivis honorem haberi, l. apud Celsum 4. §. adversus parentes 16. ff. de doli mali & met. except. Hæredibus tamen liberti dari potest adversus patronum, & liberto ipsi adversus patroni hæredes de ipsius hæredis dolo, l. hæredibus 13. ff. b. t. junct. d. l. 4. §. 16. ff. de doli mali & met. except. Non denique humili adversus eum, qui dignitate excellit; puta, plebejo adversus consularem receptæ auctoritatis, vel luxurioso atque prodigo, aut alias vili adversus hominem vitæ emendatioris; quippe quibus casibus potius in factum verbis temperata actio danda foret, ut bona fidei mentio fiat, d. l. 11. §. 1. ff. b. t. quo non id exigitur, ut actor dicat, adversarium in bona fuisse fide, cum in dolo esset, sed potius, ut actor intendat, reum rem reddere, aut id, quod interest, præstare oportere ex bona fide; aut reus excipiat, negotium ita gestum esse, ut ei ex bona fide stare non oporteat.

11. Tendit hæc doli actio ad id, ut res dolo amissa restituatur, aut alioquin præstetur id, quod interest æstimandum per jurjurandum in litem, l. arbitrio 18. ff. b. t. sive ex vero, sive ex quasi contractu res fuerit amissa, dum legatarius, cui supra modum legis Falcidie legatum est, hæredi ignoranti persuasit, satis abundeque ad solida legata solvenda sufficere hæreditatem, atque eo modo solida legata est consecutus, l. si legatarius 23. ff. b. t. Quandoque tamen statim ab initio ad id, quod interest, actione doli contenditur, quoties vel certum est, rem ipsam restitui non posse, d. l. 18. §. 1. ff. b. t. vel in illis versamur terminis, uti nihil translatum est, dum forte actio temporis lapsu per dolum adversarii extincta est, l. 1. §. idem Pomponius refert. 6. l. 18. §. pen. ff. b. t. (de quo concurrente adversarii dolo intelligenda quoque l. Amicus 14. pr. ff. de aqua & aqua plu. arcende,) vel translaturum quidem aliquid, sed quod reddi nequit; veluti cum libertas servo per dolum ejus, qui libertatis assertor erat, inceptum competere, l. si dolo 24. ff. b. t. vel non contractantium ipsorum, sed tertii, veluti proxeneta, dolo intervenit, ut ante dictum.

12. Biennio autem a tempore doli commissi, non scientiæ, regulariter computando, hanc circumscribi actionem, sic ut eo spatio inchoanda ac finienda sit, nisi dolum passus per absentiam reipublicæ causa agere impeditus sit, constat ex l. non possunt 3. & ult. C. b. t. adde iii. l. hujus libri. Quin tamen in factum actio in id, quatenus adversarius ex dolo locupletior est redditus, in perpetuum danda sit, extra controversiam positum est; eo quod lucra turpia extorquenda sunt, atque ita calculi magis, quam maleficii ratio intur; sive conveniatur ipse, qui dolum fecit, sive hæres ejus, l. inique 23. 29. 30. ff. b. t. & cum moribus invakerit, actiones rei persecutorias tum ex contractibus, tum ex delictis descendentes in solidum dari adversus hæredes, licet non solidum aut forte nihil ex dolo defuncti ad eos pervenerit, ut latius alibi exponendum erit; (vide interim Groenewegen ad tit. C. ex delict. defunct. in quantum hæred. l. ten.) dubitari vix potest, quia & in hac doli actione idem statuendum sit.

13. Cessat hæc actio, si non satis clare magnæ & evidens calliditas probata sit, l. & elegantior 7. §. ult. ff. b. t. aut nullam minimam lesionem,

duos aureos non excedentem, dolus alterius intulerit, *l. si quis affirmaverit* 9. §. ult. *l. 10. 11. ff. b. t. vel lasio* quidem non modica allata dicatur, sed alia actio super sit; cum enim hæc & extraordinaria & famosa sit, in subsidium demum danda fuit, aliis aut in totum deficientibus, aut saltem eo dubio an alia dentur, *l. 1. §. 4. l. et eleganter* 7. §. non solum 3. ff. b. t. *l. de dolo actio* 2. C. b. t. *l. pen. §. 1. in fine ff. de in integrum restit.* aut denique aliis quidem ad agendum comparatis, sed æque famosis: qua ratione non dubium, quin cum doli actione concurrere possit publica falsi accusatio, semper infamans, *l. si quis affirmaverit* 9. §. item si 2. ff. b. t. junct. *l. infamem. 7. ff. de public. judiciis*, uti & mandati actio, electione actori data, qua velit experiri, quoties fidejussor a creditore pignora emit per debitorem data, nec ea oblato pretio cum usuris debitori vult reddere, *l. 1. C. b. t. junct. l. si mandatu* 59. §. *Papulus. 1. ff. mandari.* Nec interest, adversus eandem personam, an adversus aliam alia sit actio, ut cesset hæc de dolo: ideoque si pupillus, tutore auctore circumscriptus sit, actio tutelæ potius contra tutorem, quam doli contra decipientem, pupillo danda, nisi tutor solvendo non sit, *l. 1. §. ult. l. 2. 3. 4. 5. 6. ff. b. t.* Uti nec interest, qualis sit alia actio, quæ superest; deneganda enim hæc doli actio, sive rei persecutoria, siue penalis alia dari possit, *l. et eleganter* 7. §. 1. ff. b. t. vel popularis, *d. l. 7. §. Pomponius* 2. ff. b. t. vel interdictum, *l. 1. §. 4. ff. b. t. vel re. titutio in integrum ex alia causa*, veluti minorrennitate, vel absentia, vel frustratione & tergiversatione tali, quæ absentia comparata est, *l. 1. §. idem Pomponius referi* 6. pr. ff. b. t. junct. *l. quidam debitor* 38. ff. b. t. *l. ait prator* 23. §. ult. *l. 24. ff. ex quib. caus. majores*; nam si nudus dolus sine peculiari tergiversatione in causa fuisset, ut exiret actionis dies, de dolo actio haberet locum, *d. l. 1. §. 6. in fine ff. b. t.* Quin & si actio quidem alia non sit, sed saltem exceptio, qua se læsus queat tueri, hæc actio deneganda, *l. 1. §. 4. l. ult. ff. b. t.* multoque magis, si ipso jure quis tutus sit, dum impossibilis est aut turpis obligatio, *l. 1. §. idem Pomponius ait* 5. ff. b. t. uti &, si alia quidem actio competierit, sed quam læsus sua propria culpa deperdidit, dum intra tempora legibus definita agere supersedit, atque ita exiit actionis tempus, *d. l. 1. §. idem Pomponius* 6. circa fin. ff. b. t.

14. Plures quidem sparsim in jure nostro occurrunt factorum species, in quibus videri posset cum aliis actionibus concurrere doli actio, sed penitus consideratis omnibus, manifestum fiet, casus illos, in quibus doli judicium admittitur, ab illis, in quibus actiones aliæ inveniuntur propositæ, diversos esse, atque ita obtinere id, quo Justinianus contrarietatis querelam dissolvi & legum discordiam tolli præcepit, in *l. 2. §. contrarium* 15. C. de veteri jure enucl. Sic enim doli quidem actio hæreditatur, quem legatarius, ut integra legata, supra modum legis Falcidia relicta, exsolveret, fraudolenter induxerat, quasi satis superque sufficeret hereditas ad solida legata, *l. si legatarius* 25. ff. b. t. sed id ideo, quia deficiebat indebiti conditio; quippe cui tunc locus est, cum non fallenti, sed ignorantī legatario hæres ipse quoque non deceptus,

sed errans præstitit legata indebita, *l. si quis 2. §. 1. l. 3. ff. de condict. indeb.* Quomodo etiam, si quis dolo malo debitoris inductus eum acceptilatione liberavit, aut aliter in amittenda actione dolum malum adversarii passus sit, actione de dolo recte experitur, quia alia actio deest, *l. 1. §. pen. ff. b. t. l. actione* 4. *l. sub prætextu* 19. C. de transaction. nec videri potest danda conditio causa data, vel præscriptis verbis actio adversus liberatum per acceptilationem; quippe cui tunc locus est, cum in ipsa acceptilatione facienda dolus non intervenit, sed demum post acceptilationem debitor jam liberatus, dolo malo implere detrectat, quæ facere promiserat, veluti *expromissorem dare vel a lite discedere. l. si quis accepto* 4. ff. de condict. causa data, *l. cum mora* 6. *l. cum proponas* 17. C. de transact. quod & innuitur *d. l. 1. §. pen. ff. b. t.* dum dicitur, aliam esse actionem, nisi in amittenda actione dolus malus intervenisset.

15. Similiter doli actione tenetur fidejussor, qui promissum animal ante moram occidit: liberatus quippe ab omni alia actione, dum principalis debitor interitu rei debet, absque sua culpa & mora eventiente, liberatus erat, *l. si fidejussor* 19. ff. b. t. junct. *l. si mihi* 93. *l. pen. ff. de solution.* contendit autem debet hoc casu per doli actionem ad id, ut actio contra fidejussorem extincta restituatur, *l. cum quis sibi* 38. §. *quis pro eo* 4. ff. de solutionibus. Quæ aliter obtinent, si demum post moram cades facta esset; tunc enim, uti ob moram actio alia adversus debitorem perpetuata fuit, ita quoque adversus fidejussorem; aut saltem adversus fidejussorem, si hic solus in mora fuerit, *l. mora rei* 83. ff. de verb. oblig. *l. mora* 32. §. ult. ff. de usuris.

16. Sic quoque, si pupillus tutoris auctoritate mutatus, circumscriptus ab alio sit, doli actio tum demum ei contra dolum danda dicitur, si tutor solvendo non sit, *l. ideoque* 5. ff. b. t. Et quamvis pupillo etiam ex capite minorrennitate succurri possit, adeoque aliud videatur superesse remedium, *l. quidam* 33. ff. b. t. tamen *d. legem quintam* b. t. restringendam esse ad casus illos, in quibus ne minori quidem ob ætatem per restitutionem subveniri potest, (veluti adversus libertatem datam, *l. si ex causa* 9. §. ult. ff. de minorib. 25. annis,) abunde colligi ex eo potest, quod in *d. l. 5. cum* *ll. præcedentibus* coherente, exemplum suppeditatur ad illustrandam regulam de non danda doli actione, nisi in subsidium, in *l. 1. §. 4. ff. b. t. propositam*, & in *seqq. §. §. et legibus* explicatam, & extensam nominatim quoque, ut danda non fuerit doli actio, si quis per in integrum restitutionem aliam possit indemnis servari; *d. l. 1. §. 6. ff. b. t.*

17. Insuper, si areæ usufructus legatus sit, & proprietarius in ea ædificium posuerit, scriptum quidem ab Ulpiano, eum vel ex testamento, vel de dolo teneri, *l. repeti* 5. §. ult. ff. quib. modis usufr. usus amitt. non tamen ea Jurisconsulti mens est, quod actionis utriusque concursus esset; sed potius, quod pro rei diversitate aliquando actio ex testamento competat, aliquando doli actio propter defectum actionis ex testamento: nam, si hæres areæ fructuaria inædificaverit, actio ex testamento locum habet, quia hæres ita causam fructuarii, & usufructum reddidit deteriore, et ita non perdurat:

utilitas ususfructus legatario quassiti. Si testator alteri ususfructum, alteri proprietatem fundi legaverit, proprietarius ob inadificationem a se factam non potest teneri actione ex testamento, cum haeres non sit; sed actioni doli tunc locus erit. Licet & alia huic legi sententia tribui possit, de qua ad tit. de legatis, de actione ex testamento.

18. Conventus etiam noxali iudicio, ac jam condemnatus, si servum noxae dedat, sed qui alteri erat pignori obligatus, iudicati actione adhuc tenetur; eo quod pignorum servum noxae dando, necdum videri poterat iudicato satisfecisse, sed demum, si dedisset dissoluta pignoris obligatione, *l. si hominem 69. ff. de solutione*. Sed si lite quidem noxali apud iudicem mora, verum condemnatione necdum secuta, reus noxae dederit talem servum pignorum, ut a noxali iudicio liberaretur, atque ita per sententiam iudicis absolutus sit, (dum omnia iudicia, oblato eo, quod petitur, absolutoria sunt, *§. ult. Inst. de perpet. & temp. act.*) doli actio accommodanda ei, cui servus noxae datus; quia nullam potest movere iudicati actionem, cum reus non condemnatus, sed absolutus est, *l. si quis affirmaverit 9. §. pen. ff. b. t.*

19. Actor quoque, si rei dolosa persuasione inductus fuerit, ut crederet, solum esse quod debebatur, aut nullum sibi competere agendi jus, atque ita consenserit in rei absolutionem; actione quidem pristina experiri potest, ac ex integro litem movere, absolutoria sententia non obstante; ideoque non doli actione contendere, *l. cum a te 25. ff. b. t.* sed id ita, si modo adversarius reus iterum eandem litem subire paratus sit: si enim detrederet, subsidia doli actioni locus foret, quasi alia deficiente actione; de quo casu accipienda *l. servus tuus 20. §. 1. ff. b. t.* quod enim reus semel absolutus non teneatur iterato idem iudicium invitus pati, sed tunc de dolo conveniendus sit, colligi potest ex *l. & eleganter 7. §. pen. ff. b. t.* eo modo, quo & is, qui alienationem iudicii mutandi causa fecit, actionem in factum ad id, quod interest, evitare potest, si sponte paratus sit utile pati iudicium perinde ac si possideret, *l. quia etiam 3. §. ult. ff. de alien. jud. mut. caus.*

20. Sed nec doli actio cum actione ad exhibendum aliave simili concurrat, si fundi dominus, cum alteri permisisset ex eo fundo cretam aut arenam effodere lapidesve excidere, pati postea nolit, ut alter arenam, cretam, lapidesve inde ferat: aut enim lapides ex lapidinis jam cassi seu exempti & ita a solo separati sunt, vel arena effossa; & tunc, quia ruta & casa non amplius sunt partes fundi, arg. *l. undi 17. §. si ruta 6. ff. de act. empt.* atque adeo dominium rutorum casorumque jam cadenti & eruenti quassatum est, voluntate domini & quadam quasi traditione; consequens fuit, non doli famosam actionem, sed rei vindicationem aut ad exhibendum actionem cadenti, tanquam domino, fuisse accommodandam, ut liceat ex fundo evehere ruta ac casa, *l. qui saxum 6. ff. de donationibus, l. permittit 16. ff. de praescript. verbis*, aut ex adverso necdum lapides excisi fuerunt aut arena effossa, sed cadendi vel effodiendi gratia sumtus facti, (in aperturam forte lapleidarum aut cretisfodinarum, aliumve apparatus) & tunc nulla rei vindicatio locum invenire

potest, si fundi dominus pati nolit arenam lapidemve tolli; eo quod eorum, quae necdum ruta & casa sunt, dominium necdum a fundi domino recessit, aut in alium translatum est: ideoque nec alia superesse potuit, quam doli actio ad id, quod interest, *l. si cum mihi 34. ff. b. t.*

21. Non etiam ob tabulas testamenti deletas aut corruptas per eum, apud quem erant depositae, haeredi simul doli & ad exhibendum actio aliave similis datur; sed, post additionem quidem hereditatis, ad exhibendum actio & vindicatio hereditatis est, tanquam tali, cui ex additione jam acquisitum est jus hereditarium, cuiusque jam coepit interesse ex iure in re, vel etiam actio depositi in quantum ex additione nactus est jus exercendi actiones omnes, quae fuerant defuncto quassatae: uti & utilis, ex lege Aquilia, *l. si quis testamentum 41. l. 42. ff. ad leg. Aquil. l. ipse tamen 5. ff. testamenta quomodo. aper. inspic. & describ. l. qui tabulas 27. §. ult. l. quidam 32. §. ult. ff. de furtis*. Ante additionem vero, cum neque jus ullum in re heredi quassatum sit, neque actionum hereditarium exercendarum potestas, & tamen interesset, ejus tabulas dolo non corrumpi, non alia quam doli actio danda fuit, *l. si quis tabulas 55. ff. b. t.*

22. Erraverit quoque, quisquis cum negotiorum gestorum actione actionem doli concurrere autumaverit in casu, quo executor a pratore datus dolum fecit: etenim victori quidem adversus executorem dolum negotiorum gestorum actionem competere, quia is in exequendo victoris negotia gerit, ab Ulpiano traditur *l. ait prator 3. §. si executor 8. ff. de negotiis gestis*, sed, cum condemnati negotia executor non gesserit, non potest is ob rem suam dolo malo vilioris disceptationem experiri negotiorum gestorum actione, sed tantum de dolo, *l. si pignora 50. ff. de evictione*.

23. Aequae vero alienum, ex contractu innominato, *de ut des*, vel *de ut facias*, conditionis ob causam datorum & actionis doli concursam esse. Conditio enim ob causam datorum ad data repetenda tunc locum habet, cum ab uno latere jam datum est, ut vicissim detur aut fiat, *l. dedi 3. §. 2. & seqq. ff. de condit. caus. data, l. naturalis 5. §. & si quidem 1. ff. de praescript. verb.* Nec doli actionis pliam hoc casu datur; non utique *l. cum proponas 4. C. b. l.* cum illic non de contractu *de ut des* aut *de ut facias*, sed magis de contractu facio ut des videatur agi; de quo latius *iii. de praescript. verbis*.

24. Ceterum cum nostris moribus doli actio non infamet, eam totis triginta annis durare, tradunt interpretes; eoque facit *l. itaque 23. & 29. ff. b. t.* sed cum eadem hic in metu, quae in dolo, serventur, ea, quae titulo praecedente quod metus causa latius disputata, huc quoque transferenda sunt, ne agum agatur.

TITULUS IV.

De Minoribus 25. annis.

S U M M A R I A.

1. Qua aetate quis major censatur? pubertatem esse triplicem, simplicem, plenam & plenissimam. Qui sunt minores? An ultimus annus aut dies

- captus babeatur in minoribus pro completo? & de die intercalari.
2. Variant leges municipales circa tempora maioren-
nitatis.
 3. Majoremne sunt per impetrationem ventis atatis.
Qua atate quis eam jure Romano ac moribus
impetrare possit, & quae probanda sint?
 4. Solus Princeps atatis veniam dat; quid moribus?
an curiae provinciales Hollandiae vel Ultrajecti?
an civitates & municipia?
 5. Qui veniam atatis impetravit, adversus postea ge-
sta non restituitur. An immobilia alienare por-
sit jure Romano & bodierno.
 6. Jure Romano nemo per nuptias maiorenne fi-
bat; moribus contra; alibi tamen magis, alibi
minus; casus rationes redduntur.
 7. Quatenus quisque pro statutorum diversitate per
nuptias maiorenne fit; restitui ex atatis auxi-
lio non potest.
 8. An in loco domicilii per atatis veniam, aut per nu-
ptias, aut per definitum minorem annorum nume-
rum ad maiorennitatem requisitum, pro maiore
habitus, in alio quocumque loco pro tali habendu-
sui, ratione contractuum & aliorum immo-
bilium, similiumque? Refutatur Burgundus Galii.
 9. & 10. An, qui per nuptias, an veniam atatis in
loco domicilii obtinuit, aut per minorem anno-
rum numerum lege domicilii definitum maioren-
ne facti sunt, viduitate aut migratione ad lo-
cum aliam iterum minoremne fiant, sic necdum
ex atatis sint, quam lex novi domicilii ad mayo-
rennitatem requirit? per distinctionis explicatur.
Ubi & quod quis restitui possit adversus impe-
tationem atatis veniam, si sibi damnosam putet;
& an minor auctore curatore migrare promissus
queat?
 11. Si quid dandum vel faciendum sit ex contractu
vel testamento, cujus, vel donec quis ad legitimam
sui perfectam aetatem pervenerit, non designata
videtur ea, quae ex nuptiis, aut venia atatis, aut
lege municipali fluit; sed aetas 25. annorum.
 12. Ut minor restituatur, probari debet minorenne
idque per ipsum minorem. Quibus probetur modis?
 13. Debet & constare de lesione. An minori incum-
bat lesionis probatio?
 14. Restitui potest minor adversus confessionem, ad-
rogationem, novationem, delegationem, acceptila-
tionem, legati agnitionem, compromissum, man-
datum interpositum aut susceptum, neglectam
fideicommissi insinuationem.
 15. Adversus venditionem suarum rerum, quam ipse
fecit ex decreto magistratus.
 16. Quid juris, si tertius rem minoris vendiderit &
tradiderit praemissis edictis publicis & solemnibus
iudicis decreto? an tunc minor restituatur rem
vindicare possit? an & rata manente venditi-
one pretium petere ab iis, quibus illud cessit, vel
sui a creditoribus venditoris?
 17. An minor restituendus sit adversus venditionem
rerum suarum jure pignoris obligatarum sive con-
ventionali, sive legali, sive pratorio, sive judi-
ciali pignore, ut per creditores aut in eorum uti-
litatem distraxerunt? explicatur per distinctio-
nes ex jure Romano. Et quid moribus nostris
obineat?
 18. An adversus donationem simplicem aut remun-
eratoriam? an adversus dotem? et quid moribus?
 19. Non danda restitutio adversus doctum seu do-
talitum immoderatum; nec nostris moribus ad-
versus immoderatam sponsalitiarum largitatem, li-
cet aliter de jure Romano.
 20. An adversus jurisjurandi delationem, transactio-
nem, hereditatis divisionem, aut assignationem
bonorum parentis defuncti per superstitem in re-
bus aut rerum pretiis factam?
 21. An adversus solutionem, quam minor fecit? di-
stinctionibus explicatur: et quid moribus?
 22. An adversus solutionem, quam debitor minori fe-
cit? quid juris in solutis usuris aut redditibus?
quid juris, si minori sit facta restitutio heredi-
tatis ex causa fideicommissi? et quid moribus?
 23. An adversus matrum, quod minor dedit vel ac-
cepit?
 24. An adversus omissionem hereditatis?
 25. An adversus renunciationem hereditatis, quam
accepta dote minus congrua fecit puella mino-
rennis, ex juris Canonici praescripto ac usu bo-
dierno?
 26. An adversus aditionem? & quid juris, si inter-
im minor credita vel legata solverit, vel ei so-
lutum sit? An, coheredi invito accreseat portio
minoris restitui? & quid juris, si minor post
restitutam ex fideicommissio hereditatis partem
restituatur adversus aditionem?
 27. An restituatur adversus aditionem restitui iterum
possit contra omissionem hereditatis?
 28. An adversus litationem, qua ipse minor in au-
ctione publica superatus est, aut alium supe-
ravit?
 29. An adversus usucapionem & praescriptionem le-
galem, & quales praescriptiones currant minori-
bus, quales non, tum Romano, tum bodierno
jure?
 30. An adversus lapsum temporis conventionalis, cum
pactum de redimendo intra certum tempus, aut
lex commissoria esset appositae, sive minor emerit
aut vendiderit, sive praedecessor ejus?
 31. An adversus omissas in iudicio allegationes &
probationes, an adversus eremodictum contractum,
consumaciam vel quas?
 32. An adversus sententiam & omissam appellatio-
nem vel supplicationem, si ea lata ab illo, qui
vice sacra judicavit? an & contra interlocu-
toriam?
 33. An, si viduus aut vidua maritima succubuerit in
lite, sibi cum liberis minorenne conjugis pra-
defuncti communi, minores bodie contra talem
sententiam restitui possint?
 34. Ex quibus aliis causis minores restitui possint?
remittere.
 35. Contra quos minor restituatur, an contra mulie-
rem Vellejanam, filiumfamilias Macedoniano tu-
tum? an contra alium minorem? an contra
tertium rerum amissarum aut omissarum pos-
sessorum?
 36. Quam citandi sint, ut minor restituatur? An,
& quo usque minor pretium reddere debeat, si
adversus venditionem rerum suarum restituatur?
 37. Quid recuperet minor restituatur? an fructus rei,
an usuras pretii vel manui?

38. Restitutio minori concessa prodest etiam hereditas ejus, qui etiam eam ex capite minoris rebus potuit, etiam adversus immixtionem, qua minor se paternam miscuerat hereditati. Singulare jus in exceptione non numerata dotis notatur.
39. An, & quando prosit fidejussoribus? An etiam prodesset possit fidejussori, qui minori, pro quo fidejussisset, heres exitus?
40. An etiam prosit aut competat particularibus minoris successoribus, puta, legatariis, donatariis, emtoribus?
41. Non prodest nec competit extraneis, non iis, qui minori quid gerendum mandarunt, nec fratribus majorenibus, si bi cum minorennibus damnosam adierint hereditatem, aut negotium gesserint damnosum, nisi illud individuum sit. Emor tamen praedicti recedere potest a tota venditione, si unus venditorum ex causa atatis restituatur.
42. An filiusf. lasus restitui possit, & an restitutio patri prodesse?
43. Cessat restitutio, si quis se dolo majorem dixerit, vel non vana opinione pro tali sit habitus; nisi adversarius scierit, minorem esse; cujus scientia probatio minori, restitutionem potest, incumbit.
44. Cessat, si major rata habuerit in minorennitate gesta, expresse, vel tacite. Quibus modis tacite fiat ratihabitio, quibus non? exemplo declaratur.
45. Non restituendi minores adversus matrimonium, libertatem, penarum aut accusationis remissionem: an adversus delicta, dolo aut culpa commissa? an adversus inficiationes ex quibus lis in duplum crescit?
46. Non etiam contra suos contractus jurator. An auct. sacramenta puberum C. si adversa. vendit. pertineat ad impuberes jurantes?
47. An ad contractus puberum, qui ipso jure nulli sunt, & an puberes jurantes caveant propterea actione metus, doli, & similibus?
48. Moribus habuerit evanui parum d. auct. sacramenta puberum C. si adversus venditionem.
49. Cessat restitutio, si minor jure communi usus sit, damnum sentias ex contractu patris vel alterius, cui heres fuit; vel si casu fortuito.
50. An restituendi, qui lasi, dum errabant in arte, quam proficebantur? An Jurisconsultus minor, si errans in jure damnum senserit?
51. An mercatores minores: si capti in sua negotiatione; & qui proprie conceantur mercaturam profueri; quid si famina minor nupta vel innupta publica mercatrix fuerit, & ita contrahens laesa sit?
52. Cessat restitutio, tamquam supervacua, in casibus, quibus minores ipso jure tui sunt. Explicatur l. 101. ff. de verb. oblig.
53. An minor restitui possit, si alia actio ordinaria ei superis? per distinctiones explicatur, & exemplis illustratur.
54. An cesset restitutio, si emor rei ad minorem pertinentis supplere minori velit id, quod pretio juste deest?
55. An exemplo minorum restituantur etiam prodigi, furiosi, mente capti, fisci, ecclesiae, civitates, pauperes, & similes.

1. DE variis hominum aetate, quantum juri nostro explicando non admodum subest, videri potest Isidorus origin. libr. 11. cap. 2. sufficerit eam in praesenti tractari, qua majores alii, alii aetate minores sunt. Majores in jure nostro dicuntur, qui impleverunt vicesimum quartum aetatis annum; quales etiam perfecta aetate appellantur, l. ult. C. de his, qui veniant aetatis, & aetatis legitimae, d. l. ult. Cod. l. ex duobus 27. ff. de negot. gestis, l. 1. ff. de fidejuss. & nomin. tutor. l. quare 32. §. ult. in fin. ff. de testam. tut. probabile enim, aetatem illam a lege quadam civili, Lectoria forte, definitam fuisse, ut pluribus adstruit Brissonius select. antiquit. jur. civilis l. 3. cap. 2. Quandoque & puberes: considerandum etiam, triplicem in jure nostro pubertatem occurrere, quarum prima simplex est, antequam in feminis duodecimo, decimoquarto in masculis completo inducitur, pr. instit. quib. mod. tut. fin. altera plena dicitur, & in adoptionis materia annis octodecim circumscribitur, ut & in alimentis ad pubertatem legatis, si masculus sit legatarius; sin puella, quatuordecim, §. minorem 4. Inst. de adoption. l. Mela 14. §. certe 1. ff. de alim. vel cib. legatis, tertia plenissima, coincidens cum majorenitate; & initium habens ab anno aetatis vicesimo quinto: Qua ratione Ulpianus ait, ego quidem, & si quis jam puber, minori tamen 25. annis, ac legaverit, cum ad pubertatem pervenerit, puto, de aetate cum sensisse, quam caret in integrum restitutione, l. cum filiosfam. 50. §. pen. ff. de leg. 3. Minores ex adverso sunt, qui eam aetatem necdum impleverunt, sive patresfamilias sint, sive filiafamilias, l. denique 3. §. sed utrum 4. ff. b. s. tot. tit. C. de filios. minor. sive puberes, sive impuberes, aut etiam in utero adhuc existentes, l. etiam et 45. ff. s. janet. l. qui in utero 7. l. penult. ff. de statu hom. Nec ultimus dies coeptus pro completo habetur, sed de momento in momentum venit tempus computandum; & si quis bissexto die natus fuerit, sive priore, sive posteriore, major tamen non censetur, nisi lapsa die utroque; cum id bideum pro uno die habeatur, die posteriore intercalato. Eodem observando, & si in diem bissexum majorenitas incidat; ut scilicet non nisi lapsa utroque die major fiat, l. denique 3. §. minorem 3. ff. b. s. quasi aucto minorennitatis tempore per diem intercalarem, arg. l. in tempore 2. ff. de divers. temporal. praescript. Quae ita obtinet in materia restitutionis, & aliis similibus, in quibus utile est, minorennem esse; ut restitutione queat adversus negotia damnosa juvari d. l. 3. §. 8. Aliter obtinet illis in casibus, in quibus commodum est & expedit, tempus lege definitum impletum esse; tunc enim dies coeptus pro completo est; & annum civiliter, non ad momenta temporum, sed ad dies numerari, Paulus monet l. anniculus 134. ff. de verb. signif. eoque nititur, quod impubes ultimo anni decimiquarti die coepso, licet necdum completo, testamentum condere possit, l. a qua aetate 5. ff. qui testam. fac. poss. Nec dicam, subinde in publicis causis annum coeptum pro impleto fuisse habitum; sic ut, cum lege cautum esset, minores 25. annis ad honores non esse admittendos, admitti tamen potuerint inchoato ultimo minorennitatis anno; suadente honorum favore, ut pro pleno inchoatus annus accipiat; dummodo res respublicae talibus ante perfectam aetatem non committantur.

tur administranda, cum damno publico & perniciē ipsorum minorum, *l. ad Rempublicam* 8. ff. de munerib. & honoribus, *l. qui filium* 74. §. 1. in mod. ff. de Senatuscons. Trebell.

2. Quamvis autem multorum populorum usu hæc juris Romani de ætate perfecta ac minorenni definitio comprobata sit; sunt tamen, quibus placuit, maturius ad perfectam ætatem minores perducī, pro vario soli hominumque genio. In Regno Siciliæ & Neapolitano decimus octavus annus impletus, in Saxonia & Bavaria vicesimus primus, alibi alius annus majores facit, ut videri potest apud Mævium ad *jus Lubec. libr. 1. tit. 7. art. 6. num. 3. & seqq.* Sim. van Leeuwen *consens. forens. libr. 1. cap. 8. in fine, & cap. 18. num. 5.* Parentemp. mem. Paulum Voet ad princ. Instit. de curatoribus num. 8.

3. Sunt insuper, qui pro majorennibus habentur, licet necdum compleverint annorum numerum, lege vel moribus ad majorennitatem constituendam denitum; idque vel ob veniam ætatis impetratam, vel ex multorum usu propter nuptias. Veniam ætatis quod attinet, petere eam de jure Romano non alii possunt, quam qui vicesimum jam compleverunt ætatis annum, si masculi sint; sin femine, annum decimum octavum; quos ita commendant morum instituta, & vitæ honestas, ac probitas animi mentisque solertia, ut tuto ipsis, tanquam industriis, sobriis, siccis, & res suas bene gesturis, rerum suarum administratio videatur concedenda: dummodo & ætatis illius implementum, & morum honestatem legitimis clarisque communstrent documentis, *l. omnes* 2. C. de his, qui ven. ætat. impetr. Et quamvis ubique fere non adeo exacte illud observetur viginti aut octodecim annorum implementum, sed & maturius quandoque concedatur ætatis venia, prout ingenii vigor serius occlusve emergens id suaserit, quo etiam plenius spectat Imp. Leonis ratiocinium novell. Leonis 28. Leeuwen *cons. forens. part. 1. libr. 1. cap. 18. num. 7.* Wesel ad novell. constit. Ultraject. art. 13. num. 10. Groenewegen ad d. l. 2. C. de his, qui ven. æt. tamen superiorem probatio etiamnum necessaria est; adeo ut ex Hollandiæ nostræ legibus non sufficiat, libello illo, quo petitur ætatis venia, ætatem cum aliqua latitudine expressisse, veluti *cir-citer, prope, fere, ætat. impetr.* Et specificæ ea denotanda, additisque instrumentis probanda sit, Decreto Ord. Hollandiæ 4. & 14. decembris 1669. vol. 3. Placitorum pag. 491.

4. Nullus autem præter Principem, id est, eum, qui majestate gaudet, veniæ hujus concedendæ potestatem habet; cum re ipsa per ejus concessionem fiat relaxatio vinculi juris communis, & jus singulare certæ personæ intuitu introducatur, unde & principale, imperiale beneficium a principali clementia impetratum, principalis auctoritas appellatur, *l. 1. 2. 3. & C. de his, qui ven. ætat.* ac ambitiosa (id est, potestatem decernentium egredientia ac superantia) Principes censuerunt esse Consulum ac Præsidentum decreta, quibus illi permittebant minoribus suarum rerum administrationem; dum ne ipsi quidem, nisi perraro, eam minoribus solebant indulgere, *l. denique* 3. ff. de t. Nec tamen dubium, quin de morum honestate ac industria cognoverint Romani magistratus, ut de compertis ad Principem relatione deinceps facta, deper ætatis venia, aut denegetur,

d. l. 2. §. 2. C. de his, qui ven. ætat. Quæ fere una probata, dum veniam impetrare desiderans, Ordinibus supplicem libellum porrigit, quem deinde illi ordinario minoris magistratui tradi jubent, ut is accitis propinquis & tutoribus in more minoris ac vitæ instituta inquirat, ac comperta rescribat, quo ipsi tandem pro minoris utilitate concedere queant petita aut denegare, teste Groenewegio ad d. l. 2. licet nunc frequentius testimonii de morum honestate, & industria, ac litterarum ad Ordines commendatitiarum impetratio prius tentari soleat apud domicilii magistratum, ut his legitime obtentis muniatur deinceps libellus supplex, veniæ impetrandæ gratia Ordinibus porrigendus. Ultrajecti tamen non Ordines tantum, sed & curia provincialis veniæ hujus concedendæ potestatem exercet, arbitrio minori permisso, cui velit supplicare, quale jus etiam Hollandicæ Curia tribuit Grotius *Manuduct. ad Jurisprud. Holl. lib. 1. cap. 10. num. 5.* Quin & variarum civitatum magistratibus hoc veniæ ætatis indulgendæ jus statuta asserunt; Mechliniensibus, tit. 19. art. 29. Antwerpiensibus; tit. 43. art. 63. Leydensibus *Kerken op de Weer Kamer van Leyden* art. 56. Amstelodamensibus, *Ordonn. van de Weer-Kamer van Amsterdam* anno 1363. art. 24. & pluribus aliis. Quod ipsum etiam conveniens est Novellæ Leonis 28. in fine; qua cautum, omnes posse minori rerum suarum administrationem procuratoremque concedere, quibus loci cujusque magistratus obtigerit, quique plenam habent jurisdictionem. Sed vix est, ut nunc Hollandiæ curia hanc sibi facultatem assummat, teste Groenewegio ad Grotii *Manuduct. d. lib. 1. cap. 10. num. 5.* Idemque in urbium Hollandicarum magistratibus servari vel inde constat, quod in dies vel morum examen iis per Ordines, veniam dare rogatos, demandetur; vel ipsi petentibus civibus suis minorennibus commendatitiis soleant litteras ad Ordines impertiri, veniæ ætatis facilius impetrandæ causa. Quod inde profectum existimo, quod ætatis veniam sibi acquirere cupientes, non administrandi tantum, sed & alienandi licentiam, adeoque plenam ætatis veniam optare soleant, atque etiam libello supplice desiderare; quam alienandi potestatem cum magistratus urbium tribuere non possent, sed soli Ordines majestate præditi, auctore Grotio *Manuduct. ad Jurisprud. Holl. part. 1. cap. 10. num. 5.* Paulo Montano de *tutelis* cap. 37. parte 2. num. 45. & seqq. aliter fieri haud potuit, quam ut usu invalesceret, solos Ordines a minorennibus adiri pro impetranda plenaria ætatis majoris representatione.

5. Veniæ ætatis impetrata effectus est, quod post eam gesta per minores perinde rata ac firma maneant, ac si viginti quinque annorum curricula non imperiali beneficio suppleta, sed naturaliter ab iis completa fuissent contractus tempore; sic ut restitutionem in integrum obtinere nequeant, etiamsi minus idonee res suas administrasse probentur; ne hi, qui cum talibus contraxissent, principali viderentur auctoritate circumscripti. Eo excepto, quod immobilia sine decreto alienare nequeant, aut hypothecæ obligare, minoribus ceteris hac in parte manentes exequati, *l. 1. l. pen. C. de his, qui veniam ætatis*; nisi & ipsa immobilium alienandorum licentia ipsis nominatim iustis ex causis indulta sit;

quod nū extra dubium Princeps ex plenitudine potestatis largiri potest, Hugo Grotius *Manud. ad Jurispr. Holl. d. lib. 1. cap. 10. num. 5.* ita & nunc in Hollandia plerumque id vulgata diplomatis veniam continentis formula comprehendit, experientia dicat, ac testes sunt Groenewegen *ad l. 3. C. de bis, qui ven. atar. Rodenburch de jure conjugum tract. prelim. de statutorum diversit. tit. 4. part. altera cap. 4. num. 4. & seqq. pag. mibi 167. 168. Lecuven. cens. forens. part. 1. lib. 1. cap. 18. num. 8. Abr. a Wesel ad novell. constit. Ultraject. art. 13. num. 11.*

6. Quod autem efficit ætatis venia, id non operatur jure Romano matrimonium a minore contractum; quippe cui licet liberi ex legitimo progeniti matrimonio prodessent ad id, ut maturius posset ad honores admoventi, singulis annis per singulos liberos demissis, seu remissis, ex lege Julia & Papia; non tamen ad acquirendam rerum administrationem, & a cura liberationem, ut maturius pro majorennem haberetur, *l. nec per liberos 2. ff. b. 1. de his 12. C. de admin. tut.* Sed hodie matrimonium nostris & multarum gentium moribus, sola forte Frisia excepta, quæ etiamnum veniam ætatis cum matrimonio requirit, Sande dec. *Frisc. lib. 2. tit. 4. def. 1. in mod. id operatur, ut protinus a nuptiis contractis minorennis maritus pro majorennem habeatur, tutoria patrique sic liberatus potestate, quasi re ipsa legitima ætatis metam attigisset; idque in Hollandia ac Ultrajecti non modo quantum ad rerum suarum & uxoriarum administrationem, sed & quantum ad liberam alienandi potestatem; exemplo eorum, quibus plenissima per majestatem data fuit ætatis venia, nisi aliud ex causis justissimis magistratui ac camera pupillarum curatoribus visum fuerit: quippe quorum in potestate est, nuptiis non obstantibus, æque ac non obstante vera majorennitate, curam in annos pauciores pluresve pro varia personarum conditione producere, & hoc vel omnium bonorum intuitu, vel tantum immobilium contemplatione, prout id exigere visa fuerit utilitas eorum, qui alioquin ex jure matrimonii fuissent in majorennium ordinem transcribendi, Keuren van de Weer-Kamer van Amsterdam art. 24. 25. & aliz plures consuetudines recensitis apud Sim. van Lecuven *cens. for. part. 1. lib. 1. cap. 18. num. 9. Vid. tit. de adoptionibus. Hugo Grotius Manud. ad jurispr. Holland. lib. 1. cap. 10. n. 2. 3. 4. ibid. Groenewegen in notis, Rodenburch d. tractatu pag. mibi 166. Vinnius ad princ. Inst. de curatoribus n. 3. Wesel ad novell. constit. Ultraject. art. 13. num. 15. ubi numero 14. docet, Mechliniensibus, Antwerpiensibus, Ruremundanis, Transinsulanis, Daventriensibus, Vianensibus, aliisque placuisse; ut & post nuptias contractas immobilium contemplatione sic perduraret minorennitas, ac si simplex tantum ætatis venia fuisset obtenta, ex præscripto *l. pen. C. de bis, qui ven. atar.* Quæ opinio & definitio utraque suis non destituitur justis fundamentis: æquum enim bonumque visum fuit, ut, qui ducta uxore cœperant, recenter surgentis familiaris capita ac principes esse cum spe incrementi sibilisque in reipublica utilitatem suscipiendæ, liberam quoque rerum adipiscerentur dispositionem: ne alioquin alienandi & contrahendi facultate destituti, commerciarum usu care-**

re cogerentur, nemine propter ætatem restitutionis contrahere cum his volente, *arg. l. cit. prætor 7. §. quartum 8. l. quod si minor 24. §. non semper 1. ff. b. 1. quo sæpe fieret, ut a justis familia honeste exhibendæ mediis depulsi, liberos non tam in spem reipublicæ tollerent, quam potius in spem paupertatis & esuritionis. Nec dubium, quin hæc similesque rationes apud eos multum valere potuerint, apud quos mercatura ac commerciorum libertas summo in pretio habetur, multifariam prærogativis præmissæque aucta; atque adeo apud ipsos quoque Hollandos secundum jam dicta, Rodenburch *d. loco.* Contra vero, dum alii considerabant, ætatis quidem veniam non nisi industriis concedi, & legitima firmari causa cognitione; matrimonium vero puberis cujuslibet libero relinqui arbitrio, nec iudicii firmitatem ad illud, aut personæ solertiam requiri, sed tantum nudum consensum; etiam minus liberum, aut nullum putarunt minoribus propter nuptias concedendum esse in res suas arbitrium, nec ejusdem debere potestatis esse nuptiarum contractum & veniæ ætatis impetrationem, Besoldus *de libat. juris ad Pand. lib. 1. post quest. 13.**

7. Quicquid autem ex loci cujusque lege vel more hac in parte comprobatum fuerit, illud utique in universum receptum est, eatenus saltem, quatenus per nuptias maritus pro majorennem fuit habitus, restitutionis adjutorium ei denegandum esse, si forte damnosum ætatis lubrico celebraverit de talibus contractum, *arg. l. 1. C. de bis, qui ven. atar. Groenewegen ad l. 2. C. d. tit. n. 7. 8. Paulus Voet de statutis sect. 4. cap. 3. num. 5.*

8. Magis controversa est, an, qui secundum legem domicilii sui, majorennitatem paucior annorum numero circumscribentem, aut ex impetrata ætatis venia vel nuptiarum intervenia majorennis est, etiam ubique pro tali habendus sit, tum in contractibus, tum in alienationibus rerum, extra domicilii locum sitarum, in locis illis, quorum magistratus ætatis veniam haud indulsit, quorumque lege ad annos plures se minorennitas extendit, aut matrimonio non tanta tribuitur majorennitatis representandæ vis? Sunt, quibus illud de rigore juris visum fuit affirmandum, dum statuta personalia egredi posse territorium statuentis arbitrantur; atque adeo qualitatem habitatemque personæ impositam a lege domicilii ubique eandem comitari, ac ad bona ubique que sita conditionem majorennitatis extendi, sic ut opinionis hujus vix contradicteorem antea repertum fuisse asserat Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art. 13. num. 23. et seqq. Rodenburch de jure conjugum tract. prelim. de statut. divers. tit. 2. cap. 2. Responsa JGtor. Holl. part. 4. cons. 166.* Quorum tamen sententiam cum plene confutatam dederim *tit. de constit. Princip. parte altera, de statutis num. 7. 8.* potius est, ut dicamus secundum ratiocinia ibidem proposita, majorennitatem a lege vel magistratu domicilii inductam summo jure porrigi non posse, aut vni exserere, nisi quantum ad bona intra statuentis territorium sita, neutiquam ad alia, magistratus alterius jurisdictioni subiecta. Et ex eo solo fundamento est, quod a Burgundo ad consuet. Flandriæ traditum est, *tract. 1. num. 7. 8.* tanquam quotidiana firmatum experientia, Gandensem egressum annum 20. ætatis suæ, posse vendere & solemniter

mancipare fenda Hannonica; quia in Hannonia vicesimo completo anno majorennis quisque habetur, licet Gandavi demum quinti & vicesimi anni implementum inducat majorennitatem; quodque ex edicto perpetuo anno 1611. art. 13. inspiciendum fuerit, aut mancipans seu tradens ejus conditionis sit, quam bonorum situs requirit; ac denique etiam *d. traff. 1. num. 12. et seqq.* quod imperata etatis venia in loco domicilii non sufficiat minori ad alienationem rerum alibi sitarum, nisi interpositum appareat decretum judicis, sub quo sita sunt bona per eum alienanda, arg. *l. si pradium 16. C. de prad. et alit. reb. minor.* Quisque id de cetero subtilitate nimia ratiocinatur Burgundus *d. loco*, dum contendit, contractus quidem ab hiis, qui pro majorennibus habiti ex lege domicilii, validos esse, ipsasque rerum immobilium venditiones ratas, licet sitz illis in locis, ubi legestalem necdum pro majorennibus habent; sed invalidas esse mancipationes rerum immobilium, seu traditiones solemnes, coram lege loci rei sitz factas; & vice versa, contractus esse nullos ex lege domicilii, ex qua contrahens adhuc minorennis est; mancipationes tamen solemnes immobilium ibi sitarum, ubi lex eum majorensem habet; subsistere & translationem domini operari. Fallit enim vehementer, aut fallitur, nisi me omnia jura fallant, quisquis contractum posse invalidum esse, & tamen traditione subsecuta dominium transire credit, aliisve persuadere nititur: qua enim, obsecro, ratione rata esse potest traditio, siue simplex siue sollemnis illa, qua coram lege loci fit, ne creditores credito, ficius quadragesima aliave pretii parte fraudaretur clandestinis immobilium venditionibus ac traditionibus privatim factis, si causa, ex qua traditio sequitur, ipso jure nulla sit? Non utique satis recte hac coharere, plenius adstruxi *sic. praced. de dolo malo num. 5.* in questione, an dominium transeat, si contractus ob dolum nullus sit. Alterutrum proinde necesse fuerit, ut scilicet vel subsisteret contractus, quo dominium traditione transiret, vel traditio nihil efficeret, si pracedens traditioem conventio nulla esset. Vanumque Burgundi adversus hac asseveratum est, jure quidem scripto dominium nuda traditione, non pracedente titulo legitimo non transferri, juxta *l. nunquam 31. ff. de acquir. rer. domin. sed mores nostros aliis aut aliis niti principiis, d. traff. 1. num. 11. in med.* etenim, uti hoc saepius verum esse non diffitemur, ita & in traditionibus locum invenire, aliqua argumenti specie ex moribus deprompta fuisset adstruendum: praesertim, cum satis naturali ratione & aequitate subnixi sit illa Romani juris regula de traditione concepta: ne alioquin id, quod nullum est, insignes produceret effectus, contra receptum in omni arte axioma, id, quod nullum est, nullum posse effectum producere. Si ergo vicinas inter gentes quandoque id observari contingat, ut rata habeantur, quae secundum conditionem ex lege domicilii personae impositam recte gesta sunt, idque circa res alio in territorio sitas alioque regendas jure, id mera ex comitate apt ad summum ex tacita gentium vicinarum conventionione profluere credendum est. Vide *sic. de constit. princip. parte altera, de statutis d. num. 7. 8.* adeoque non nisi in casibus illis interque populos illos, quorum intultra praxis illa quotidiana in aperto est, hac admittenda dixeris;

in dubio autem magis standum esse iis, quae de statutis territorium statutis haud egredientibus, & habilitatem personae ad res alibi sitas haud extendentibus ratiocinio pleniore fuerunt ante conclusa.

9. Ubi autem per nuptias, aut legem municipalem, aut impetratam etatis veniam, major quis factus est, necdum expleto quinto & vicesimo etatis anno, dubium illud excutendum superest, an non dissolutione matrimonii, aut migratione ad alium locum tollatur illa majorennitas, quae a prioris domicilii lege aut principali beneficio introducta fuerat si tempore viduitatis aut domicilii translati nondum illos impleverit annos, qui domicilii novi lege majorensem constituunt, aut fuissent requisiti, si defuisset matrimonii contracti introducta ex moribus prerogativa? Viduitate in masculis quidem superveniente, antequam legitimum implevissent annorum numerum, non reviviscere minorennitatem, adeoque nec restitutionis auxilium in casum lasionis, verius est; cum enim semel a lege habiles judicati ad sua in totum vel pro parte regenda, eam non perdat habilitatem superveniente viduitatis fato, nec in tutoriam patriamve relabantur potestatem semel legitimo liberati modo, ut dictum fuisse *sic. de adoptionibus, num. 14.* consequens est, eos aequae dissoluta matrimonio pro majorennibus habendos esse, atque habiti fuissent, si diutius constitisset nuptialis consuetudo. In viduibus vero vix est, ut idem asseratur: etenim (ut paulo altius rem repetam) quod mulier minorennis viro juncta, si damnosum in rebus economicis, suis cura permissis, contractum celebraverit, non restituitur, non inde est, quod & ipsa per nuptias pro majorennibus habenda foret, cum potius ea ratione perpetuo atque arctiori subiciatur cura mariti sui, non nisi cum matrimonii vinculo dirimenda: sed potius, quod mariti consensu expresso vel tacito sic contrahens, institorio seu procuratorio nomine magis pro viro, quam proprio nomine videatur contraxisse, nec maritus restitutionis auxilio juvandus sit, quippe per nuptias in majorennum classem translatus. Sed &, si propriis in rebus contrahendo laesa foret, alienatis forte dotalibus aut paraphernis ex viri auctoritate, nec tunc per restitutionem ei succurrendum foret illis in locis, in quibus tam ampla moribus est maritalis potestas, ut & sine uxoris voluntate maritus bona uxoris alienare possit; (veluti in Hollandia licet prole communi beatum non sit matrimonium, Ultrajecti si proles communis existat, aut de mobilium alienatione agatur) cum etiam tunc vir ipse jure maritalis potestatis per uxorem canseri debeat contraxisse & alienasse. At ubi magis circa res uxorias restricta invenitur viri potestas, sic ut non nisi ex consensu mulieris res eius alienare queat aut obligare; (ut, puta Ultrajecti immobilia, si proles communis non sit) dicendum foret, mulierem minorennem ex eo lasam in suis rebus, quod viro alienanti consensum ad alienationem necessarium praebuit, restituendam esse: neque enim tunc ut viri sui procuratrix contraxisse vel consensisse dici potest, neque ipsa per nuptias majorennis facta est, sed similis plane minorennibus aliis, auctore curatore contrahentibus, quibus ex contractu damnoso laesi restitutionis adiutorium non solet denegari. Quod si ergo mulier minorennis per matrimonium

coeista viro nunguam pro majorennie habeatur, multo magis vidua facta in eadem perdurabit. minorennitatis conditione jureque, donec annorum viginti quinque, aut alterius aetatis per legem municipalem perfecta curricula naturaliter impleverit: atque adeo viro jam mortuo per suos laesae contractus, quos viri destituta consilio imprudenter ac lubrico aetatis cum suo invit dispendio, restitutionis auxilio non destituentia. Quamvis enim marito mortuo neque in patriam, neque in tutoriam recidat potestatem, nec ullum teneatur de novo curatorem recipere, ut latius probatur *tit. de adoptione*. non tamen etiam majorennis est, sed magis Romanis assimilanda minoribus, qui licet morte curatoris sui a cura liberati, non teneantur alium curatorem inviti recipere: minorennium tamen numero adscripti manebant, a restitutionis beneficio non exclusi, si ex judicii infirmitate, per aetatem contingente, laesionem subissent, arg. *l. si curatorem 3. in fin. C. de in integr. restit. minor. junct. §. 2. Injuncti de curatoribus*. Neque jure nostro, quo utimur, perpetuum est, illas, quae suo possant arbitrio contrahere sine curatore, ideo depellendas esse a restitutionis impetranda spe: ne alioquin ex apposito concludendum foret, superfluum restitutionis remedium illis, quae non suo arbitratu, sed adhibita ex more loci curatoris auctoritate, contraxissent cum damno, quod tamen falsum esse testatur praxis illarum regionum, in quibus nulla aetatis cujuscumque femina sine curatore potest efficaciter actum gerere, Groenewegen *ad l. 3. in fin. C. de in integr. restit. minorum*. Rodenburch *de jure conjugum tract. preliminarium de stat. divers. parte altera, cap. 4. n. 10. pag. mibi 172. 173.*

10. Migrationem quod attinet, si quis ex lege domicilii derelicti anno forte vicesimo completo major factus fuerit, translato domicilio ad locum illud, ubi non nisi absoluto viginti quinque annorum curriculum quisque major habetur, non dubitem quin ex novi domicilii jure incipiat iterum minorennis esse, curatoris etiam auxilio regendus, ac particeps futurus restitutionis una cum aliis ejusdem regionis coetaneis minorennibus, ubi se temeritate juvenili laesum docuerit, Rodenburch *de jure conjugum d. tract. preliminarium parte altera, tit. 2. cap. 1. num. 5. pag. 107.* sive per omnia statum personae a domicilii solius lege dependere credamus, sive tantum intuitu mobilium ex lege domicilii regendorum, ubicunque sint, ut ante disputatum. Idemque judicium esto de eo, qui a prioris domicilii Principe impetraverat aetatis veniam, si mox domicilio mutato sedem fortunarum alio sub Principe constituerit, ubi, secundum territorii legem generalem, necdum per aetatem poterat majorennis censi. Quid enim, quæso, interest, generali lege prioris domicilii pro majore fuerit habitus, an speciali Principis beneficio ac jure singulari; cum non plus juris singulari personae privilegium præter jura communia indultum tribuere queat, quam si lege generali idem omnium subiectorum intuitu fuisset constitutum? Perquam enim absurdum durumque fuerit, reliquos ejusdem loci cives in rebus suis administrandis minores haberi; hunc recens advenam contra legem territorii ac sine venia novi Principis, qui se per domicilii translationem submisisse censendum est, omnia, ringentibus ceteris, suo agere arbitratu. Eit sane est,

Voor ad Pandect. tom. I.

quod sibi uterque imputet ac de se queratur, quod minorennium numero se rursus adscriptum videat, si id sibi grave putet; cum potuerit, retento domicilio pristino, in pristina quoque manere conditione, ex loci lege, vel principali beneficio aemulata. Ne dicam, fieri posse, ut vel eum in finem migrationem instituit, qui in prioris domicilii loco jam majorennis ex lege, aut venia aetatis habebatur, ut in negotiis contrahendis curatoris auxilio muniatur, & captus ac circumscriptus auxilii aetatis implorandi licentiam habeat, dum se adhuc rebus suis prudenter tractandis imparem deprehendit; quippe longe honestius ac minore cum existimationis detrimento hanc subiturus sui status mutationem ex generali domicilii novi jure, quam si adversus impetratam aetatis veniam iterum Principi supplicaret, & allegata propria, si non turpitudine, at saltem simplicitate atque negotiorum imperitia, impetraret beneficii velut indigno aut inhabili concessi, abolitionem. Quod tamen recte peti & obtineri posset per eum, qui præmature imprudenterque affectatam suo cum detrimento aetatis veniam sibi, tanquam minus idoneo minusque perito, nocere credit ac experientia edocetur: ad eum scilicet effectum, ut in negotiis postea tractandis ad aetatis auxilium confugere possit; si se aetatis facilitate circumventum probet; non vero, ut negotia, inter impetratam veniam iterumque obtentam abolitionis tempus gesta, per restitutionem in irritum deducerentur; cum ita futurum esset, ut hi, qui medio tempore cum talibus contraxissent, imperiali auctoritate viderentur circumscribi, contra *l. 1. C. de his, qui veniam aetatis. Oddus de restitut. part. 1. quest. 23. art. 10. num. 45. 46. Christinaeus ad l. Mechlinienses tit. 19. art. 28. num. 9. Montanus de tutelis cap. 37. part. 2. n. 37. Brunnetmannus ad l. 1. C. de his, qui ven. aetatis, Hilligerus Donell. enucleat. libr. 21. cap. 12. lit. Z. in not. Sed &, si converso casu minorem concipiamus impleto anno vicesimo transulisse domicilium ex loco, in quo vicesimi quinti anni impleverunt aetatem demum perfectam constituit, ad locum talem, ubi anno vicesimo quisque majorennis est; non absurdum fuerit, hunc tali ex migratione confestim majorennem censi, tum a cura liberatum, tum a restitutionis spe circa negotia deinceps contrahenda secludendum; si modo auctore tutore, & sine cujusquam fraude, domicilii mutationem intervenisse constet, nec videri possit quæsitus color, quo maturius se tutor onerosa curationis administrationi subducatur: neque enim ita promiscue illa domicilii transferendi potestas tutori videtur indulgenda, ne alioquin esset in potestate tutorum & tutelae finire, & adolescentes judicii necdum satis firmati captionibus obicere sine restitutionis spe, arg. *l. nec ei 17. §. eorum 1. ff. de adoptione*. Rodenburch *de jure conjugum d. tract. preliminarium parte altera tit. 2. cap. 1. numer. ult.**

11. Quamvis autem & aetatis venia, & nuptiis, & peculiaribus locorum quorundam statutis, qui necdum vicesimum quintum decucurrit annum, pro majore habeatur in rerum administratione, & alienatione, ac denegato restitutionis adjutorio ex capite minorennitatis secundum jam exposita; tamen, si quis quid dari fieri voluerit, sive testamento sive pactione, & legitimæ aetatis fecerit mentionem,

veluti si alimenta usque ad aetatem perfectam præstanda fuerint, aut res ex fideicommissio post aetatem perfectam restituenda, non ea in dubio designata videbitur, quæ ab imperiali suppletur beneficio aut municipali, lege, sed quæ viginti quinque annorum curriculum impletur, *l. ult. C. de his, qui ven. aetatis*, ne alioquin ea, quæ in minorum favorem ac adinventæ sunt, ut scilicet maturius ad liberam rerum suarum gestionem liberumque dominici juris exercitium perducerentur, in eorundem producerentur læsionem: contra *l. quod favore 6. C. de legibus*, Brunnemannus, Augustin. Barbosa & vulgo DD. ad *d. l. ult.* Responsa Juris. Holl. part. 1. consil. 163. Neque his repugnat *l. qui filium 74. §. 1. ff. ad Senat. Trebell.* in qua ab Imperatore definitum dicitur, annum adjectum restitutioni fideicommissi, non de impleto, sed inchoato intelligendum esse: non enim id ordinarium erat, sed ex ipsis profusæ fideicommissi verbis, continenter, restitutionem faciendam fuisse, si ad annum vicissimum aetatis pervenisset, ut Paulus in *d. l. monet*.

12. Excussa hæc spinosa de minorennitate materia, superest, ut de restitutione minorum agamus; quæ nulli tribuenda, nisi & de minorennitate, & de læsione ex lubrico ætatis allata constet. Aetatis probatio non modo per testes fieri potest, sed & per instrumenta, libros baptismatis ex more nunc inter Christianos recepto. Rebuffus tract. de restitution. tom. 2. art. 1. gloss. 3. num. 2. 3. vide prolixè Mascardum de probation. conclus. 663. & seq. usque ad conclus. 680. professionem parentum, quam illi tempore natiuitatis apud acta faciebant; cum nulla fraudis subesse suspicio, incertumque prorsus, an profuturum liberis aliquando esset, an vero nociturum ætatis perfectæ implementum. De qua natalium professione accipienda *l. statum 6. C. de fide instrum. l. etiam matris 16. l. Imperatores 29. §. 1. ff. de probation. l. omnes 2. C. de his, qui ven. aetatis. l. excusatur 2. §. aetatis. ff. de excus. tut. l. 1. C. si minor se maiorem dixerit, l. non nudis 14. C. de probation. l. nec omitta 15. l. parentes 22. Cod. de liberali causa, & de huius professionis modo, origine, auctoribus, vide Brissonium select. antiquis. juris civilis, libr. 1. cap. 5. Gothofredum ad *l. 6. C. de fide instrument.* Idemque juris videtur esse in ea privata parentum adnotatione, qua liberorum natiuitatem & alia familiæ notabilia observare solent, maxime, si jam defunctis ipsis scripturæ tales producantur, Mascardus de probat. conclus. 670. Non tamen admittenda parentum depositio de liberorum ætate, eo tempore interposita, quo de restitutione controversia erat, aut saltem prævidi poterat, an lucro, an damno futura liberis sit ætas sua, arg. *l. testis idoneus 9. ff. de testibus*. Probatio autem minorennitatis ipsi incumbit restitutionem petenti, sive actoris instar ipse prius auxilium prætoris extraordinarium imploret; sive ex contractu damnoso conventus, exceptione ætatis se cupiat tueri, *l. si minorem 4. C. b. t. de in integr. restit. minor 25. ann.* cum utroque in casu vel petitionis vel exceptionis fundamentum in ætate constituat, nec minus reo incumbat exceptionis, quam actori intentionis probandæ onus, *l. 1. ff. de exception. l. si quidem 9. C. cod. sit. at-**

que insuper in dubio magis unusquisque contrahens præsumatur habuisse legitimam personam expediendi efficaciter actum, ad quem processit; sic ut contrarium asserenti, tanquam ei, contra quem militat præsumtio, imponenda videatur necessitas probationis. Rebuffus d. tract. de restitutionib. art. 1. gloss. 3. num. 2. & 3. Menochius de præsum. lib. 2. præsumt. 50. num. 3. & seq. & num. 21. & seq. Mascardus de probation. conclus. 657.

13. Læsionem quoque apparere necesse est, dum minor vel quod habuit, amisit, veluti donando, vendendo, aliisque modis quamplurimis; vel quod acquirere potuit, omisit, hæreditatem forte aut legatum repudiando, inoficiosi querelam negligendo, & similibus; vel denique oneri se subiecit, quod potuisset declinare, ut, puta, fideiubendo pro aliis, aut damnosam adeundo hæreditatem, *l. non omnia 44. l. 45. l. pen. ff. b. t. Quamvis vero læsio non solet in dubio præsumi, sed per allegantem, atque adeo per ipsum quoque, qui se lubrico ætatis deceptum ait, probanda sit, dum non utique qui minor est, statim & circumscriptum se docet, *l. nam postquam 9. §. si minor 4. ff. de iurjur. l. minoribus 5. C. b. t. de in integr. restit. minor. 25. ann.* quandoque tamen contra se res habet, quoties scilicet ea per minorem gesta sunt, quæ sua natura solent damnosa esse: quid enim, si fideiussit? noxa utique præsto est. Quid si donaverit? perdidisse creditum secundum Hermogenianum *l. filiusfamilias 7. pr. ff. de dona. ion.* Quid si mutuam acceperit pecuniam? sane cum illa adolescentibus maxims perniciosa fuerint habita, creditori imponendum fuit probandi onus, nummæ creditos in utilitatem minoris fuisse conversos, *l. 1. 2. C. si aduersus creditorem, vide Fachineum lib. 2. controu. cap. 43. Menochium lib. 6. præsumt. 27. num. 10. Mascardum de probation. conclus. 1166. 1167. 1163. Struvium ad Pand. b. t. num. 43. frequenter namque juxta illud Horatii de arte Poët. ver. 160. & seq.**

*Imberbis juvenis tandem custode remoto,
Gaudet equis, canibusque, & aprici gramine campi,
Cereus in viam flecti, monitoribus asper,
Uitulum tardus provisor, prodigus aris.*

14. His probatis, aut ex præsumptione non enervata perspicuis, restitutio minoribus ob fragile & infirmum ætatis consilium conceditur tum adversus judicialia negotia, tum adversus extrajudicialia. Extrajudicialia plura sunt; veluti adversus confessionem suam temere factam, *l. certum 6. §. pon. ff. de confessis*, aut temere prætermisam, cum potuisset confitendo poenam evicare, *l. si ex causa 9. §. nunc videndum 2. ff. b. t. l. electio 25. §. neque heredi 5. in fin. ff. de moral. action.* adrogationem sibi non expedientem, *l. nonnunquam 32. 33. ff. de adop. novationem, delegationem, acceptilationem, l. patri 27. §. si minor 2. & 3. l. minor omnis 40. l. ult. ff. b. t. agnitionem legati, cui plus oneris, quam emolumenti adheret, l. si minor 34. §. 1. ff. b. t. mandat interpositum aut susceptam alieni negotii gestionem, l. cum mandat 22. l. 24. ff. b. t. neglectam insinuationem fideicommissi, quæ multorum moribus necessaria est, ut res ipsæ fidei commissi vinculo reali afficiantur. Vide Abr. a*

Wesel ad novell. constit. Ukrajeft. art. 22. num. 7. 8.

15. Ad hac minori succurri potest adversus rem suarum venditionem, quam ipse fecerat lege non prohibente, *sic. C. si advers. vendition. l. pen. ff. b. t.* Neque hanc restitutionem contra venditionem impedit, quod decretum de rebus immobilibus vendendis, petente curatore, a iudice interpositum sit ex praecepto Imperatoris Severi in *l. 1. ff. de reb. cor. qui sub ius.* Non enim decretum praetoris lesionem omnifariam avertit; sed potius ad probandam justam alienationis faciendae causam adhibetur. Ut proinde iniquum fuerit, probata lesione, minorem tamen ob accedentem iudicis auctoritatem in damno harere; cum vel propriam sententiam malit iudex in favorem minoris rescindere, quam eundem relinquere lesioni obnoxium, dummodo de graviore lesione constet; parcius enim & circumspicere post decreti interpositionem restitutiones concedendas esse, vel ipsorum minorum utilitas exigit; ne alioquin ob nimium restitutionis imminuentis timorem eveniret, ut nullus ad rerum pupillarium accederet emptionem, *l. si ea 2. C. de fideiuss. minor. l. si huiusmodi 11. Cod. de praed. & aliis reb. minor. junct. l. ap. praetor 7. §. quantum 8. ff. b. t.* Struvius ad *Pand. b. t. n. 46.* Parladorius *ver. quosid. lib. 2. cap. fin. §. 13. num. 18.* Nec tantum subveniendum minori, si damnum ex eo senserit, quod pretio villore res projecta fuit, uti id constat ex *d. l. si quidem 11. Cod. de praed. minor. sed & si in eo se circumventum queratur, quod in majoribus profectares, in quam peculiaris merito cadebat affectio, distracta sit; domus forte, in qua pater defecit, minor crevit, ac fixae conspiciuntur majorum imagines, non nisi cum lectu posteritatis revellendae, cum alia non deessent res minores, quae, minori obnoxiae affectio, potuissent leviori cum praepjudicio divendi, arg. *l. si in emptionem 35. ff. b. t. junct. l. lex, qua tutores 22. in med. C. de admin. tut. ita post Uldum de rebus part. 2. quarr. 57. art. 2. n. 15.* Ant. Matthaeus de *auction. libr. 1. cap. 16. num. 24.**

16. Quod si non ipse minor rem suam distraxerit, sed alius eam vendiderit, tradideritque tanquam suam, si quidem privatim, aut etiam auctione quidam publica venditio facta sit, sed ad eam traditio ex libera voluntate privatim sine pravio iudicis decreto ac decreti solemnibus subsecuta fuerit; non dubium videtur, quin ne restitutio quidem minori necessaria sit; sed ordinaria contra emtorem, ut possessorem, rei vindicatio intentanda; eo quod res mea sine facto meo sola alterius privati voluntate in alium transgressa fuit, *l. id, quod nostrum 11. ff. de regul. juris.* Verum si post venditionem publice privatimve factam, tradita fuerit res (ut fieri aliquando majoris securitatis causa solet hodiernis moribus) praefatis editorum solemnibus, citatis omnibus, qui traditione impediendae ius sibi competere arbitrantur, ut contradicant, si possint, atque ita decretum sit interpositum; certum quidem hodie, ob decreti sollemnis auctoritatem translatum tunc esse in emtorem dominium; sed cum & illud certum sit, minorem atatis hubico potuisse labi, quod minus intercederet decreto iudicis interponendo: ratio nulla est, cur non & hoc casu ei per atatis auxilium subveniretur, ac redintegrato dominio re-

diret quoque possessio rei; adeo quidem, ut nec pretium emtori reddendum sit, sed is actione de evictione consulere sibi debeat; nec venditionis aut decreti impensae restituendae, utpote nec culpa nec in commodum minoris, sed imprudentia venditoris, & in utilitatem contrahentium facta, Ant. Matthaeus de *auction. d. lib. 1. cap. 16. num. 26. & 28. in med. & cap. 18. num. ult.* eoque facit quod a Groenewegio ad *l. 13. Cod. de evictionibus* adnotatum est, solemniter subhastata a nemine evinci posse, nisi forte causa sit, ob quam abremi appellandi facultas restitatur; si enim absenti etiam majori adversus traditionem ex decreto factam ex causa subveniri possit; longe sane justius fuerit, minorem atatis auxilio non destitui, ubi alius nullo jure rem minoris imprudenter distraxit ut suam, tradiditque. Adde Instruēt. Cur. Ultraj. *sic. 16. art. 8. Statut. Urbi Ultraj. sic. 15. art. 4.* Quin & quod magis est, electio minori hoc in casu videtur concedenda esse, utrum ex restitutionis auxilio rem suam recuperare velit, emtore remoto, secundum jam dicta, an ipsum pretium, quo res distraeta, repetere non tantum ab eo, qui vendidit, sed & a creditoribus ejus (casu posito, quod inter creditores venditoris rei venditae pretium, ex voluntate venditoris aut iudicis adjudicatione ex more facta, fuisset jam distributum) ita suadentibus varis iuris rationibus, quas contraxit in unum Antonius Matthaeus *d. tract. de auct. lib. 1. cap. 18. num. 2. 3.* Cui enim (sunt verba ipsa viri doctissimi) *conceditur quod plus est, et etiam quod minus est, licere debet, l. non debet 21. ff. de reg. jur. plus autem est rescissa additione vindicare rem posse, minus, salva additione pretium persequi. Deinde indebita quodammodo est ea pecunia, quae ex re mea ad creditores alterius pervenit. At licet a me per errorem non sit soluta, est tamen illis soluta errore iudicis, & quidem exacta cautione, ut si postea potiora fura habemus comparuerim, eam pecuniam bis restituamus. Porro si privilegii creditoribus condicere pecuniam possint non privilegiantis solutam, quanto magis id poterit dominus, quippe qui omnibus creditoribus potior sit. Quibus adde, rationem non esse, cur magis minoribus ius competere vellet vindicandi rem ex sua pecunia per tutorem aut alios emtam, aut pecuniam recuperandi suo arbitratu, juxta *l. si tutor 2. ff. quando ex facto tut. min. agere, l. si curator 3. C. arbitrium tutela, junct. l. si ut proponis 8. C. de rei vind. quam in casu praesenti, ubi converso modo ex re pupilli per alterius factum pecunia redacta est: quid enim interest, utrum ex pecunia res, an ex re pecunia redacta, adeoque an res in pecuniam, an pecunia in rem commutata proponatur? arg. *l. ita constans 26. & 27. ff. de iure dos.* Et denique, quid in nummos persequi valeat ex re sua redactos, quo ipso & decretum iudicis stabit fixum ratumque, & lites diminuantur absque creditorum lesione? cum enim re ipsa evicta, in omnem eventum creditores vi cautionis emtori tenerentur accepta restituere; quid, quare, refert, emtori, an minori refundant soluta?**

17. Similiter succurrendum atati minori adversus venditionem pignorum ad minorem pertinentiam, per creditores factam: ubi tamen distinguendum, an minor ipse pignus iure constituerit, an praedecessor

eius, cui hæres extitit, an denique pignus judiciale aut pratorium per missionem in possessionem aut capionem bonorum iudicati exsequendi causa natum sit. Si enim minor ipse pignus rite constituerit, uti in aliis, ita & hic adversus distractionem a creditore factam ei succurrendum erit, si per eam læsus sit, *l. si creditor 7. §. illud 1. ff. de distract. pignori. l. 1. C. de prad. & alii reb. minor.* Sin a minoris prædecessore illud constitutum fuerit; venditio, durante hæredis minorennitate facta, rescissioni haud erit obnoxia; licet læsio quadam appareat, sed vel contra curatores, venditionem permitteutes, agendum, vel contra creditorem; si non bona fide in distrahendo versatus sit, *l. rem, quam a patre 2. C. adversus venditionem pignorum, l. Æmilius 38. circa med. ff. b. t. nisi cum creditoris vendentis fraude concurret etiam emptoris ipsius collusio ac dolus: tunc enim restitutionis auxilium adversus venditionem fraudulentam quin prætor imperiri debeat, haud dubitandum; cum & majorennibus pignorum distractorum dominis ita læsis, per venditionis rescissionem succursum sit, *l. non est vobis 2. Cod. de prad. & aliis reb. minor. junct. l. 1. & 3. Cod. si vend. pign. agatur.* Sed & si judicialis vel prætorii pignoris nexu devincta fuerint minoris bona, & ita in utilitatem creditorum rite distracta, ac postea adversus decretum aut sententiam, cujus vi celebrata est venditio, restitutus minor sit, rerum quidem sic alienatarum pretia recuperare poterit; ipsa vero venditio difficulter per restitutionem resolvenda est, nisi grande seu enorme damnum minori ista ratione illatum constet, *l. si ex causa 9. pr. ff. b. t. l. 1. Cod. uti advers. vendit. pignorum, & hoc, si ob debitum a patre aliove prædecessore contractum, missio in possessionem bonorum prædecessoris, ad minorem devolutorum, decreta sit: nam quamvis, missione facta in ipsius pupilli bona, venditio usque ad pubertatis tæpupm differenda sit quoties id contigit ob debitum prædecessoris, aut cum ipso pupillo contractum; aliter tamen obtinet in bonis prædecessoris: dum perquam iniquum visum fuit, eum, qui nihil cum pupillo contraxit, ejusdem pubertatem aut majorennitatem debere expectare, *l. apud Julianum 3. pr. ff. quib. ex caus. in poss. eatur, junct. l. Fulcinus 7. §. plane si 10. & seqq. eod. tit.* Sed cum hodiernis moribus venditio pignorum & traditio ex iudicis decreto fiat auctione publica, adhibitis hæstæ solemnibus, proscriptionibus rerum, edictis, aliisque similibus; nec facile hæstæ fiscalis fides convellenda sit, ne publica auctoritate emtores sese circumscriptos conquirentur, *l. si hypothecæ 8. de remiss. pignori.* calculo frequentiore comprobatum est, in universum nunc ratas manere venditiones pignoris ad minorem pertinentis, sive illud ab ipso pupillo legitime devinctum sit, sive a prædecessore ejus, sive pro prædecessoris, sive pro minoris ipsius debito recte contracto, Christianus ad leg. Meubliens. tit. 7. art. 2. n. ult. Guido Pap. dec. 22. n. ult. ubique Ranchinus in motis in fine. Berlichius dec. 126. Brunnemannus ad l. ult. C. si adversus fiscum, Groenewegen ad tit. C. si advers. vendit. pign. & ad l. 13. C. de evictio. Adde Ant. Matthæum de auctio. lib. 1. cap. 16. num. 25. atque adeo nunc commune factum est, quod jure Romano erat singulare in fisco. ut ac-**

licet minori non daretur restitutio, ubi fisco ob debitum fiscale bona pupillaria distraxisset bona fide, ac interposita hæstarum solemnitate, *l. ult. C. si adversus fiscum, l. quæcumque 5. C. de fide & jure hæstæ fiscal.* Si tamen manifestissima ac enormis læsio minori per illam solemnem pignorum distractionem illata appareat, nec a tutoribus aut alia ratione indemnitate queat impetrare, non dubitaverim, quin æquitate rei motus iudex per restitutionem minori opem pure laturus sit; ne alioquin ea, quæ læsionis averruncanda gratia prudenter a nostris sunt excogitata majoribus, præter ac contra primam auctorum suorum intentionem in injustitiæ velamenta degenerent, & fiant vincula iniquitatis. Quid vero juris sit, si per errorem res minoris, tanquam res tertii; pignori capta ac distracta fuerit, ex iis, quæ supra de venditione rerum ejus extra causam pignoris sunt tractata, facile colligendum est.

18. Est & restitutioni locus adversus donationem a minore, debito modo (id est, auctoritate tutoris in mobilibus, decreto in immobilibus) factam; si appareat, eam illis quidem ex causis in alios collatam esse, in quibus sine reprehensione tutores pupillo donanti possunt auctores fieri (quæ recensentur *l. 1. §. sed & si 2. ff. de tutel. & ration. distrab. l. cum plures 12. §. cum tutor 3. l. tutor. 42. ff. de admin. & penic. tut.*) sed tamen immoderatam; dum vel supra patrimonii pupillaris vices est, vel ultra natalium dignitatem. Idemque est, si filius minorennis patri, res filii donanti, consensum præbuerit, *l. ult. C. si advers. donat.* Nec refert an simplex donatio sit, an remuneratoria, quoties donatio longe superat officii aut beneficii accepti proportionem, Oddus de restitution. part. 2. quart. 58. art. 4. Cumque donationis species sit in dotem datio, etiam audiendam esse puellam Romanæ leges voluerunt, si minorennis existens omnia sua bona marito in dotem dedisset, aut supra patrimonii vires promississet, eoque se læsam posset docere, *l. un. C. si advers. dotem, l. si ex causa 9. §. in dotis 1. ff. b. t. Oddus d. tract. de restitut. quart. 59. art. 5. adde tit. de jure dot. num. 4.* Sed quia nunc alia dotum, quam ex jure Romano, ratio est, dum plerumque extra dotalia bona mulieres nuptæ sua solebant habere paraphernalia, ut & recepticia, neque quicquam dotale erat, nisi de quo, ut dotale esset, nominationem convenerat; adeo ut nec actio quasi ex dote promissa competere, si sine quantitatæ designatione scriptum fuisset instrumentum nuptiali, eam, qua nuberat, dotem dare promississe *l. 1. C. de dotis promissionibus,* contra vero nunc nostris & multorum moribus omne mulieris patrimonium ex juris statutaris dispositione dotale sit, vigente omnium bonorum inter conjuges communione, nisi aliud pactis dotalibus placuisse constet; rationi consentaneum est, mulieri omnia bona in dotem conferenti non esse impetrandum ætatis auxilium; neque enim se captam aut circumscriptam recte congeritus, quæ jure communi utitur, ac sequitur juris publicæ dispositionem, *l. ult. C. de integ. restit. minor. l. nihil consensui 116. §. non capitur 1. ff. de reg. jur. arg. l. verum 11. §. item non restituitur 4. ff. b. t. Groenewegen ad d. l. un. C. si advers. dotem.*

19. Donarium seu dotale vel lucrum dotis pa-

His dotalibus constitutum quod attinet, nec ejus intuitu minori sive masculo, sive femina, restitutionis auxilium debere concedi, si immoderatum dicatur promissum, Groenewegius auctor est *ad l. 1. C. si adversus donat.* tum quia in ipsa minoris restitutione partis quoque adversæ causa redintegranda est, ut in sequentibus dicitur; quod tamen contracta semel individua vitæ consuetudine fieri non posse, palam est. Tum quia minor æque ac majoræ, etiam sine pactis dotalibus nuptias contrahere potest, atque ita omnia sua bona conjugali communione obnoxia facere. Nec est, quod quis putet, debiliorem esse rationem posteriorem, ac male a licentia inducendæ per nuptias communione statutariæ ad immoderati dotalitii passionem fieri illationem, quasi communione statutaria minor ad summum nil præter dimidiam patrimonii partem uxori inopi communicandam perdere possit; at dotalitio immoderato etiam totam suam substantiam absorbere. Hænim & plus quam dimidium & totum patrimonium communione statutaria æque ac dotalitii constitutione amitti posse, inficias non ibit, quisquis meminerit, non lucri tantum, sed & damni communionem statuto induci. Fac ergo, maritum mille possidentem matrimonio jungi mulieri, subductis omnibus mille debenti supra vires patrimonii, fieri aliter non poterit, quin communione jure non dimidia, sed universa mariti substantia, protinus a nuptiis contractis, in usum creditorum solutionem urgentium convertatur, marito bonis omnibus spoliato. Ceterum quod de dotalitio dictum hætenus per restitutionem haud infirmo, idem quin & in ipsa sponsalium largitate immoderata moribus nostris locum sibi vindicet, non videtur dubitandum: quia fieri potuit, ut non alia lege, quam accepto tam amplo insolitoque dono puella in sponsalia aut nuptias fuisset consensura, ad quas nunc aureo velut imbre invitata, commoveri se passa est; quali ad nuptias incitamento post eas contractas non videtur fraudanda, non magis, quam de jure Romano maritus erat dote privandus, quæ ei in bona fide posito in fraudem creditorum data erat, aut per errorem ab aliquo tanquam mulieris debitore, qui debitor non erat, mulieris jussu, constituta, ratione addita, quod indotatam ducturus non fuisset, *l. ult. §. si a socero 1. in fine ff. quæ in fraud. cred. facta sunt ut restit. l. si donatus 9. §. 1. ff. de condict. caus. data causa non sec.* Jure tamen Romano restitutionem adversus immodicam largitatem sponsalium potuisse impetrari, colligi potest, arg. *l. 1. C. si adversus donation. Oddus de restitution. quæst. 53. art. 5.*

20. Jurisjurandi quoque delatio, per minorem facta, iis est accensita negotiis, adversus quæ minori subveniri potest, *l. nam, postquam 9. §. si minor 4. ff. de jurisjurando.* Uti & transactio, quoties illa non ipso jure inutilis est. Hæsi enim difficulter in transactione evidens læsio appareat; dum etiam tunc, cum nulla res media est, nullumque subest debitum, hoc ipsum quod a lite disceditur, videtur sufficiens transactionis causa esse, *l. in summa 65. §. & quidem 1. ff. de condict. indeb.* tamen, si postmodum appareat, transactione jus liquidum minoris fuisse remissum, quod majoræ alius non eadem fuisset facilitate remissurus, nihil impedimento est, quo minus restitutio concedenda foret, redintegrato utrique

transigenti jure suo, *l. 1. 2. C. si advers. transact.* Nec multum a transactione recedit rerum communium facta divisio, quæ & ideo transactioni juncta est in *d. l. 1. C. si adversus transact.* tamquam similem cum transactione rescissionem recipiens, si ex divisione inæquali damnum minor senserit ad divisionem provocatus; nam si provocasset ipse, nullius foret momenti divisio ad talem subsecuta provocationem, *l. si pupillorum 7. ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cura sunt,* sive ipsa rerum hæreditariarum divisio facta sit, sive mediante rerum adjudicatione communio diremta fuerit, sive denique uno pretio oblato dimissio a communione secuta sit, rebus omnibus penes eum, qui pretium dedit, pleno domini jure remanentibus; quo ipso quasi transactum de hereditate videtur, etiamsi non proprie dicta transactio sit, ac nostratibus non *dadingh sed uytkop* appelletur. Ut tamen difficilius adversus hujusmodi transactionem restitutio concedenda sit, quoties inter parentem superstitem liberoque minorens de parentis defuncti hereditate intercessit; eo quod generaliter adversus parentes parcius, quam contra extraneos indulgeri hoc remedium, *tit. primo* dictum est; præsertim, si cum pretio hereditatis a parente superstitute soluto, susceptum insuper alendi onus aut liberalitas quæcunque alia, ab eo in liberos profecta, pretii utilitatem videatur supplere posse: c compensare, aut elapsam jam sit quadriennium restitutioni huic pendendæ præfinitum; ut ut alioquin adversus ipsum temporis lapsus non adeo gravate restitutio nunc impetretur, ut *tit. primo* dictum, Papon. *libr. 16. tit. 4. arrest. 13. D. Someren de jure novercarum cap. 6. sect. 2. num. 8.* ibique cit. Christinæus, casum non plane dissimilem definiens, *ad leg. Mechliniens. tit. 16. art. 29. in additam. vers. quare.*

21. Circa solutionem, qua se minor captum contendit, distinctione opus est. Aut enim minor solvit, aut ex adverso ei solutum est. Si ipse solverit quod naturaliter ac civiliter debebat, si quidem, auctore tutore, restitutioni locus non est; cum læsus dici nequeat, qui solvit illud, ad quod solvendum actione civili constringi potest, *l. magis puto 5. §. sed si pater 6. ff. de reb. eor. qui sub tutela vel cura.* Sin sine tutoris curatorisve auctoritate, exstantium quidem adhuc nummorum vindictio competit; consumti vero nec repeti possunt, nec ætatis auxilio redire ad minorem, sed potius ei liberatio contingit, *l. quod si forte 14. §. ult. ff. de solution. l. non omnis 19. §. 1. ff. de reb. credit.* Quod si non civiliter debuerit, sed tantum naturaliter, aut plena subsit naturalis obligatio, aut minus plena, dum sine tutoris auctoritate se obligavit: hoc quidem casu restitutione opus non est, cum sufficere minori possit pecuniæ solutæ ac etiamnum superstitis vindictio consumptæ condictio ex causa indebiti, *l. inserendum 29. l. quod pupillus 41. ff. de condict. indeb.* illo vero, cum nempe plena subest obligatio naturalis, (ex pacto forte nudo per prædecessorem aut minorem ipsum tutoris aut curatoris auctoritate manitum interposito) restitutio adversus solutionem auctore tutore factam necessaria est: cum inficias iri nequeat, quin lubrico ætatis læsus sit, solvens id, ad quod solvendum nunquam potuisset actione compelli, arg. *l. illud nullam 25. ff. b. 1.* Idemque est, si legatum indebitum, forte supra falcidiam relictum, præstiterit,

juris ignorantia persuasus deberi, *l. ult. C. si advers. solutionem*; deficiebat enim hisce in casibus & rei vindictio, translatio propter accedentem tutoris auctoritatem dominio soluti, & indebiti conditio, denegata quippe illis, qui vel naturale debitum implevissent, vel indebitum solvissent ius ignorantes, *l. naturaliter 13. l. si quod dominus 64. ff. de condit. indeb. l. error facti 9. C. ad leg. Falcid. l. cum quis jur. 10. C. de juris & facti. ignor.* Ut proinde ad extraordinarium restitutionis auxilium minori fuerit confugiendum. Sed cum moribus placuerit, naturalis quoque debiti exactionem esse; potius nunc est, ut in solutis iis, quæ naturali jure plene debentur, in universum ætatis beneficium minori denegemus. Adde Grotium *manud. ad jurispr. Holl. libr. 3. cap. 30. num. 34. Et seqq.*

22. Atque hæc ita habent, si minor solverit, at si minori solum sit, quod vel naturaliter ei debebatur, vel naturaliter ac civiliter simul; interveniente quidem auctoritate tutoris ac judiciali sententia, acceptata per minorem solutio debitori adeo ad liberationem plenissimam profutura est, ut nullum adversus eam restitutionis remedium metuendum sit. Contra vero, deficiente tutoris assensu judicisque decreto, ipso jure citra illum pratoris auxilium non ultra debitori contingit liberatio, quam quatenus locupletior ex ea solutione minor apparet, *§. ult. instit. quib. alien. licet vel non*, Hugo Grotius *d. libr. 3. cap. 30. num. 33. 34.* Quod si, omisso magistratus decreto, sola tutoris aut curatoris accessisset auctoritas, liberabat quidem debitorem pupillarem ipso jure celebrata eum in modum solutio, *l. Lucius 46. §. tutela 5. ff. de admin. Et peric. tut.* non tamen plenissima securitas per eam debitori quæsitæ fuit, sed causa cognita indultum adversus eam ætatis auxilium, læsione probata, *l. exemplo 1. Cod. si adversus solutionem*; nisi ita soluta fuissent pensiones annuæque redditus biennii. Metam & aureorum centum quantitatem non excedentes, *l. rancimus 25. l. constitutionem 27. C. de administ. tutor.* Cui exceptioni plerique addunt & alteram, in fideicommissio, quod minori debitum est, restituendo: id enim sine decreto fieri posse, cautum putant in *l. pen. C. ad Senat. Trebell.* Sed accuratius eam constitutionem examinanti, patescet, nihil aliud ea diffari, quam quod fideicommissaria hæreditas restitui possit soli tutori aut soli curatori, si infanti aut furioso debita sit; cum: alioquin tutorem aut curatorem habens ipse deberet suscipere ex fideicommissio hæreditatem auctore tutore vel curatore. Fuitque hoc ita a Justiniano constitutum ad exemplum ejus, quod ipse biestri spatio ante hanc legem sanciverat de hæreditate directa furioso delata, per solum furiosum curatorem pro furioso acceptanda, *l. ult. §. fin. autem 5. C. de curat. furiosi*, si conferas legis utriusque subscriptionem: quodque ab anterioribus Imperatoribus jam dudum de hæreditate directa, per solum tutorem pro infante adunda, Inductum fuerat in *l. ad infanti 18. §. purent 2. C. de jure delib.* Uti autem in casibus, quibus hæreditas directa per tutorem pro infante quæsitæ erat non erat exclusus restitutionis remedium, ubi additione infantem in damno hærare apparisset; ita nec illud denegandum fuit, si ex admissa hæreditatis fideicommissaria restitutione læsio infanti fuisset illata. Adde Oddam

de restitution. part. 2. quæst. 52. art. 1. n. 12. Brunemannum *ad d. l. penult. C. ad Senat. Trebell.* Hodierno interim jure verius est, prope in desuetudinem abiisse illam Justiniani constitutionem, quæ ad solutionem minoribus tuto faciendam judicialis sententiæ interventus desiderabatur; sic ut nunc plenissima debitori pupillari contingat liberatio, si modo solverit vero creditoris minorennis tutori; nisi de maximi momenti debito solvendo agatur; quo casu cameræ pupillaris decretum desiderant, ne iterato ad solutionem adigatur, qui solvit, ubi pupillus finita tutela non potest, ob inopiam tutoris servare solum. Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. libr. 3. cap. 39. num. 27. ibique Groenewegen in notis*, Respons. Jctor. Holland. part. 3. vol. 1. *constit. 182. Paulus Voet ad §. ult. Instit. quib. alien. licet vel non, num. 6.*

23. De solutione quæ dicta sunt, eodem fere modo in mutuo obtinere, quod minori vel a minore numeratum est, prout defuerit aut intercesserit curatoris auctoritas, colligi potest ex *d. §. ult. Instit. quib. alien. licet vel non l. non omnis 19. §. 1. ff. de reb. credit. l. naturaliter 13. §. 1. l. 14. ff. de condit. indeb. l. patri 27. §. si pecuniam 1. ff. b. t. cujus occasione confer, quæ tit. 1. de integr. restit. n. 24. dicta sunt.*

24. Præte ea adversus omissam hæreditatem, aut acquisitam, ætatis auxilium admitti potest, *tit. C. si minor ab hæred. se abstinuit, tit. C. si ut omitt. hæred. vel bon. poss. acquir.* Omissionem hæreditatis tutore auctore factam quod attinet, non omni in casu adversus eam minori succurritur: aut enim ille abstinit, cum suis hæres esset, aut repudiavit, cum esset extraneus. Si abstinuerit cum suis esset, efficit hoc potentissimum jui sui hæredis, ut omni modo minor per abstinentiam in damno hærens restituatur, sive res adhuc integra sit sive integra esse desierit per bonorum hæreditariorum distractionem, durante minoris abstinentis ætate ab eo factam, qui vel ex substitutione vel ab intestato ad omissam venerat hæreditatem; adeo ut rescissa venditione res alienatæ in minoris restituti revertantur potestatem, *l. ult. in fine C. de repudianda vel abstin. hæred.* Sin repudiaverit cum esset extraneus, rebus quidem hæreditariis nondum distractis ad hæreditatem repudiatam redire minori læso permittitur, auxilio ætatis ad id implorato: at alienatione rerum jam subsecuta, denegandum minori est adversus repudiationem restitutionis auxilium; aut saltem parcissime ei indulgendum; cum iniquum videatur, eum negotiis finitis ad paratam substituti labore pecuniam venire, *l. quod si minor 24. §. Scævola 2. ff. b. t. Sande decii. Fritic. lib. 1. tit. 15. defin. 2.* & si iustissimis forte ex causis ei subveniendum esse prætor constituerit, rata tamen manebunt, quæ prius rite gesta aut distracta per curatorem bonis datum, aut jure substitutionis vel ab intestato ad hæreditatem vocatum, *l. in integrum 22. in fine ff. b. t.*

25. Quod si puella minorennis, accepta dote, renunciarit hereditati paterna (quod jure civili vetitum, *l. pactum dotali 3. C. de collation. Canonico autem permissum, maxime, si jurejurando firmatum sit, cap. quomodo 2. de pactis, in 6. & gentium multarum usu receptum) de restitutione adversus talem renunciationem controversa est. Eam quidem in universum*

puella denegandam esse, quæ supra modum facilitate sua se circumscriptam obtendit, multis placet, inter quos Argentæus ad consuetud. Britann. art. 225. gloss. 4. num. 4. 5. 11. Barry de successionibus lib. 11. tit. 25. num. 36. in fine, Charondas lib. 7. respons. 29. pluresque alii, quos recenset ac sequitur Abrahæ Wesel de contrab. bonor. societate tract. 2. cap. 6. num. 63. Sed vix est, ut iniquitatis rigorisve in ætatem minorem nimil vitio cægere videatur hæc ipsorum opinio, levioribus etiam subtilia ratiociniis, vix speciem habentibus, si ad exactius revocentur examina. Quid enim, obsecro, est illud, quod nuptæ multis in locis, nominatim in Gallia, notabilia ex maritorum bonis ac industria acquirunt emolumenta? ergone fas erit ob adventitium lucrum, incertamque quantitatem ejus, spoliari minores captas circumventas portione legitima, qua nequaquam sese privari passæ fuissent, si firmati magis fuissent iudicii ac ætatis provectioris? Frustra quoque incertus præteritur augmenti decrementique eventus, quod post dotem constitutam paternæ potuissent substantiæ supervenire. Id enim si sufficeret, quid ni omnes probamus in legitimæ præjudicium emendicatas, aut reverentiali metu extortas, aut calliditate obtentas hæreditatum renunciationes per ætatis & sexus cuiuscumque progeniem, sive patris dotalibus, sive alii simplicibus, quocumque tandem modo conceptas; cum utique omnibus in hisce eadem eventus dubii, & damni lucricæ ancipitis post dotem constitutam ratio, conventionum talium atque renunciationum firmitatem persuasura sit? Quod quantum a jure recepto recedat, nemo non videt, ac plenius ex tit. de inofficioso testamento patescet. Et sane, non ad aliud illa augmenti decrementique post dotem constitutam incertitudo ad summum prodesse posset, quam ut non mortis paternæ, sed dotis constitutæ tempus videretur considerandum, an congrua dos data esset, nec ne (quamvis contrarium verius esse d. tit. de inoff. test. probetur) neutiquam ad id, ut prorsus non congrua dote data, restitutionis auxilium ex capite ætatis haud foret implorandum. Satiùs proinde fuerit, distinctionis ope dubitationem tolli. Aut enim minor in eo se læsam ait, quod majorem potuisset acquirere portionem jure successionis ab intestato, quam nunc accepta dote, & renunciatione subsecuta ei ex paterno fuit patrimonio collatum: eoque casu infirmamandam haud esse renunciationem a minore factam, rationis est. Cum enim supponatur, more regionis in jus commune degenerasse, ac filiabus omnibus cuiuscumque ætatis frequentatum esse accipiendæ dotis & renunciationis faciendæ usum; capta videri non potest puella, dum jure communi usa est, l. fin. C. de in integr. restitut. minor. 25. ann. l. nihil consentiri 116. §. 1. ff. de regul. juric. Aut ex adverso sese minor in eo captam conquiretur, quod minore accepta quantitate, quam dotis nomine pro rata dignitatis ac facultatum patrum consequi debuerat, renunciavit successioni, atque ita facilitat: ætatis lapsa, dote non congrua contenta fuit; eoque probato ratio nulla est, cur non ei subveniretur, & supplemento saltem usque ad congruam dotis quantitatem adjecto, ipsa æqualis efficeretur conditionis cum aliis, ætate prudentiæque sua majore læsionem probabiliter declinaturis: ne alioquin contra omnem justitiæ & æquitatis rationem in damno

perseveret, in quod eam non nisi ætatis defectu ac consilii inopia facilitateque inconsulta precipitatum apparet. In quam sententiam conspirant procul dubio, quotquot etiam majorennibus renunciatione circumscriptis restitutionem arbitrantur non esse denegandam. Vide Fabrum Cod. lib. 2. tit. 3. defn. 8. & lib. 3. tit. 19. defn. 15. Andr. Gayl lib. 2. observ. 147. Guid. Pap. decis. 224. 226. ibiq. Ferrer. annot. Job. Papon lib. 16. tit. 4. arrest. 13. Franc. de Barry de succession. lib. 11. tit. 25. num. 37. 33.

26. Ex contrario, si per minorem fuerit adita hæreditas, quam apparet damnosam esse, etiam tunc restitutionis impetrandæ facultas competit, sive impubes auctore curatore fecerit aditionem, tit. Cod. si minor ab hæreditate se abstinuit, l. ait prætor 7. §. restitutus §. l. vtrum 11. §. si locupletis 5. ff. b. t. sive filiusfamilias minor auctore patre, vel pater ejus nomine, l. ult. §. ult. Cod. de bonis, quæ liberis, sive servus a domino institutus tanquam hæres necessarius; ad id saltum, ut bonorum obtineat separationem, l. ait prætor 7. §. sed & si 5. ff. b. t. junct. l. necessariis 57. §. ult. ff. de acquir. vel omitt. hæred. Nec interest, res integra fuerit, nec ne, dum bona quædam a minore distracta, cum & rata mansura sint, quæ ante restitutionem bona fide per minorem ut hæredem gesta sunt, sive libertates secundum defuncti voluntatem data sint, sive legata præstita, cum, restituito minore, is, qui ejus loco ad hæreditatem venire debet, iisdem legatis gravatus est; sive creditoribus hæreditariis solutum sit, quod ipsis debetur, aut debitores hæreditarii præstiterint, quod debebant hæreditati, l. in integrum 22. l. si mulier 32. ff. b. t. l. filius 90. ff. de solution. l. si non expediret, 6. §. si pupillus 1. ff. de reb. auct. jud. possid. adeo ut nec creditoribus ceteris, aut curatoris bonorum, jus sit patendi a creditore, qui suum consecutus est, ut soluta communicet, aut distracta emtoribus advocandi, l. quæsiens 44. ff. de acquir. vel omitt. hæred. d. l. si mulier 31. in fine ff. b. t. d. l. 6. §. quid ergo 2. ff. de reb. auct. jud. possid. & vend. Respons. Jctor. Holl. part. 1. consil. 134. Sande decis. Friic. lib. 1. tit. 15. defn. 2. post mod. Nec adversatur l. tutor 61. ff. de condiç. indeb. Cum illic agatur de casu, quo tutor creditoribus solvit amplius, quam iis erat debitum, & definiatur, quis tunc ejus, quod indebite solutum, condictionem habeat. Sed & si minor auctore tutore in negotio hæreditario in lite substituterit, ac succubuerit sine culpa tutoris, iudicati actio post restitutionem in eos danda foret, qui minore subducto, hæredes sunt, l. ex contractu 44. ff. de re judic. Nec minor ipse restitutus reddere tenetur, quæ hæreditatis occasione ei quæsitæ, sive ex pretiis rerum distractarum, sive ex debito per debitores soluto, nisi quatenus possidet, aut dolo fecit quominus possideret, l. un. C. de reputat. quæ fiunt in judic. in integr. restit. Si quæ enim penes eum periisse probentur per ætatis imbecillitatem; præstare cogendus non est, l. ait prætor 7. §. sed & si 5. in no ff. b. t. Sande d. lib. 1. tit. 15. def. 2. fere in fine. In solutis tamen per minorem legatis receptum est, ut per legatarios, restituito minore, iis reddenda sint, ad quos post restitutionem hæreditaria cøperunt bona pertinere, cum ipsi non essent ad eadem legata obstricti, conditione indebiti ipsis concessa, l. nec novum 5. ff. de condiç. indeb. Quam-

vis vero post impetratum a minore atatis auxilium, hæreditas vel substitutis, vel cohæredibus, vel ab intestato successuris ita plerumque cedat, ac si nulla medio tempore additio facta esset, *l. ex contractu 44. ff. de re judicata*; tamen, quantum ad jus accrescendi attinet, considerandum est, cohæredi volenti tantum, haudquaquam invito, ad crescere minoris restituti portionem & onus; eoque admittere recusante, mittendos esse creditores in partis, per restitutionem vacantis, possessionem, *l. si minor annis 61. ff. de acquir. vel omit. hæred.* Respons. JCtorum Hollan. part. 4. consil. 1. in fine, qui & eam ob causam implorato per minorem restitutionis auxilio evocandi sunt, observata citationis forma per Justinianum præscripta novell. 119. cap. ad hæc quoque 6. Sic ut ipsis haud evocatis interpositum restitutionis decretum præjudicatum non sit, *l. etiam si patre 29. §. ult. ff. b. r.* Quod si minor, restituta ex fideicommissio hæreditatis parte, restitutionem meruerit; optio fideicommissario deferenda foret, ut aut portionem quoque minoris restituti agnoscat, aut a tota discedat hæreditate, aut omnimodo patietur bona divendi, ut id, quod superfluum est, minori servetur, *l. si pupillus 79. ff. ad Senatusc. Trebell.*

27. Quisquis autem ex causa atatis adversus additionem tanquam damnosam restitutus est, si postea omissionem sibi necere deprehendat, non impeditur adversus omissionem implorare idem illud atatis auxilium, atque ita rursus ad eam, quam ex prima restitutione dereliquerat, redire hæreditatem, *l. ais prætor 7. §. restitutus 9. ff. b. r.* nisi filiusfamilias minorennis, postquam auctore patre adiverat, aut repudiaverat delatam sibi hæreditatem, restitutionem impetrasset adversus id, quod egerat patris consilio & auctoritate: neque enim ullum ei amplius superest adversus primam restitutionem obtentam remedium, idque in pœnam inconsiderate sprete judicii paterni; ut ita discant liberi, non temere veniendum esse adversus ea, quæ paterno consilio (quod optimum liberis jura præsumunt) fuere tractata, *l. ult. §. ult. C. de bonis, quæ liberis.*

23. De litatione Romanis quidem placuisse videtur, minorem litatione superatum, ac restitutionem petentem adversus additionem plus litationi factam, audiendum esse, si sua interesse doceat rem sibi emptam habere, veluti quod majorum ejus fuisset, *l. si in emtionem 35. ff. b. r.* sive de venditione per auctionem publicam accipiamus: *d. legem 35.* sive de privata in diem additione, quæ minori per venditorum facta erat, si alius intra certum tempus meliorem conditionem obtulisset, de qua est titulus *de in diem additione*. Sed vix est, ut tanti non sit illa peculiaris in rem venalem affectio, ut ob eam solum apud nos restituti minori impertienda foret. Groenewegen ad l. 7. §. 8. & ad l. 35. ff. b. r. Ant. Matthæus de auction. libr. 1. cap. 10. n. 45. Nec his contraria sunt, quæ superius hoc tit. tradita, minorem nempe juvari quodcumque si res ejus, in quam peculiari ac probabili ducebatur affectione, distracta esset. Etenim longe magis ei favendum fuit, qui ob singularem affectionem in rem suam propriam, sed durante minore ætate alienatam, sibi eam restituit, atque ita sibi dominium ejus conservari desiderat; quam si id, quod alienum est, cum nunquam fuisset minoris proprium (licet olim forte a majoribus

ejus alienatum) sibi cuperet ex affectionis causa quæsitum. Quod si minorem auctione publica non victum ab alio, sed licitando vicisse contigerit, atque ita rem ei solemniter, ac ex usu hodierno per judicis decretum, fuisse additam; ratio nulla est, cur restituendus non esset, ubi inconsulta atatis facilitate ac licitandi fervore se læsionem graviolem subisse docet Ant. Matthæus de action. libr. 1. cap. 20. num. 44.

29. Extrajudicialibus denique negotiis restitutionem admittentibus ex capite minorennitatis annuenerat invenitur usucapio ac præscriptio; ut tamen nec idem per omnia in utraque obtineat, nec in puberibus semper tale, quale in impuberibus, jus servetur. Etenim cum usucapiendi tempora non currant impuberibus seu contra res eorum, (ut dicitur tit. de usurp. & usucap.) nulla etiam restitutione ipsis indigere, iudubitati juris est, *l. bona fidei 44. ff. de acquir. rer. domin.* At si puberes sint, minorennis tamen, usucapio quidem & currere adversus eos & impleri potest; usque adeo, ut ob impuberem impedita ætatem, post pubertatem inchoari possit, arg. *l. pro emptore 2. §. si a pupillo 15. ff. pro emptore, l. unic. C. si advers. usucapionem.* Sed quia lubrico ætatis neglecta decerni ejus interruptio, restitutionis auxilium decerni æquum fuit, *d. l. unic.* Temporales vero præscriptiones nullis currere minoribus placuit, sive puberes essent, sive impuberes; longæque rectius intacta servari minorum jura, quam post vulneratam causam remedia quæri; quo factum, ut supervacuum ipsis evaserit ætatis adjutorium, *l. ult. in quib. caus. in integr. restit. necess. non est,* abrogatis legibus anterioribus, præscriptiones admittentibus, atque adeo etiam abrogata dispositione *l. properandum 13. C. de judic. in. quantum in §. ult. triennii tempus, intra quod lites civiles terminandæ erant, minoribus quoque ac pupillis currere, sancitum fuerat; cum ex subscriptione pateat d. l. 13. anteriorem esse. Cujacio, Raguello, aliisque visum quidem fuit, non esse abolitam d. legis 13. dispositionem, quasi præscriptiones quidem temporales non currerent minoribus, in d. vero l. 13. non ageretur de præscriptione temporali, sed de tempore, quo ipso jure lites finiuntur. Wissenbach ad d. l. 13. §. ult. Sed uti gratis assumitur illud, quod ipso jure lites finiuntur, ita non est, cur his assentiamur. Habent autem hæc etiam tunc locum, cum adversus majorem inchoata præscriptio est, cui defuncti minor successit: quiescente scilicet interim usque ad impletam ætatem perfectam præscriptionis progressu. Cumque jure novo sublata fuerint, quæ quondam inter usucapionem ac longi temporis præscriptionem intercesserant differentia, tit. C. usucapiones transformanda, rationis est, ut ad exemplum præscriptionis etiam usucapionem adversus minores haud currere existimemus, ac proinde nec restitutionem eosdem hoc casu egere, Præzius tit. Cod. si adversus usucap. in fine. Longissimi plane temporis præscriptio, quæ annorum triginta curriculis impletur, quin jure novo etiamnum adversus minores procedat, dubitare non sinunt Imperatores; dum pupillarem duntaxat exceperunt ætatem, *l. sicut 5. C. de præscript. 30. vel 40. annor. junct. l. ult. in fine C. in quib. caus. in integr. restit. necess. non est,* contra quam tamen impletam minores restitutionis*

auxilium implorare, nihil vetat: si enim in brevioris temporis præscriptionibus melius sit intacta minorum jura servare, quam post vulneratam causam remedium querere, secundum Imperatorem in *l. ult. C. in quib. caus. in integ. rest. necess. non est*; triginta autem vel quadraginta annorum exceptiones in suo statu remanserint, *d. l. tit.* neque uspiam veteri jure minoribus inveniatur vetitum adversus illas jam impletas post causam vulneratam remedium querere; quidni stet durèque, quod non expresse correctum? Sed cum moribus inter impuberes puberesque nulla soleat, quantum ad bona ipsorum diminuenda, differentia servari, confusis tutelæ curæque juribus, ut dicitur *tit. de tutel.*, ac ampliandi potius, quam restringendi sint ætatis favores; magis est, ut, quemadmodum pupillis non cucurrerunt temporis longissimi præscriptiones juxta *d. l. 3. C. de præscript. 30. vel 40. ann.* ita nec puberibus minorennibus eas nocere statuamus; atque adeo ipsis nunc etiam ipso jure tutis supervacuam esse super restitutionem impetranda disceptationem, nisi speciatim lex municipalis restitutionem præscribat. Hugo Grotius *manuduct. ad Jurisprud. Holland. libr. 2. cap. 7. in fine, & libr. 3. cap. 48. n. 9. 10.* Anton. Matthæus *ad param. Be'g. Jurisconsult. par. 9. num. 22. 23.* ubi & plura in hanc rem statuta recenset. Sunt tamen adhuc ex jure novo temporis brevioris præscriptiones, quæ ipsis etiam currunt minoribus, sic ut adversus eas ad restitutionem convolvendum sit: veluti spatium decem dierum ad appellandum, *novell. 25. cap. 1. tempus*, quod a jure datum ad opponendam soluto matrimonio non numeratæ dotis exceptionem, *novell. 100. c. si ergo 1. & c. generaliter 2.*

30. Et hæc quidem ita in præscriptione legali cautæ, aut usu receptæ sunt: aliud in conventionalibus præscriptionibus dicendum est, veluti, cum pactum de redimendo intra certum tempus, puta, quinquennium, est interpositum, vel lex commissoria de pretio intra certum tempus solvendo, ne res ineuita fiat; tunc enim & tempora conventionione definita currere minori, & restitutionem minori recte denegatam fuisse, contendit Ictus Paulus, ea motus ratione, quod pater puellæ, non ipsa, contraxerat, *l. Æmilii 31. ff. b. t. nec est*, quod regeas, in *d. l. restitutionem* tamen ab Impetratore indultam proponi: nam adnotatum recte est, ob singulares facti illius qualitates concurrentes eum ad id impulsam fuisse, nominatim quia lex commissoria displicebat ei, & venditor interpellatione sua videbatur remisisse legem commissoriam, ac denique tutores priores, qui pupillæ commoda neglexerant, suspecti erant. prænuntiati. De cetero stabat intactum ac firmum Jurisconsulti ratiocinium: quo prohebat se non moveri, quod dies committendi in tempus pupillæ incidisset, seu transivisset demum, cum jam puella patri hæres erat; non magis, quam si creditor pignus dispræxisset, post mortem debitoris *die solutionis finita*, Oddus *de restitut. part. 2. quest. 80. art. 2. 3.* Sande *dec. Frisic. lib. 1. tit. 15. defn. ult. in med. ad fin.* Gomezies *var. resolut. temp. 2. cap. 2. num. 27. in med.* Balbus *de præscript. partis sex. a. seu ult. parte prima num. 30.* Responsa Ictorum Hall. *part. 5. consil. 251.* Brunnemannus *ad l. 33. ff. b. t. num. 5.* Ant. Faber *C. lib. 2. tit. 23. def. 2.* Thesaurus *dec. Fedemont. 103. Voet ad Pandect. Tom. I.*

eodem scilicet modo, quo & immotum stabat ejusdem Pauli Icti argumentum, etsi Papinianus contra rationabilem Pauli opinionem sine ulla juris ratione pronunciasset memoretur in questione proposta in *l. Clodius 97. ff. de acquir. vel omitt. hered.* Quia vero decisionis fundamentum in *d. l. 33.* ponitur, quod pater pupillæ, non ipsa, contraxerat; & sane quod dubites, an non ergo minor audiendus sit, si ipse auctore tutore contraxerit cum legis commissoria aut alterius pacti similis adjectione. Sed ratio sufficiens nulla est, cur aliud hoc, quam præcedenti in casu definiendum foret: nisi in eo se læsum minor docuerit, quod inconsulta ætatis facilitate pacta talia conventioni suæ apponi passus sit, quam majorennis alius, firmiore per ætatem judicio usus, non fuisset eo modo admissurus. Alioquin enim, cum non magis in hoc, quam superiore in casu videri possit ætatis lubrico temporis adjecti observationem neglexisse, quidni in pari cessatione, parique diei additi neglectu, parem faciamus juris decisionem; præsertim, cum utroque in casu æque fieri potuerit, ut non alia lege cum minore aut prædecessore ejus alter fuisset contracturus; quam pactiorem conventam postea ætatis minoris obtentu deludi cum paciscentis incommodo durum foret. Vid. Sande *d. l. 1. dissent.* Oddus *de restitution. part. 2. qu. 86. art. 1.* fere sibi contrarius *d. quest. 86. art. 4. num. 56.* Neque hanc evertit sententiam id, quod a Marciano traditum est, pignore per creditorem distracto ea lege, ut si intra certum tempus a debitore pecunia soluta fuerit, emptio rescindatur, si tempus præterierit non posse rescindi venditionem, nisi minor sit annis viginti quinque debitor, aut pupillus, aut reipublica causa abiens, vel in aliqua earum causarum, ex quibus edicto succurritur, *l. si creditor 7. §. illud 1. ff. de distract. pign.* Non enim illic minor aut major ipse rem suam pacto redemptionis, intra certum tempus faciendæ; distraxerat; sed potius creditor hypothecarius: qui, licet dominum debitorem in vendendo representet, & ex ipsius voluntate videatur distrahere, si primam pignoris constitutionem species; re ipsa tamen eo tempore, quo distrahit invito magis ac refragante debitore id facere plerumque credendus est. Unde nec mirum, si adversus lapsum temporis, non ab ipsis minoribus, sed a creditore definiti, restitutionis auxilium iis ex capite minorennitatis vel absentia tribuatur; cum etiam nulla de redimendo pacti appositæ, adversus pignoris distractionem ex hisce causis restitui potuerint, ad id, ut soluta pecunia, liceat ipsis pignus recuperare, *d. l. 1. §. 31.*

31. Vidimus de extrajudicialibus negotiis; sunt & judicialia, adversus quæ minoribus læsis per ætatis beneficium succurri potest, sive dum agunt, sive dum conveniuntur, capti sint; *l. ait prætor 7. §. sed & in 4. ff. b. t.* veluti si allegationes ac probationes minor omiserit, quibus lis ejus instruenda erat, *l. minor 18. §. sin autem 1. l. minor viginti quinque 36. ff. b. t.* si eremodicum contraxerit, seu litem contestatam deseruerit, *l. ait prætor 7. §. ult. ff. b. t.* aut aliter sui copiam non fecerit, atque ita tanquam contumax condemnatus sit; si modo appareat, ætatis infirmitate id contigisse, *l. minor etiam 8. ff. b. t.* nam si dolose non parvisset magistratus imperio, atque adeo vera contumacia convul-

Etus esset, nequaquam restitutionis auxilio juvandum foret, arg. *l. non potest dolo* 199. ff. de reg. juris junct. *l. si ex causa* 9. §. nunc videndum 2. ff. b. t. uti ex adverso ne restitutione quidem opus esset, si adversus eum neque tutoris, neque curatoris auctoritate defensum, edictam peremptoriam fuisset propositum; utpote quod nullius plane momenti est, *l. contra pupillum* 54. ff. de re judic.

52. Denique etiam adversus ipsam sententiam restitui desiderans minor audiendus est, *tit. C. si adversus rem judic.* sive in eo se laesum putet, quod appellandi tempora elabi passus sit, ac provocandi licentiam sibi credat expedire, *l. ait praetor* 7. §. pen. ff. b. t. sive citra appellationem sibi subveniri desideret, per eundem forte iudicium, a quo lata sententia est: id enim eum petere posse, satis innuitur in *d. l. 7. §. pen.* in qua dum Jurisconsultus ait, *subvenitur ut provocet: finge enim hoc desiderare*, supponit, alio quoque modo, quam per restitutionem appellandi licentiam, ipsum adversus sententiam potuisse adjuvari: adeo ut, quod appellatio interposita majoribus praestet, hoc beneficio atatis consequantur minores, *l. praetor provincia* 41. ff. b. t. *l. si pater tuus* 8. C. quando provoc. non est necesse. Plenissima tamen interveniente causae cognitione, ut observat Mynsingerus *cons. 1. obr. 49. & cent. 4. ob. 21.* Quin imo, nostris & Gallorum moribus non aliter minoribus adversus iudicium inferiorum sententias opem ferri per restitutionem, quam ut ipsis reintegretur, quae lapsu temporis perempta erat, appellandi potestas, testatur post alios Groenewegen *ad tit. C. si advers. rem jud.* Nec dubium, quin aut totius sententiae aut etiam partis infirmationem, restitutione mediante, impetrare valeat, si parte sola se laesum queratur; quoties pluribus sententia capitibus constat, sic ut subsistere ex parte possit, ex parte infirmari, *l. etiam* 20. §. ex causa 1. ff. b. t. alias non, arg. *l. in hoc iudicio* 27. ff. famil. ercisc. Neque interest, definitiva sit sententia, an interlocutoria, sive ea talis sit, ut irreparabile damnum contineat, sic ut ab ea aequae ac definitiva appellari potuisset, sive ex adverso per definitivam securitatem, atque adeo contrario imperio, tolli possit, ut post Mynsingerum *cons. 4. observ. 21.* notat Perezus *tit. C. advers. rem judicat. num. 2.* Quemadmodum nec refert, a quo sententia lata sit, cum & adversus eam, quam Princeps tulit, quive vice sacra iudicavit, restitui implorari possit, dummodo non ab alio, quam ipso Principe tunc tributur, *l. minor autem* 18. §. 1. 3. 4. ff. b. t. *l. adversus sententiam* 3. C. si advers. rem judicat. quod & nunc obtinere docet Groenewegen, sic ut laesus supremi iudicis sententia, non a supremo iudice restitutionem postulare debeat, qui alioquin vulgo pro restitutionibus impetrandis ad eundem est, sed ab ipso maiestatem habente, *ad d. tit. Cod. si advers. rem judic.* ut scilicet minori per lapsum biennii a supplicandi potestate excluso, reintegretur supplicationis faciendae ius. Interim non est, quod quis miretur, restitutionem adversus eorum res iudicatas dari, a quorum sententia appellatio interdicta fuit; hoc enim idcirco tam varie, quia appellatio quidem iniquitatis sententiae querelam; in integrum vero restitutio erroris proprii venie petitionem, vel adversarii circumventionis allegationem continet, *l. praefecti* 14. ff. b. t.

53. Si tamen viduus aut vidua massaria (*boedelbender*) in lite substituerit de causa sibi & liberis defuncti conjugis, tanquam heredibus ejus, communi, ac sententiam sequiorem obtinuerit; minores liberos eo iudicato laesos non posse ex solo minorenitatis capite adversus sententiam restitui; sed demum, si cum adversario collusum sit, aut rationes concurrant, ex quibus majores quoque restitui solent: alioquin sufficere privignis contra vitricum novercamve actionem, si quid ea in lite neglectum appareat, censet D. Someren *de jure noverc. cap. 6. sect. 1. num. 27.* & a paucis hoc restitutionis remedium tentatur ait, licet ipse dissentiens, Fontanella *dec. Cathalon. 111. num. 25.*

54. Sunt & aliae plures causae, negotia plura, de quibus disputari posset, an minores adversus ea restitutionem implorantes, audiendi sint, nec ne; sed quia etiam de majoribus adversus ea restituendis saepe controversia est, commodius eorum tractatio ad *tit. 6. ex quib. caus. majores*, videtur rejicienda: neque enim dubium, quin adversus ea, contra quae majores adjuvandi ex capite absentiae aut clausula generali, minores quoque beneficio atatis indemnitate plerumque consequantur. Vide *d. s. num. 8. & seqq.*

55. Conceditur minori restitutio adversus eos, a quibus laesus est. Vide *tit. 1. bujus libri*, etiam fiscum, quoties is rem minoris ut suam (non ob debitum minoris) distraxit, *l. 1. C. si advers. fiscum*, Oddus *de restitut. part. 1. qu. 18. art. uti & filiusfamilias Macedoniani*, aut mulierem Velleiani Senatusconsulti auxilio munitam, si minor alia ratione nequeat indemnitas servari. Tametsi enim & mulier & filiusfamilias privilegiatis quoque personis accenseantur, magis tamen atatis, quam senatusconsulti rationem habendam esse responsum est, *l. verum* 11, §. ult. *l. 12. ff. b. t. l. si quis patremfam. 3. §. proinde 2. ff. ad Senatusc. Maced.* Oddus *de restitut. part. 1. quart. 18. art. 7. & 8.* Et si in aliis causis extra mutui dationem filiusfamilias cum minore contraxerit, vel etiam servus, adversus patrem dominumve minor restituendus foret, ut ab eis consequatur, quod ad ipsos in detrimentum minoris filiusfamilias servique facti pervenit, ac de cetero, quatenus patiuntur peculii vires, praestetur per eos, quod abest minori, *l. quod si minor* 24. §. si servus 3. ff. b. t. Quod si cum minore minor contraxerit, si quidem de damno evitando alter agat, alter certet de lucro captando, non dubium, quin in damnis haerenti succurrendum sit adversus eum, qui lucrum captat, *l. verum* 11. 11. §. pen. *l. si minor* 34. ff. b. t. quavis enim verum sit axioma vulgatum, privilegiatum adversus aequae privilegiatum suo non uti privilegio; tamen id ita demum recte admisit, si par utriusque causa sit, qualis par causa non est, ubi unus lucrum captat, alter desiderat indemnitas servari, arg. *l. quod autem* 6. §. similis modo 11. ff. quae in fraud. credit. facta sunt, ut restit. Si vero neuter cum damno adversarii locupletior factus sit, restitutio deneganda foret; qua ratione si minor pecuniam mutuam dederit, eamque perdidit, qui accepit, meliorem Pomponius respondit futuram conditionem ejus, qui accepit, & vel perdidit vel dilapidavit, *d. l. 11. §. pen. d. l. 34. ff. b. t.* Oddus *de restit. qu. 18. art. 4. 5. 6.* Tertius quod attinet possessores rerum illarum, quibus carens minor ex amissione vel omissione, in damno consti-

mitur, vix est, ut adversus eos minori subveniat; nisi tertius ille fraudis particeps fuerit; aut in bona quidem fide ipse positus, sed solvendo non sit is, qui cum minore contraxerat, & a quo possessor hunc rem nactus est; vel denique minoris intersit, rem potius ipsam, quam justum pretium habere. Nec refert tunc, utrum secunda tantum intercesserit possessionis translatio, an vero per plures personas emptio ambulaverit, ut loquitur Ictus *l. in causa* 13. §. ult. *l. 14. 15. l. intra utile* 39. §. ult. ff. b. t. *l. minor* 39. ff. de evictio.

36. Quoties autem restitutionis impetrandae gratia minor praetoris implorat auxilium, ante omnia necesse est vocari omnes illos, quibus aliquid decessurum esset restitutione facta, quorumque adeo interest, eam non indulgeri; non tantum ad id, ut contradicant, si causam habeant, atque ita praesentibus adversariis vel per contumaciam deficientibus perpendantur restitutiones, & uti quaeque res erit, animadvertatur, *l. in causa* 13. in fine pr. *l. etiam* si 29. §. ult. ff. b. t. novell. 119. cap. ad hac quoque 6. sed & ut ipsi vicissim ex suo quoque latere redintegrationem causae postulare queant, sive pretio reddito, sive actionibus restitutis, sive alio quocunque modo: nam & iis, contra quos restitutio impetratur, causam in pristinum statum, quo ad ejus fieri potest, restituendam esse, patet *l. ait praetor* 7. §. sed et si 5. *l. quod si minor* 24. §. sed et si 4. *l. intra utile* 39. §. 1. ff. b. t. *l. unic. C. de repulsi. qua sunt in judic. in integr. restit.* de quibus latius actum sit. *hujus libri num.* 22. de pretiis tamen rerum venditarum ad minores pertinentium reddendis post restitutionem per minores obtentam non eadem semper juris nostri determinatio est. Si enim alius nullo jure rem minoris distraxisset, tanquam suam, nullam a minore restitute faciendam esse pretii redditionem, in anterioribus hoc titulo monitum. Sin eam jure pignoris creditoris vendiderint, pretium in universum restituendum foret, sive locupletior inde minorem esse concipiamus sive non, arg. *l. 1. C. si vendito pign. agatur*, *l. 1. C. si propter publ. penitus. vend. fueris celeb.* nec eum existimo defungi posse hoc casu, si creditoribus exsolvat debitum universum, pro quo consequendo pignus obligatum fuerat ac distractum, quod tamen ei permittit Ant. Matthaeus de aucti. lib. 1. cap. 16. num. 28. Etenim, quod in *l. ult. C. si advers. fuitum*, & *l. si minor* 3. C. de jure fisci, debitor exsoluto debito pignus recuperat, nec totum emptori pretium reddit, id ideo est, quia vel dolus & gratia procuratoris fisci vendentis rem pro debito fiscali, vel dolus emptoris in *d. h.* ponitur intercessisse. Quod si minor ipse fecerit venditionem, restitutus adversus eam non ultra ex pretio sibi soluto reddit emptori, quam quantum locupletior inde factus est, *l. patri* 27. §. si pecuniam 1. vera. praedium quoque, *l. tutor* 47. §. ult. in fine ff. b. t. *l. sine herede* 32. §. in emptio 4. ff. de admin. & peric. tut. Oddus de restit. pars. 1. quart. 47. art. 4. Ant. Matthaeus de aucti. d. lib. 1. c. 16. n. 20. Videturque probandi onus imponendum emptori, ut doceat, an, & quo usque, minor ex pretio numerato locupletior factus sit; tum quia ille quantum ad pretii repetitionem non immerito aetheris partes obtinere dici potest; tum quia ea minorum conditio est, ut non praesumantur bene sua administraturi, pr. *l. art. de curator.* adeoque nec pre-

tium in suos erogasse usus. Vide Pinellum ad *l. 2. C. de rescind. vend. pars. 3. cap. 1. num. 25. & seqq.* Oddus de restitutione. d. quart. 47. art. 5.

37. Ubi autem minor restitutus adversario reddidit, quae ei reddenda esse jam diximus, quaeque prius ipse reddere debet, antequam repetere quocumque possit, arg. *l. adiles etiam* 25. §. ult. ff. de adit. edicto, tum deinceps recuperat, quae ei absunt, rem cum fructibus, si quid de suo alienaverit, *l. quod si minor* 24. §. sed et si 4. *l. patri* 27. §. si pecuniam 1. ff. b. t. aut pretium cum usuris, si sorte adversus emptionem rei damnosam restitutus sit, arg. *l. illud sciendum* 29. §. condemnatio 2. ff. de adit. edicti. nisi talis occurrat facti species, ut commodum fructus rei cum usuris pretii videantur compensandi, *l. minor annis* 40. §. 1. ff. b. t. uti nec usuras solutas recuperat in facti specie, quz est in *l. ult. §. ff. de condic. indobit*, quaeque explicata est sit. *l. de in integr. restit. num. 26.*

38. Est autem aetatis beneficium non ex numero eorum, quae in totum realia, aut in totum personalia sunt, sed mixti magis generis: etenim haeredibus quidem prodesse potest, ac necdum a minore postulatum ad eosdem transmitti, adeoque si major successerit minori defuncto, quadriennium habiturus est a tempore aditae haereditatis vel bonorum possessionis agnitae computandum; succedens vero majori, qui in minorennitate laesus, & major factus intra quadriennium decesserat, non nisi tantum tempus, quantum defuncto reliquum erat. Et vicissim, si minoris in jura minor successerit, ex capite defuncti restitui desideranti quadriennium datum, ex eo dinumerandum, ex quo non defunctus, sed haeres ipse major erit. Sin major haeres sit, cui necdum quadriennium totum restitutioni petendae praefinitum praeterierat, id quod ex quadriennio defuncti reliquum erat, ei currere incipiet ex quo vicissimum & quintum compleverit ipse aetatis annum, *l. minor* 18. §. ult. *l. 19. ff. b. t. l. ea, qua* 3. C. de temp. in integr. restit. Adde Oddum de restit. pars. 1. quart. 50. art. 1. & seqq. Neque hic distinguendum putò inter immixtionem haereditatis a minore factam, & alios actus contractusque a minore gestos, aut etiam aditam extranei haereditatem; quasi in ceteris quidem jus idem restitutionis petendae salvum esset minoris haeredibus, ut ipsi minori; in immixtione vero singulare esset quod minor quidem ipse juvari posset, non item haeres ejus; idque quia jus abstinendi beneficium prorsus personale esset, sola suorum contemplatione a praetore inducitur, nec ulli alteri, adeoque nec haeredi minoris communicandum, uti ratiocinatur Ant. Faber Cod. lib. 2. tit. 25. definit. 3. Labitur namque vir doctus in eo, quod adeo personale credit esse abstinendi beneficium, ut ad haeredes non esset transitorio. Primo enim id redarguitur a Paulo Icto in *l. si quis filium* 7. §. 1. ff. de acquir. vel omitt. hered. ubi filius suus haeres proponitur mortuus, priusquam sciret, se necessarium extitisse patri haeredem, relicto filio haerede sui patris necessario; diciturque permittendum esse nepoti abstinere se avi haereditate, addita ratione, quia & patri ejus idem tribueretur: quem tamen nepotem vitae haereditatis intuitu non suum, sed extraneum fuisse haeredem constat, & omne tum immiscendi jus, tum abstinendi beneficium ex patris

intermedii defuncti capite sortitum esse; quia scilicet ipse nepos filio intermedio hæres fuerat, & quia is id poterat, qui nepos hæres erat. Quæ si ita sint cum necdum suus se immiscuisset, ut nempe hæres ejus se possit abstinere, quia defunctus filius suus potuit, quidni & tunc, cum is se miscuisset, hæres ejus adversus immixtionem a defuncto factam restitutionis auxilio implorato recuperet abstinendi jus, uti ipse suus post immixtionem potuisset, illo beneficio mediante, abstinere? Cui accedit, quod æquiparatur & tanquam iisdem nitens juris regulis proponitur restitutio adversus immixtionem a suo, & aditionem ab extraneo factam, l. necessariis 57. §. 1. ff. de acquir. vel omitt. hered. ut proinde ratio non sit, cur restitutionis petendæ jus minus a suo immiscente, quam extraneo adeunte transmittendum foret. Et licet verum sit, ordinario jure substitutum pupillarem succedentem pupillo, postquam is suo patri suus hæres extitisset, ac se immiscuisset, non posse patris hereditatem separare ab ea, quæ filii impuberis est; quia juncta hereditas esse cepit, l. sed si plures 10. §. filio impuberis 2. & §. 3. ff. de vulg. et pupill. substitut. non tamen ideo exclusæ censi debet separandi potestas, quam ex restitutionis beneficio repræsentans pupillum hæres ejus impetrare posset; uti eam impetrare potuisset pupillus ipse, si immixtionem a se factam deprehendisset sibi damnosam esse. Quod uti jam ante ab Oddo post Bartolum observatum fuit tract. de restitution. part. 2. quest. 82. art. 5. num. 49. ita & satis indigitatur a Papiniano in l. si filius 12. ff. de vulg. et pupill. substitut. ubi fratre (qui una cum fratre suo patri suus hæres extiterat, ac deinde fratre quoque defuncto ex pupillari successerat substitutione, adeoque fratri fuerat hæres extraneus) audiendus dicitur, si patris hereditatem recuset, fraternam vero admittere malit, justiusque prætorem facturum, si fratri reparationem bonorum patris concesserit; scilicet, non jure communi id obtinebat, sed justitia & æquitate prætoris indulgebatur extra ordinem, restitutionis auxilio apud prætorem ex capite fratris impuberis defuncti postulato. Jus tamen singulare circa tempus restitutionis tum ipsis minoribus, tum hæredibus competens, constitutum a Justiniano in non numerata dotis exceptione, idque dotis favore. Vide novell. 100. cap. generaliter 2.

39. Et hæc ita in hæredibus: contra vero fidejussoribus minoris haud prodest restitutio. Si enim, cum scirem minorem esse, & ei contrahenti mecum fidem non haberem, fidejussorem ab eo acceperim, non est æquum, fidejussori in meam necem subveniri; quippe cui potius contra minorem deneganda foret mandati actio ad indemnitatem, l. in causa 13. ff. b. t. l. 1. 2. C. de fidejuss. minor. l. exceptiones 7. in fine ff. de exception. Pinellus ad l. 2. C. de resc. vend. part. 2. cap. 3. num. 43. Hugo Grotius manu dicit, ad jurisprudentiam. Holland. libr. 3. cap. 48. num. 30. 31. Myningerus cent. 4. observ. 18. 19. Oddus de restitut. quest. 48. art. 1. & seqq. Nisi vel concurrente adversarii dolo minores lasi essent, l. 2. Cod. de fidejuss. minor. d. l. exceptiones 7. in fine ff. de exception. vel fidejussoribus pro minore. quidam intercesserint, sed non qua tali, verum ut aliam personam sustinenti. Qua ratione si ~~se~~ minor sine mandato aliena litis defensioni ingessisset, ac satisfecisset, judicatum sol-

vi, non ei tantum, sed & fidejussoribus ejus per integrum restitutionem succurritur, l. minor 51. ff. de procurator. Idemque est, si minor hæres creditoribus hereditariis fidejussores dederit; nam & tunc eo adversus aditionem restituito, succurrendum foret fidejussoribus ab eo datis, si ex hereditario contractu convenirentur, l. si pupillus 89. ff. de acquir. vel omitt. hered. l. si tutor 2. §. 1. ff. de admin. tutor. Et ad hæc, similiaque pertinet, quod ab Ulpiano scriptum fuit, restitutionem minoris interdum solere fidejussori prodesse, l. denique 3. §. sed utrum 4. in med. ff. b. t. An autem etiam prosit fidejussori, si is minori, pro quo intercessit, hæres extiterit, obscurum satis dubiumque reddit Papiniani acutissimi responsum in l. Strichum 95. §. quod vulgo 3. ff. de solutionibus, & affirmationem suadere videbatur ratio a confusione desumpta; quoties enim vel debitor fidejussori suo, vel fidejussor debitori succedit, necesse est fidejussoriam extingui obligationem, cum nemo sui ipsius possit fidejussor esse, & æquius sit accessoriam perimere, quam principalem, utpote validiorem pleniorisque, l. generaliter 5. ff. de fidejussor. l. si duo 95. §. sed & si 2. & 3. ff. de solution. in quo §. 2. pro non confunditur legendum esse, confunditur, deleta particula non, sequenti istius paragraphi verba & leges alia abunde distant. Ubi ergo ablata erat obligatio fidejussoria, atque ita fidejussor non nisi ex capite minoris defuncti obstrictus erat, nihil obstabat, quo minus ipse tanquam hæres minoris secundum jura communia posset ætatis auxilio semet ipsum tueri. Et hæc uti certa nituntur ratione juris, ita quoque æquitati conveniunt, si fidejussor pro minore, non qua tali, & cum respectu ad merendum ætatis auxilium, sed pro eo hæredis forte aut defensoris partes sustinente intercesserit secundum ante tradita: ac de isto casu Papinianum agere in d. l. 95. §. 3. dicendum est, dum concludit, auxilium igitur restitutionis fidejussori, qui adolescenti hæres extitit, intra constitutum tempus saluum erit; agit enim de tali obligatione principali minoris, cui fidejussor accessit sine contemplatione juris prætorii seu (ut paulo ante dixerat) juris honorarii, quod potuit auxilio minori esse. Nec huic refragatur, quod in d. l. fiat mentio propria & personalis defensionis; cum ætatis auxilium etiam illis in casibus, quibus fidejussori prodesse supra declaratum est, personalis ac propria minoris defensio sit; in quantum illud nunquam fidejussor ut talis implorare potest, sed solus minor, licet obtenta per minorem restitutio deinceps etiam quandoque extendat vim suam ad fidejussoriam obligationem enervandam. Quod si pro minore, qua tali, fidejussorem intervenisse ponamus, ut scilicet creditori consultum esset adversus periculum & incertum ætatis ac restitutionis, etiam tunc ex superius allegata ratione subsistere non potest & perdurare obligatio fidejussoria, ne quis sui ipsius fidejussor sit; sed, tanquam debilior, principali cedit obligationi, atque ita perimetur per confusionem, sola remanente principali obligatione minoris, & adversus eam restitutionis implorandæ potestate. Quia tamen juris ratio, quæ causam fidejussionis propter principalem obligationem, quæ major fuit, exclusit, damno non debet officere creditorem, qui sibi diligenter prospexerat in casum, quo restitutio ob minorenitatem imploranda foret, ut ait idem Papi-

nantis in *l. debitor fidejussori 3. ff. de separation.* potentior æquitatis consideratio pati non potest, ut hoc casu maneat penitus extincta fidejussoria obligatio in necem creditoris; ideoque vel ad exemplum illius casus, qui est in *d. l. 3. separationis* petendæ licentia creditori indulgenda foret, non ita quidem, ut bona, sed magis, ut causa defuncti & hæredis separaretur, & eo cuncta habeantur loco, quasi confusio per additionem facta non esset; vel doli aut in factum exceptio aut replicatio creditori danda, adversus fidejussorem ætatis beneficio sese, ut minoris hæredem, tuari cupientem; eo modo, quo illa creditori data adversus reum fidejussori succedentem, si reus ipse personali exceptione, quæ fidejussori non competere, post extinctam confusione fidejussoriam obligationem ex sua obligatione principali conventus, adhuc sese tueri velit. De quo casu tractare legem cum reus *14. ff. de fidejussoribus*, si ibi pro verbis fidejussori competente legatur fidejussori non competente, docet Ant. Fab. *consect. libr. 1. c. 5.* Licet alioquin sine tali emendatione satis justum, sed alium sensum habeat *d. l. 14.* ut constat ex dictis in *tit. de solution. n. 20.* Plura de obligationum confusione nimis sane confuse & turbatis multifariam legum nostrarum verbis obscure tractata, dicere supersedeo, in materia solutionum ac liberationum, ut propria sede, eam latius explanaturus. Interim de emendatione *d. l. 95. §. 3. ff. de solution.* vide Cujacium *libr. 11. observat. cap. 34.* Ant. Fabrum *consect. lib. 8. cap. 4.*

40. Particulares minoris successores quod attinet, puta, legatarios aut donatarios; non est, cur causam eorum separemus a causa hæredum: atque adeo, si minor rem, cujus intuitu captus erat, oppignorando eam vel servitutem ei imponendo, legaverit, donaveritve, recte illi restitutionem petierint, quo res a pignoris nexu aut servitutis onere liberetur. Neque enim adeo personale est hoc minorum beneficium, quin cessione in extraneum transferri possit, *l. quod si minor 24. ff. b. t. l. si minoris 25. ff. de admin. et peric. tut. & vulgo* id obtinet, ut, quæ actiones ex capite defuncti competentes intuitu rei alicujus hæreditariæ transire possunt ad hæredes, eæ quoque ad legatarios transmittantur, quibus res singularis legata fuit, cujus nomine natus defuncto leganti fuerat agendi jus, arg. *l. de servitutibus 2. §. ult. in fine ff. si servit. vind.* Estque hæc sententia probabili minoris legantis aut donantis voluntate subnixæ; cum enim minor liberalitatem voluerit in donatarium ac legatarium conferre, credendum est, illum magis voluisse jus suum plenissimum eis largiri, quam penes tertium, a quo circumventus erat, relinquere lucrum non sine iniquitate quasitum. Nec absonum fuerit, talium rerum legata ac donationes comparare rerum litigiosarum legatis; quibus datis testator legasse censetur eventum litis, adeoque jus omne, quod in illis eum habuisse sententia declarabitur, *aut b. nunc si C. de litigiosis, novell. 112. cap. 1.* Quæ tamen, an ad editores quoque rerum ita ætatis lubrico per minorem oneratarum extendi debeant, merito addubites; quippe quos utique pretium obtulisse præsumendum est, rei sic oneratæ respondens; nisi ut liberam ac omni onere atque servitute solutam minor distraxisse proponatur, ideoque de evictione obstrictus esse. Vide Oddum *de restitut. part. 1. quart. 50. art. 3.*

41. Extraneis aliis ultra hæredes & fideiussores ac particulares successores secundum jam tradita, non prodest ætatis auxilium per caput minoris; adeo ut tunc, cum ex mandato alterius a minore quid gestum est, ex quo mandans lacionem sustinuit, ne restitutio quidem minori concedenda sit; cum eo modo majori potius consuleretur, cujus damno res gesta cessit, *l. cum mandato 23. ff. b. t.* Et si causa minori fuerit cum majore communis, dum forte fratres minores majoresque simul damnosam adiverunt hæreditatem, aut pretio viliori prædii communis fecerunt distractionem, minoribus quidem pro sua parte adversus additionem venditionemque subvenientium foret; reliquis autem ad communicandum restitutionis beneficium patrocinari non posset ætas captorum sua facilitate minorum, *l. unic. C. si in communi ead. causa in integr. restit. postul.* Si tamen prædii communis emtor, restituto minore venditore pro sua parte, a toto contractu discedi velit, quod partem emturus non fuisset, audiendus est; ne alioquin invitus ad communionem adigatur, *l. tutor 47. §. 1. ff. b. t.* Sed & si individuum fuerit negotium minori cum majore commune, necessitas exigit, ut consortis minoris contemplatione indultum ætatis auxilium ipsi quoque prosit majori, arg. *l. si communem 10. ff. quemadmod. servit. amitt.* neque huic obstat *l. per fundum 11. ff. de servitut. præd. rustic.* qua cum aliis multis motus Gomezius, in contrariam ivit sententiam, *variar. resolut. tom. 2. cap. 14. num. 10.* Cum enim in illa lege dicitur illos, qui per fundum sibi cum aliis communem cesserunt servitutem, cum reliqui necdum eandem cessissent, prohibere non posse, ne vicinus utatur cesso jure; non aliud inde inferri potest, quam quod majorennis consors minoris non possit ipse restitutionis auxilium ob consortis minoris ætatem petere, uti hi, qui cesserunt servitutem, impedire nequeunt exercitium ejus ex capite reliquorum, qui necdum cesserant. Sed tamen, uti prohibendi jus habebant illi, qui necdum cesserant, & prohibitione sua etiam ipsis proficiebant cedentibus, perinde ac si & ipsi jure prohibuissent, in quantum prohibitione interposita prædium rotum manebat liberum a servitutis exercitio; ita quoque impetrata per minorem consortem restitutio socio majori profutura est in negotio individuo, perinde ac si & ipse per ætatis beneficium pro sua fuisset parte adutus. Et, ut apertius dicam, solus prohibere potest, qui non cessit servitutem; solus quoque minor petit restitutionem: his non prohibentibus aut restitutionem non petentibus, consortes nec prohibere usum servitutis possunt, nec ætatis auxilium implorare; at iis vetantibus aut restitutionem obtinentibus emolumentum ac commodum ex ea restitutione vel prohibitione sentiunt reliqui individui causæ consortes, qui ex suo capite nec prohibitionem interponere potuissent, nec restitutionem obtinere.

42. Quid vero juris sit, si filiusfamilias minor sive in peculius suis, sive in re patris ætatis infirmitate læsus sit, & quo usque patri ex capite filii minoris opituletur prætor, vide ac confer *l. 3. §. 4. 9. 10. l. 23. l. 27. ff. b. t.*

43. Ceterum multis in casibus denegatur ex hac minorennitatis causa restitutio, puta, si quis juris interpretatione pro majorennis fuerit habitus contra-ctus tempore: dum vel veniam ætatis impetravit, vel

ex hodierno plurium gentium usu per nuptias ad legitimam fingitur pervenisse ætatem, de quibus in *pr. ff. b. t.* vel dolo malo majorem se dixerit apud eum, quocum contrahebat, in bona fide positum ac in facto errantem: generaliter enim errantibus quidem minoribus, at non fallentibus, ac dolosis, jura publica subvenire constitutum est, malitia in mentientibus ætatem supplente, *l. 2. 3. & tot. Cod. si minor se majorem dix.* Christinus volum. 2. *decis.* 131. Andr. Gayl. *lib. 2. observ.* 65. num. 1. Argentæus *ad consuet. Britann. art.* 371. num. 3. alique apud Leeuwen *cons. for. part. 1. lib. 4. cap. 43. n. 7.* vel denique non vana hujus aut illius simplicitate, aut juris ignorantia, sed communi omnium errore, pro majorene habitus fuerit contractus tempore, sic agens publice, sic muneribus fungens, ut majorenes, *l. minor 32. ff. b. t. arg. l. si quis patremfamilias 3. pr. ff. de Senatus. Macedon. l. Barbarius 3. ff. de off. prætorum.* Montanus *de tutelis cap. 33. n. 478. Sande dec.* Frisic. *lib. tit. 9. defin.* 16. Plane, si minor quidem se dolose pro majorene gerat, aut etiam se dicat majorem apud adversarium minorennitatis non ignorare, sed id ipsum callide dissimulantem, adhuc minoris, utcumque dolosi, ratio habenda est; tum quia is, qui cum minore contraxit, sciens minorem esse, non tam ab alio, quam a se ipso decipitur, *arg. l. si quis se 25. junct. l. 26. ff. de rei vind. tum quia dolus cum dolo pensandus est, l. ult. §. pen. ff. de eo, per quem fact. quo min. quis in judic. se intat, arg. l. apud Celsum 4. §. Marcellus 13. ff. de doli mali & met. excepti.* eo vero utrumque pensato, melior esse debet minoris de damno evitanda agentis conditio, quam majoris lucrum captantis, Mynsingerus *com. 4. observ.* 20. Andr. Gayl. *lib. 2. observ.* 65. n. 1. 2. ut tamen scientia probatio minori incumbat, cum dolus non præsumatur, ut *tit. præced. dictum, & affirmans sit, qui ætatis scientiam ait adfuisse, arg. §. non solum 4. Instit. de legatis, junct. l. 2. ff. de probat. nisi adversarius, sit consanguineus minoris, quippe quem ætatis ignarum non fuisse præsumptio est, l. de tutela 7. C. b. t. de integ. restit. minor. Donellus comment. libr. 21. cap. 10. in med. Gayl. *de obs.* 65. n. 4.*

44. Sed & si major quis factus rata habuerit, quæ in minorennitate gesta sunt, non ultra potest ad ætatis auxilium convolare, *l. 1. & 2. C. si major factus ratum habuerit*, sive expressa interposita sit ratihabitio, sive ex rebus ipsis & factis colligatur; veluti si minori quidem pecunia mutua promissa fuerit, sed ei demum post impletam legitimam ætatem numerata, *arg. l. si quis patremfamilias 3. §. ult. l. 4. 5. ff. de Senatus. Maced. vel cœptum cum minore judicium, eodem jam majore facto, per sententiam terminatum sit, l. denique 3. §. si qui 1. ff. b. t. l. 1. C. si advers. rem judic. nisi concurret dolus adversarii callide diem negotii ad finem perducendi, aut contractus in minorennitate cœpti, protelantis, ut in majorennitate demum finis ultimus imponeretur negotio ante inchoato: ac non ex levi suspicionem, sed evidentissimis argumentis hunc dolum ac machinationem fallacem ab adversario structam constet, *d. l. 3. §. 1. in fine ff. b. t.* Quod si negotium in minorennitate non cœptum tantum, sed & perfectum fuerit; deinde vero post impletam ætatem legitimam, quid gestum fuerit in consequentiam contractus aut negotii durante ætate minore perfecti; non id pro*

tacita foret ratihabitione habendum, nec ætatis beneficium videri potest hoc ipso exclusum: veluti si minor condemnatus, satisfaciatur judicatio jam major factus; vel pretium exigat, aut rem tradat ex emptione, permutatione, aliave causa, quæ quam erat firmitatem adepta, durante cura; vel solverit exegisse æs alienum hereditarium, ex vi additionis vel immixtionis per ipsam adhuc minorem facta, *d. l. denique 3. §. scio 2. b. t.* Quæ enim in actus præcedentis consequentiam sunt, pro eo, habenda videntur, ac si ipso actus principalis tempore gesta essent, *arg. l. 1. ff. qui potior in pign. Ant. Faber Cod. l. 1. tit. 30. defin. 1. num. 14. & per tot. Christinus vol. 3. dec. 180. Joh. Papon. lib. 16. tit. 1. arrest. 5. Gothofredus in notis ad d. l. 3. §. 2. ff. b. t. Zypæus notis juris Belgici tit. de restitutionibus vers. majorem.* Respon. Jctor. Holland. *part. 3. vol. 2. consil.* 132. (aliter Costalius ad l. 3. §. 2. ff. b. t. Oddus *de restitution. part. 1. quart. 25. art. 6.*) Nec immerito; cum enim de restitutione postulanda quæstio esse nequeat, nisi cum summo jure validum erat, quod a minore gestum est (adde *sic. de dolo & tit. 1.* ubi de restitutione ex abundantia contra negotia nulla), atque adeo minor jam major factus efficaciter ad negotii in minorennitate perfecti implementum cogi posset, quandiu re ipsa restitutionem non impetraverat; neque tamen protinus ab impleto vicesimo quinto ætatis anno disceptationem super restitutione ordiri obstrictus fuerit, sed integrum ad id quadriennium a lege datum sit; sequebatur, perperam ex implemento contractus deduci ratihabitionis præsumptionem; sed ex adverso longe rectius justiusque conjiendum fuit, illum & judicati & contractus implementum fecisse, uti & æris alieni hereditarii solutionem, ne lite alioquin ab adversario conventus ac procul dubio condemnandus ex hisce causis per restitutionem necdum infirmatis, insuper impendia litis tanquam temerarius litigator oogeretur sustinere: & vicissim quoque æris alieni hereditarii solutionem exegisse, aut aliter negotii alterius perfecti petisse implementum, ne, dum de restitutione petenda deliberat, lapsus interim facultatibus hereditario debitore per neglectam a se jam majore facto exactionem, etiam post restitutionem impetratam hoc ipse ferret detrimentum: neve in damno hareret, si forte postmodum, deliberatione pleniore habita per quadriennium totum a lege datum, consulatum ei non videatur, ætatis auxilium implorare, de quo petendo vel omitendo protinus, ex quo major factus fuerat, necdum certi quicquam secum constituerat, nec statuere nisi intra quadriennium secundum jam dicta tenebatur. Aliter, quam sese res habitura esset, si gestum in minorennitate negotium fuisset ipso jure nullum, veluti si sine decreto alienata ponerentur minoris bona, vel ipse sine curatoris auctoritate contraxisset, & quæ alia plura concipi possunt his similia: tunc enim subsecuta post majorennitatem impletam solutio vel petitio vel acceptatio æstimationis necessariam tacitæ ratihabitionis inducit conjecturam, *ff. illicito 10. ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cura.* Cum enim nemo ex negotio, quod ipso jure nullum est, ad implementum ejus judiciali auctoritate contrungi possit, adeoque nec condemnationem aut penam impendiorum litis jure metuat; videri non potest apud damni avertendi causa fecisse im-

plementum negotii, quod nullum erat: cui proinde consequens fuit, ut ex implemento non alia quam ratihabitionis prasumptio caperetur aut capi posset. Sed & si negotium a minore gestum summo jure substituerit, is autem major factus nihil quidem eorum fecerit, quia ad negotii ante gesti consequentiam ac implementum spectabant, sed ea de novo egerit, quae supponant necessario firmitatem eorum, quae ante legitimam fuerant atatem gesta; dubium esse non potest, quin tacita ratihabitione censeri debeat tunc quoque interposita. Quae ratione si emancipatus a patre silentio praeiteritus non agnovit delatam sibi edicto pratorio contra tabulas bonorum possessionem, vel sine causa filius a parentibus exheredatus querelae renunciaverit, aut extranei casuscumque delatam ex testamento vel ab intestato repudiaverit hereditatem, vel res in alium venditione aliove titulo transulerit; deinceps vero major factus legatum petierit aut acceptaverit ex eo testamento, quo exhereditatio vel praeiterito facta erat; vel rem hereditariam aut a se alienatam emerit conduxeritve ab haerede illo vel emtore, adversus quem potuisset atatis beneficio adjuvari; eo ipso tanquam tacita ante gestorum ratihabitione peremptum censeri debet omne restitutionis petenda jus, *l. si filius 30. ff. b. t. arg. l. si pars judicantium 10. §. 1. l. ult. ff. de inoff. testam. l. post legatum 5. pr. ff. de bis quae ut indigni. Add. tit. de inoff. testam. Radelantius Curia Ultrajecti. dec. 25. Struvius synagm. juris ad Pand. b. t. num. 53. Atque ita explanata putem, quae non satis consideratis juris rationibus confusius passim ab interpretibus de ratihabitione hac tacita tractata occurrunt.*

45. Deneganda insuper ex capite minorennitatis restitutio adversus matrimonium; quippe quod omnis vitae consortium continet, & individuum ex conjugum voto conjunctionem, adeoque favorabilus est, quam ut atatis obtentu resolveretur, §. 1. *Insit. de patr. potest. l. i. ff. de ritu nupt. dationem libertatis; nisi magna ex causa Princeps occurrat, l. si ex causa 9. §. ult. l. 10. ff. b. t. tot. tit. C. si advers. libertas. remissionem neglectaeve poenarum exactionem, aut accusationem non intentatam, l. auxilium 37. pr. & §. 1. ff. b. t. Oddus de restit. part. 1. quest. 4. art. 9. Licet enim verum sit, temporales minori non currere praescriptiones, *l. ult. C. in quib. caus. in integ. restit. necesse non est*; non tamen legis hujus vix extendenda videtur ad praescriptiones illas, quibus poenarum exactio sublata fuit; cum jus novum strictam recipiat interpretationem, ut quam minimum derogetur juri veteri; nihil vero de poenarum praescriptionibus fuerit in *b. l. ult.* innovatum. Sed nec adversus delictum restitutio danda; neque enim crimen, praesertim atrocius, aetate, sed innocentia purgandum est, *l. impunitus 7. C. de panis, l. 1. 2. C. si adversus delictum, usque adeo, ut Tryphonius ait, nulla deprecatio adulteri poena est, si se minorennis adulterum fateatur, aut quid eorum commiserit, quae pro adulterio lex Julia ponit; veluti adulterii damnatam sciens uxorem ducendo; aut in adulterio deprehensam uxorem non dimitrendo, quatuorve de adulterio uxoris faciundo, pretiumve pro comperto stupro accipiendo, aut donum praebeundo ad stuprum adulteriatumve committendum, l. auxilium 37. §. 1. ff. b. t. sed & si factum fecisse dicatur, damnumve in-**

juria dedisse, ei haud subveniendum foret, *l. si ex causa 9. §. nunc videndum 2. ff. b. t.* Quae tamen non impediunt, quo minus interdum miseratione atatis ad mediocre poenam iudices producat, *d. l. 37. §. 1. ff. b. t. de quo latius sit. de panis*, atque etiam facta quadam in minoribus pro delicto non reputantur, ac impunita sint, dum ab aetate lubrico creduntur profecta, quae a majoribus perpetrata & delictum constituerent & poenam mererentur, *d. l. 1. 2. C. si advers. delictum*. Hinc matri minori ignoscitur, si liberis suis impuberibus tutorem non petierit, ne ab eorum successione depellatur *d. l. 2. ac minoribus haeredibus non obesse crimen inultae mortis placuit*; quod tamen majores hereditate delata indignos efficeret ex Senatusc. Silaniano & Claudiano, *l. minoribus 6. C. de bis, quib. ut indignis*. Nec infamia laborant minores, qui in scenam prodierunt quastus gratia, aut a jurata recesserunt transactione, sed soli majores, *l. per. C. ex quib. caus. infam. irrog. l. si quis major 41. C. de transact.* at minoribus tribuitur atatis beneficium, si in duplum adversus eos lis creverit ex damni legis Aquiliae infictione, *l. si ex causa 9. §. nunc 2. ff. b. t.* quod si damnum dederit lege Aquilia coerendum; si quidem dolo, dubium vix esse potest, quin restitutio deneganda sit; cum & in contrahendo dolum committentibus haud fuerit subveniendum *l. si ex causa 9. §. nunc. 2. ff. b. t.* at si levi vel levissima culpa, sine laedendi proposito, lesionem intulerint, parcendum iis est, aut saltem restitutione juvari poterunt, ne poenam pendat: id quod ab Impp. indigitatum puto, dum in *l. 1. C. si adversus delictum* ajunt; *Si tamen delictum non ex animo, sed extra venit, noxia non committitur, etiam si poena causa pecunia damnum irrogetur, & ideo minoribus in hac causa in integram restitutionem auxilium competit*; ubi enim sola culpa damnum datur, non ex animo delictum, sed extra venit; & ob id vulgo pecuniae damnum irrogatur ludenti, idque poena causa. Ut proinde ex ea lege limitationem recipiant, quae generalibus in *d. l. 9. §. 2. de damno injuria dato* fuere dicta, Donnellus *commen. jur. civil. lib. 21. cap. 10. in med. vers. in delictis*.

46. Ad haec non adjuvandi atatis auxilio, qui, cum puberes essent, sed adhuc minorennis, jurejurando promiserunt, se contractum servaturos, nullamque de cetero facturos controversiam; *l. 1. & authent. sacramenta puberum C. si advers. vendit.* Licet enim vulgo jursurandum sequatur naturam actus, cui apponitur, sic ut, actu illo per leges improbat, jursurandum adjectum impedire nequeat rescissionem actus illius, aut majorem ei firmitatem addere; *l. juri gentium 7. §. & generaliter 16. ff. de pactis, l. non dubium 5. C. de legibus*, prout id in jurejurando, negotiis metu vel dolo gestis appposito, demonstratum in *tit. de jurejurando num. 4. 5.* tamen diversa hujus sacramenti puberum causa est. Quod enim retrahendi fuerint contractus jurati metu vel dolo initii, id inde est, quia, qui ex tali negotio, per jursurandum firmato, alium sibi obligatum habere vult, in manifesta turpitudine, actuque penitus illicito versatus fuit, atque ita lucrum cum alieno dispendio ex aqua captaet iniquitate. At qui cum minore bona fide contrahit (nam si dolus intervenisset, restitutioni ex capite doli locus esset) in nulla turpitudine versatur; sed potius secundum legis permissio-

nem cum minore contrahit, nec ex suo scelere lucrari intendit, sed id agere, quod jura sinunt. Ac proinde, si jusrurandum actui tali licito, & ex parte ejus, qui inde alium sibi obligat, nullam turpitudinem habenti, adjectum sit, non adeo irrationabile videri potuit, quod Imperator in *d. l. 1. C. si adversus vendit.* minori restitutionem adversus tales contractus juratos indulgere recusaverit, ne ei perfidia atque perjurii auctor esset. Hæc tamen legis primæ & authenticæ dispositio ad impuberes nequaquam porrigenda, tum quia in *d. a. u. b.* nominatim de sacramentis puberum tractatur: ut a contrario jus aliud in impuberibus statuendum sit: tum quia ratio, cur in *l. 1.* Imperatores restitutionem voluerunt denegatam, ne scilicet minoribus perfidia atque perjurii auctores fierent, cessat in impuberibus; quippe qui, licet maxime sacramentum neglexerint, aut non ex vero juraverint, civiliter tamen non censentur pejorare, quia scientes fallere non videntur, *l. qui jurasse 25. ff. de jurejurando.* Quamvis enim verum sit, pubertati proximos doli capaces esse, ac posse delinquere, sic ut & ex delictis suis coercendi sint, *l. exicipiantur 14. ff. de Senatusconsult. Silaniano & Claud. §. pen. Instit. de oblig. qua ex delicto, l. pupillum 111. ff. de regul. juris, junct. §. item 1. Instit. quib. mod. tutela fin.,* id tamen in iis potissimum obtinet, in quibus nihil ei, qui delicto pupillari læsus est, imputari potest; ut in furto, rapina, injuria, cæde, similibusque contingit. Aliter dicendum, si is, qui a pupillo pubertati proximo læsus est, ipse læsioni causam præbuerit. Qua ratione, ut contractus cum pupillo sine tutoris auctoritate celebrati claudicare dicuntur, nec pupillus inde obligari, sine distinctione, an pubertati proximus & doli capax sit, nec ne; quia sibi quisque imputare debet, quod cum eo contraxerit, quem sciebat, aut scire debebat, per ætatem ad conventiones ineundas inidoneum esse, *pr. Instit. de auctorit., tut. junct. l. qui cum alio 19. ff. de reg. juris;* ita quoque præstitum ab impubere contra veritatem, aut violatum jusrurandum, pro perjurio non habitum sine ætatis distinctione, *d. l. 26. ff. de jurejurando,* cum utique, si quid peccatum sit, magis illud iis imputandum foret, qui jusrurandum impuberi detulerunt, aut ab eo exegerunt, qui ob judicii defectum & ætatis imbecillitatem necdum jusrurandi religione devinciendus erat. Nec male hic illud applicueris, quod alibi de tyronibus in commissis sibi armorum aut reorum custodia delinquentibus traditum detenti rei custodia, eos culpæ reos esse magis, qui eam tyronibus commiserunt, quam ipsos tyrones, *l. ult. ff. de custod. & exhib. reor., l. qui committitur 14. §. 1. ff. de re militari.* Quod autem jusrurandum impuberis, pubertati proximi, obligatorium dicitur, sic ut utilis inde actio in eum danda fuerit, *l. ut jusrurando 7. §. dabitur & in impuberem 5. ff. de operis libert.,* id singulare prorsus est in liberto impubere, operas patrono promittente: uti enim auctore tutore contractus ceteros celebrare impubes potuit, ac ex iis efficaciter obligari, ita & jurejurando sese ad operas patrono obstringere; dum leges veteres jusrurando promissorio non multum alioquin tribuentes, illud tamen de operis inter liberos patronosque interpositum verborum obligationibus voluerunt annumeratum; triplicem constituentes earum speciem, puta, solemnem dotis di-

ctionem, stipulationem, & jusrurandum liberti, quod is patrono aut donum aut munus aut operas se datum jurabat teste Gajo in *Fragmen. Institut. lib. 2. tit. 9. §. 3. 4. 5.*

47. Sed & illud verum est, ita demum sacramenta puberum fuisse inviolabiliter custodienda, ex *d. l. 1. & ant. C. si adversus vendit.* si de cetero omnia rite gesta fuissent ex legum præscripto: sic ut jure summo rata ac firma fuerint, nec alia, quam ex capite læsionis, per ætatem contingentis, restitutio adversus ea fuisset metuenda: cum alioquin non ex dictamine legum per minores contracta, tanquam ipso jure nulla, ne restitutionis quidem auxilio indiguerint. Atque adeo, si alienatio prædiorum pupillarium sine decreto contingerit, rescriptum fuit, supervacuum esse, de vili pretio rei distractæ tractare, cum Senatusconsulti auctoritas retento dominio alienandi vim obstruxerit. Interposito autem decreto, & ita jure perfecta venditione, restitutionem adversus viliori pretio factam distractionem potuisse impetrari, *l. si quidem 11. C. de præd. & aliis reb. minor.* Sed si insuper jusrurandum accessisset, hæc jusrurando vis tributa fuit, ut in universum perimat competentem alioquin restitutionis obtinendæ spem; de qua perimenda frustra sane caveretur in casibus ipso jure nullis, in quibus de restitutione non poterat ulla controversia moveri. Et sane, cum ea, quæ per majorennos quoscunque contra leges gesta sunt, sic ipso jure nulla sint, ut nec jusrurandum illis firmitatem addere queat, *l. non dubium 5. C. de legibus; l. juris gentium 7. §. & generaliter 16. ff. de pactis,* necesse est, ut, absurditatis evitandæ causa, longe magis infirma manere dicamus per minores gesta, utcumque jusrurandi religione firmata; nisi deteriore minorum vellemus esse conditionem in contrahendo, quam majorum, contra manifestum ætatis minoris favorem. Ita cum Bulgáro sentiant, Andreas Gayl *libr. 2. observ. 65. num. 5. & seqq.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprudent. Holland. libr. 1. cap. 8. num. 10, 11.* Donellus *comment. jur. civilis libr. 21. cap. 13.* Zoesius *ad Pand. b. 1. num. 40.* Perecius *tit. Cod. si adversus vendit. num. 1. 2.* dissentientibus cum Martino plerisque antiquioribus, quos longa serie recenset Joh. a Sande *de prohib. alienat., part. 1. cap. 1. num. 94.* Non etiam hoc minorum sacramento exclusæ censi debent remedia cetera, quæ & majorennibus ad damnum depellendum aut consequendam indemnitate comparata sunt; veluti doli, aut metus actio, vel rescissio ob enormem læsionem: ne alias hic quoque minoribus denegetur, quod majorennibus indultum est.

48. Ceterum ita gentium plerarumque communi consuetudine abolita nunc est *d. l. 1. & authentica dispositio*, ut merito quaeri posset, in qua Orbis parte, aut quo in angulo, reservatus etiamquæ sit usus ejus, testantibus illud Hispanis, Italis, Gallis, Belgis, aliisque juris interpretibus. Et hoc quidem justissima ratione; cum experientia docuisset, eodem ætatis lubrico eademque facilitate, quæ ad contrahendum in substantiæ suæ perniciem inducuntur minores, etiam ad contractus suos jurejurando munidos instigari ac permoveri; ac multa minorum patrimonialia fuisse exhausta obtentu sacramenti, quod per insidias artesque non bonas ætati fragili captiosa contrahentium extorserat avaritia, & per fas nefas-

que lucrandi cupido, Joh. a Sande de probib. alienat. part. 1. cap. 1. num. 97. 98. Christinaus vel. 5. dect. 215. num. 20. & seq. Pinellus ad h. C. de rescind. vend. part. 3. cap. 1. num. 11. Argentraus ad contrus. Britann. art. 471. num. 1. 2. Gudelinus de jure noviss. lib. 3. cap. 24. vers. non immorabor, seu num. 13. Henr. Kinschot responsio 102. num. 18. in editione ann. 1653. Franciscus Kinschot responsio. 16. num. 18. Bugnion de legib. abrogat. libr. 1. sacyr. 119. Perezius ad h. Cod. si adversi. vendit. num. ult. alique, quos refert Groenewegen ad d. h. si adversi. vendit. & Christinaus ad Bugnion d. loco. Ideoque, si quid tale contigerit, necesse est, minorem, antequam judicio de restitutione experiri possit, supplicare Principi, ut jurisjurandi gratiam faciat; qui tunc id iudici, cui ejus rei notio est, cum principalis causa cognitione, si juris ratio postulet, facere permittit, Neostadius Caria supr. dect. 80. Cancernus variar. resolut. part. 2. cap. 1. num. 265. 266. 267.

49. Non etiam restitutioni locus est, si minor lasus sit, dum jure communi utitur; neque enim captus videri potest aut circumventus, qui, & si major esset, idem fuisset damnus passurus, l. fin. C. b. t. de integ. restit. minor. l. nibil consensui 116. §. non capitur 1. ff. de regul. juris, veluti si contractum damnosum celebraverit parens minoris, aliusve major cui minor successit; cum factum defuncti prestare cogatur etatis cujusunque hares, ac censetur jure majoris defuncti, arg. l. pen. C. de restitut. militum, l. si intra 2. l. ea, que 5. §. 1. C. de tempor. in integ. rest. Ant. Matthæus de auctio. libr. 2. cap. 11. n. 11. Brunneanus ad l. Aemilius 33. ff. b. t. num. 4. Idemque est, si fato quodam in damno hæreat, mortuo forte servo, quem sibi tanquam necessariam comparaverat, vel consumtis incendio terræve motu ædibus hæreditariis, fundis chasmate subsidentibus, animalibus aut servis hæreditariis mortalitate vel fuga subductis, atque ita damnosa effecta hæreditate, quam minor hinc superstitibus adierat ut vere lacrosam, non enim eventus solas damni, quod patrifamilias cuius, quantumvis diligenti, contingere potuit, sed inconsulta demum facilitas, restitutionem indulget, l. verum 11. §. item non 4. 5. l. non omnia 44. ff. b. t. Nisi tamen in eo se minor lapsum causetur, quod adiit hæreditatem, in qua res erant multæ mortales, vel prædia urbana, æs autem alienum grave; nec prospexit, evenire posse, ut demoriantur mancipia, prædia ruant; vel non cito distraxerit hæc, quæ multis casibus obnoxia d. l. sunt, verum 11. §. si locupletis 5. ff. b. t.

50. Quod si quis, dum in arte versatur, quam proficitur, lasus sit, nec tunc indulgenda restitutio videtur; cum audiendus non sit, qui propriam allegat turpitudinem, arg. l. transactione 40. C. de transactione; l. cum proficaris 4. C. de revoc. donat. l. mercatorem 5. C. de condit. ob turp. causam, Aug. Barbosa axiomat. 221. verbo turpitudine n. 1. ibique DD. citari; in qua hæret præcul dubio, qui palam artem professus, sese nunc eam non callere causetur. Adeoque, licet Jurisconsulto minori in facto erranti restitutionis auxilium non videatur denegandum; cum & ipsis majoribus non raro in hisce subveniatur, dum ea, quæ facti sunt, veluti pretia & similia etiam prudentissimos fallere possunt, arg. l. 1. C. qui & adversus quor., l. in omni 3. ff. de juris & facti ignor. ta-

men, si in jure errans, læsionem subierit, ad ætatis auxilium non facile admittendus est; cum professio juris peritæ discrepet prorsus, imo contraria sit fundamento restitutionis ob errorem juris implorandæ, arg. l. professio 6. C. de muner. 1. patrim. ac turpe sit patritio & nobili & causas erant jus in quo veritatur ignorare, ut Servio Mucius l. 2. §. erroris 43. ff. de orig. juris, arg. l. regula 9. §. sed juris 3. & §. si quis jus 5. ff. de juris & facti ignor. Prudentia scilicet in factis est, ac cum annis crescit, neque hanc Jurisconsultus proficitur; sed solam scientiam, cujus oppositum turpe in eo est, error juris. Nec dubium, quin plures subinde invenias, consiliis habitos auctores haud subtiles, qui interim nihil minus, quam ex consilio se regunt, suamque trahant rem familiarem, ac suo nimirum confirmant exemplo, non semper bonos esse æconomos, qui optime docti. Fac ergo, minorem Jurisconsultum acceptos mutuo nummos in luxum perdidisse, restituendus erit; cum non a iuris imperitia isthæc obligatio processerit, sed magis ab imprudentia & inconsulta facilitate. Concipe ex opposito, eum legata solventem, aut hæreditatem restituentem, Falcidia detractionem aut Trebellanicæ prætermisisse, dum sibi jus quartæ retinendæ ignorabat datum; vix est, ut restitutione juretur ad recuperandam solorum partem, sola hic juris imperitia damno causam dante, d. l. 9. §. 5. nec ab hac determinatione alieni sunt, si rationes eorum consideres, licet dissentire velle videantur, Fachineus contrav. libr. 3. cap. 5. Besoldus de libat. juris ad Pand. b. tit. quart. 16. Oddus de restitutione. part. 1. qu. 23. art. 7. Zoësius ad Pand. b. t. n. 21. Perezius ad l. C. qui & adversus quor.

51. Quæ autem de Jurisconsulto minore in jura errante, ac ob id non restituendo, dicta, ad mercatores quoque & artifices producenda sunt, si in artis suæ aut mercaturæ exercitio per artis negotiationisve ignorantiam damnosus cum aliis celebrarint conventiones; si modo palam mercatorum numero eos associatos constat, dum vel tabernam exercendo merces emunt ac vendunt minutim, vel liberaliorem sine taberna instituunt negotiationem. Etenim hic quoque dubium esse non potest, quin desiderium restitutionis, habens pro fundamento negotiorum imperitiam, pugnet cum publica negotiationis professione, arg. d. l. Zoësius ad Pand. b. t. num. 22. Leewen cons. forens. part. 1. libr. 4. cap. 43. num. 5. 6. Brodeau sur Lout, iii. F. cap. 11. colum. 3. pag. mibi 422. (in editione ann. 1625. colum. 2. pag. 259. circa fin.) Ut tamen ex eo, quod quis subinde lucræ & pecuniæ collocanda gratia merces quasdam minoris emptas iterum distraxit, non satis recte eum protinus & mercatorem dixeris & negotiationem professum; unde nec tali restitutio deneganda foret, si se non modice lubrico ætatis doceret captum. Neque quicquam hac in parte mutat concurrens cum ætate sexus muliebris fragilitas, sed in feminis ante ætatem perfectam publicis negotiatricibus idem potius, quod in masculis statuendum est, sive inuptæ sint, sive viro junctæ; præsertim, cum maritata palam negotiantes non tam ex sua considerentur persona, quam potius ex capite mariti sui, cujus ex jussu seu propositione dum mercaturam exercere censentur, velut institricæ ejus, eum ex moribus hodiernis tanquam proponentem creduntur obli-

gare; quibus ita consideratis, restitutio non tam mulieri minori, quam potius viro per atatem aut nuptias majori, videretur dari, Brodeau sur *Louet d. lit. F. cap. 11. Rodenburch de jure conjugum tit. 3. cap. 1. num. 18. & 20. pag. 338. & seq. & pag. 342.*

52. Non denique ad restitutionem minori recurrendum est, sive jus Romanum spectes, sive mores hodiernos, si ipso jure tutus sit; supervacuo quippe tunc apparente prætorio ac extraordinario remedio, ubi minor communi auxilio & mero jure munitus est, *l. in causa 16. & §. 1. ff. b. s. Hugo Grotius manu duct. ad jurispr. Holland. libro 3. capite 48. num. 20. & 21. Responsa Juriscons. Holl. part. 1. consil. 255. Groenewegen ad lit. C. in quib. caus. in integr. restit. necesse non est, Leeuwen cens. for. part. 1. lib. 4. cap. 43. num. 2. Adde d. lib. tit. 1. n. 13. valuti, si prædia minoris sine decreto distracta, vel donata sint, aut qualibet ratione alienata, l. non est 2. l. non solum 4. l. prædia rustica 8. l. si quidem 11. C. de præd. & al. reb. minor. l. 2. C. si advers. donation. aut pupillus contraxerit sine tutoris auctoritate, l. in causa 16. ff. b. s. vel minor curatorem habens sine ejus consensu mutuum acceperit, nec locupletior inde factus sit; aut talem iniverit. conventionem, ad quam sequi debet bonorum alienatio; cum non absimilis habeatur ei, cui curatore dato, bonis interdictum est, l. si curatorem 3. C. de in integr. restit. minor., cui cum contradicere videretur Modestinus in l. puberes 101. ff. de verb. obligat. definiens, puberes sine curatoribus suis posse ex stipulatu obligari, placuit nonnullis, interque eos Simoni van Leeuwen in additamentis ad notas Gothofredi ad d. l. 101. pro obligari restituendum esse obligare, id est, alios sibi obligatos reddere. Neque adeo improbabilis videri posset hæc minima unius literæ emendatio, nisi Modestinus, ea admissa, ineptus prorsus esset. Cui enim, quæso, dubium unquam fuit, minores alium sibi posse sine curatore devincire, cum id & impuberes sine tutore potuerint, licet necdum doli capaces, necdum proximi pubertati, sed tantum infantæ metas egressi? pr. Instit. de auctor. tutor. l. obligari 9. ff. eod. tit. l. pupillus 11. ff. de acquir. rer. domin. quorsum mentio nominatim puberum, si in impuberibus jus idem sit? Quin potius id Modestinum egisse reor, in d. l. 101. servata ejus vulgata lectione, ut significaret, puberibus a jure quædam permissa fuisse, quæ impuberibus denegata, nunquam scilicet impuberes sine tutoribus suis ex stipulatu obligandos fuisse; puberes contra sine curatoribus suis potuisse ex stipulatu obligari, non quod semper & omni in casu sine curatoribus obligarentur, sed quod aliquando casus dentur, quibus obligari possint, puta si obligatio ex stipulatu non trahat post se rei familiaris diminutionem ad sui implementum, sed sola personalis facti præstatione contenta sit; quod in sponsalibus nuptisque apparet; dum ad officium curatoris non pertinet, pupilla nubat, an non; quia officium ejus in administratione negotiorum constat, l. sciendum 20. ff. de ritu nupt. junct. l. sponsalia 2. ff. de sponsalibus l. in copulandis 8. C. de nuptiis, quæ aliter in tutore servabantur, qui principaliter personæ datus, sponsalibus quoque pupillorum suorum debebat intervenire, arg. l. si puella 6. ff. de sponsalibus.*

53. Quod is ipso quidem jure tutus minor non sit,

sed aliz ei actiones competant ad indemnitatem, arbitrio ejus videtur fuisse relictum, an ordinariis uti vellet actionibus, an ex causa ætatis extra ordinem prætoris auxilium implorare; quoties vel pinguius aut commodius apparebat restitutionis remedium, quam actio jure communi data; vel cum utilius non esset, adversus eandem personam de restitutione controversia & ordinaria actio movenda erat; secus, si contra personas diversas. Qua ratione, si minor ex mandato, quod ipse interposuerat aut susceperat, damnum senserit adversus tertium, quocumque ipse ex mandato contraxit, vel cum quo ex mandato ipsius a procuratore contractum est, non aliter restituendus fuit, quam si directa vel contraria mandati actione non potuerit indemnitas esse, l. cum mandatu 23. ff. b. s. Contra vero, si a minore cautio fuerit indebite interposita, adversus eum, cui cavit, vel indebiti conditione experiri potest, vel imperato restitutionis auxilio juvari, l. in causa 16. §. Pomponius 2. ff. b. s. Idemque est, si legatum ab eo indebite solutum sit, arg. l. 2. C. si advers. solution. junct. l. 1. §. 1. & l. segg. ff. de condit. indob. Sed &, si tutoris vel curatoris intervenerit auctoritas, non impeditur minor restitutionem postulare, licet ei tutelæ actio supersit, necdum conventis & excussis illis, qui ei damno in negotio auctores fuerant; eo quod vel expedire potest minori rem potius ipsam recuperare, quam a tutoribus consequi indemnitatem; vel satius ei est, uno restitutionis judicio ad indemnitatem contendere, quam longis litium multiplicatarum adversus tutores singulos, eorumque fidejussores, ac tandem magistratus, movendarum ambagibus, vix tandem id impetrare, ut extra damnum sit, tot. tit. Cad. si tutor vel curator intervenierit, l. ult. C. si advers. rem judicat. l. tutor. 47. l. si res 49. ff. b. s. Carpzovius defin. forens. part. 2. constit. 11. defin. 34. Ant. Faber Cod. libr. 5. tit. 39. defin. 2. in notis num. 6. Nec repugnat hisce l. properandam 13. §. ult. C. de judiciis, ubi restitutionis auxilium minoribus in id tantum superesse dicitur, quod ex tutorum aut curatorum substantia consequi ad sui indemnitatem haud poterunt. Etenim exceptio hæc est a regula, favore litium sopitarum, ne facile per restitutionem suscitentur, triennii lapsu preceptæ. Sed & secundo, totam istam præscriptionem adversus minores lege posteriore abrogatam fuisse, jam supra ostensum est. Minus adversatur l. in causa 16. pr. ff. b. s. licet enim in causa cognitione hoc quoque versari debere dicatur, num forte actio possit competere citra in integrum restitutionem; non tamen hanc ejus legis mentem esse, quod protinus tunc restitutio deneganda foret, colligi abunde potest ex ejusdem legis §. 2. in quo conditionis & restitutionis concursus est. Neque novum in jure, ut in causæ cognitione examinandum dicatur aliquid, veluti an adoptare volens alios liberos habeat, an sexagenario major sit, licet non ideo cuivis liberos habenti, aut minori annis sexaginta, denegetur adoptandi licentia, si justa causa subsit, l. si paterfam. 15. §. pen. l. nec ei 17. §. præterea 3. ff. pr. §. 3. & seqq. Instit. de adoption. atque ita etiam in nostro casu restitutio exclusæ videri non debuit, si juxta subeset causa, dum vel pinguior est, vel ordinariam & hoc extraordinarium juris remedium adversus eundem datur, ut ante dictum.

54. Non tamen in venditionibus rerum suarum læso minori deneganda restitutio ob id, quod adversarius ejus iniquitatem pretii emendare, & id quod justè deerat æstimationi, supplere paratus sit, uti id in remedio *l. rem majoris* 2. *C. de rescind. venditione* servatur; sed potius omnimodo, non obstante tali oblatione, rescissio contractus, ac rei cum fructibus restitutio, per judicem in integrum restituentem decernenda est: Ita enim passim rei venditæ redditionem læsione probata, leges præcipiunt, *l. si quidem* 11. *C. de præd. & aliis reb. minor. l. quod si minor* 24. *§. sed & si* 4. *l. patri* 27. *§. si pecuniam* 1. *vers. item ex diverso ff. b. t.* Nec videri potest tantum minori restitutum esse quantum læsio abstulit, cum solum pretii supplementum ei præstatur: plus namque est rem cum fructibus recuperare, quam simpliciter æstimationis justæ suppleri defectum. Præterquam quod & sæpe pluris interesse potest, variis ex causis, rem potius ipsam habere, quam pretium rei: Si tamen in nullo alio minor læsus sit, dum in eo quod villiori pretio res ejus distracta sit, dum de cetero non docet, sua interesse, ipsam ut rem habeat, non iniquum fuerit, audiri emptorem, pretii supplementum una cum mediis temporis u. r. minori offerentem: sic enim inficias iri non poterit, quin restitutum tantum minori præstet, quantum læsio abstulit, in sola consistens pretii vilitate, arg. *l. si res* 12. *§. si mulier* 1. *ff. de jure dot.* Atque ita forte in concordiam redigendi, qui hæc in controversia se mutuo discedunt interpretes, Pinellus *ad l. 2. C. de rescind. vendit. part. 3. cap. 1. num. 21.* Fachinus *controvers. libr. 2. cap. 89.* cum Oddo, aliisque ab eo allegatis, *de restitution. part. 2. quest. 57. art. 4.*

55. Quæ de minoribus huc usque tradita, ea quin ad prodigos, furiosos, aliosque similes ob corporis animæ vitium curatoris ope juvandos, etiam producenda sint, haud videtur dubitandum, arg. *l. qui nequit* 1. *§. sed si* 1. *l. si prædici* 11. *ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cur. sunt, l. curatorem* 3. *C. b. t. de in integr. restit. minor. l. & mulieri* 15. *§. 1. ff. de curat. furios. l. aabimusque* 19. *§. 1. & ll. seqq. ff. de reb. auct. jud. possid.* Et quamvis non omni ex parte minor, ecclesiæ, pauperes, fiscus, respublica, civitas eodem jure gaudeant; neque a minore ad ecclesiam aut fiscum, vel vice versa, procedat argumentum, ut suis locis monstrabitur, ac colligi potest ex iis, quæ habet Ant. Matthæus *de auct. libr. 1. cap. 3. num. 5. in fine, & in paræmis Be'g. Jurisc. paræm. 9. num. 23. 24.* Everhardus *in topicis, loc. 74. a minoribus ad ecclesiæ num. 12.* in materia tamen restitutionis fiscus, ecclesiæ, civitas, &c. a minoribus haud videntur separandi; sic ut, ex quibus causis, & contra quæ negotia restituntur minores, ex iisdem etiam restitui possit fiscus, ecclesiæ, pauperes, civitates. Militat namque in his omnibus generalis ratio, quod horum omnium res, æque ac minorum, per alios administrari debeant, atque adeo æque ignorare possint, quid per ipsorum administratores geratur, nec æquum sit imprudentiam eorum nocere his, qui, cum propriæ personæ non sint, sua nequeunt administrare. De civitatibus utique ac rebus publicis, tanquam pupillis, extra ordinem juvandis, recepta extant, *l. respublica* 4. *C. quib. ex causis majores, l. respublicam* 3. *C. de jure republ. l. illud sciendum* 9. *ff. de appellat. & relat.* Nec ratio est, cur non in fisco idem ser-

vetur, licet leges id ipsum speciatim haud dicant; cum constet, in aliis juris partibus non modo æqualia esse minorum ac fisci privilegia, sed & quandoque majora fisci, quam minorum. Pari certe jure gaudent, quod ipsis fiat mora ex re, *l. cum quidem* 17. *§. fiscus* 5. *ff. de usuris, l. in minorum* 3. *C. in quib. caus. in integr. rest. necess. non est;* & legalis hypotheca in bonis administratorum data sit *l. pro officio* 20. *C. de admin. tut. l. 1. C. de jure fisci l. 1. C. de privil. fisci.* Majora fisci jura sunt, quod legalem habeat hypothecam in bonis eorum, quibuscum contraxit, *l. certum est* 2. *in quib. caus. pign. vel hypoth. tac. contrab. l. quamvis* 2. *C. de privileg. fisci, l. auferatur* 45. *§. fiscus* 3. *ff. de jure fisci;* & toto triennio petere ante tempora Justiniani potuerit restitutionem adversus sententias contra se latas; cum minoribus tantum daretur annus, *l. unic. C. de sentent. advers. fisci. latis retract.* ad hæc in concursu præferatur minori, pro tributis aut militari annona ex causa primipilari agens, ut dicitur *tit. qui pot. in pign. ac denique rescindatur venditio, si fundus tributii nomine distractus sit viliori pretio, quam erat debitum tributorum, & debitor aut alius integri tributii offerat solutionem, l. fundus* 9. *ff. rescind. vendit. l. si minor* 3. *C. de jure fisci.* Sed & de ecclesiis piisque causis idem merito dixeris, cum civitatibus comparatæ inveniantur in *l. ut inter* 23. *C. de sacros. ecclesi. & economi, orphanotrophii præpositi, similesque, dicantur quasi tutores & curatores; ut proinde etiam orphanotrophia ac ecclesiæ jure minorum gaudere, recte concludatur, arg. l. orphanotrophos* 3a. *C. de episc. & cler. quæ sententia etiam evidenter jure canonico firmata est, dum cautum, ecclesiam semper jure minorum debere illasam servari, cap. r. extra, de in integr. restit. cap. 1. 2. eod. tit. in 6.* Nec in contrarium facit, quod privilegia sine lege haud extendenda sint, cum restitutio non sit privilegiis propriè dictis annumeranda. Uti nec, quod ad civitates, & fiscum pertinere dicatur edictum de majoribus; & generalis clausula edicti prætorii de restitutionibus, *l. ergo* 22. *§. ult. l. inter eos* 23. *princ. ff. ex quib. caus. majores.* Sciendum enim, non protinus illis, quibus accommodatum edictum de majoribus, propterea denegatum esse atatis beneficium; cum & infantibus ac furiosis prosit, *d. l. 22. §. ult. quibus tamen & ex capite minorennitatis succurri manifestum est. Ne dicam in d. l. 33. non tam de fisco restituendo tractari, quam potius de fisci patrono, quæ fisci dum curat utilitatem, respublicæ causa abesse non videtur, sed tamen ex generali clausula edicti juvari potest, Vide Ant. Matthæum de auct. l. 1. cap. 16. num. 29. 30. Oddum de restitutionibus part. 1. quest. 3. art. 1. 2. 3. 4. & seqq. usque ad finem, & quest. 18. art. 9. Peregrinum de jure fisci lib. 6. tit. 2. num. 7. & seqq. usque ad fin.*

TITULUS V.

De Capitis Diminutione.

SUMMARI A.

1. Quotuplex sit capitis diminutio, & qualis hoc titulo consideretur?
2. Minima capitis diminutione pereunt regulariter non actiones tantum & jura, quæ contra minutum

capite aliis competierunt, sed & qua ipse capite minutus antea habuerat; exceptiones tamen recensentur.

3. An per prætorem tantum restituta fuerint actiones, quæ contra capite minutum competierunt, an vero etiam, quæ ipsi capite minuto? plenius explicatur.

1. Quamvis capitis diminutio, quæ est prioris status mutatio, triplex sit, maxima scilicet, qua libertas; media, qua civitas tollitur; & minima, qua tantum familia mutatur, l. ult. ff. b. t. tot. tit. Instit. de cap. diminut. non tamen alia consideratur in materia restitutionis, quam minima. Si enim maximam aut mediam quis passus fuisset capitis diminutionem, & ita civis esse desiisset, ita actiones ei & in eum competentes, ipsius intuitu perimebantur, ut nec ex restitutione possent reviviscere; cum neque ulla æquitatis ratio suaserit, neque adeo potens fuerit iurisdicção prætoris, ut per eam servus, aut civitate exutus, ac amissis bonis nudus exulans, vel ad agendum adversus alios admitteretur, vel actione civili posset conveniri: sed potius in fisco dominumve, ad quem servi vel deportati bona devoluta, iudicium dandum fuerit, ac vicissim Fiscus dominusve habuerint jus movendi actionem, quæ deportato servove fuerat ante capitis diminutionem quæsitæ, l. pertinet 2. tutelæ 7. §. pen. & ult. ff. b. t. arg. l. non possunt 11. ff. de jure fisci.

2. Per minimam autem capitis diminutionem quin etiam jura pleraque & actiones peremptæ fuerint, dubitare non oportet, sive ipsi competissent capite minuto, sive in eum fuissent natæ, antequam subisset familie mutationem: eo quod eadem ratio in utrisque apparet, dum ita capite minutus in imaginariam servilem causam deductus censetur, l. liberis 3. §. 1. ff. b. t. atque ita non idem, sed alius homo effectus, arg. l. qui res suas 98. §. aream 9. in med. ff. de solutionum. Quod & liquido satis evincunt exceptiones, quæ majore numero de juribus ipsi capite minuto competentibus, quam de actionibus in eum dandis, in hoc nostro titulo conceptæ ac propositæ inveniuntur: cum enim una tantum occurreret exceptio in actionibus ex delicto natis, quod illæ caput sequerentur, ac nemo delictis exueretur, quamvis capite minutus, l. pertinet 2. §. nemo 3. l. tutelæ 7. §. injuriarum 1. ff. b. t. (quo & facit argumentum ex l. servi 14. ff. de oblig. & act.) plures ex adverso traduntur de juribus ei quæsitis; veluti primo, quod publica jura per eam capitis diminutionem, quæ salva civitate sit, non intervertantur, neque finiantur officia magistratum, tutorum, iudicum, & aliorum similium, l. amissionis 5. §. ult. l. 6. ff. b. t. l. 11. ff. de iur. & ration. distrah. solis exceptis tutelæ, quæ jure agnationis deferuntur, seu, quæ in jure alieno personis positæ (id est, filiisfamilias) non deferuntur; ita enim cum Halaandro legendum suadet imperitus alioquin legis sensus. Secundo, quod non pereant ipsi capite minuti obligationes illæ, quæ naturalem præstationem habere intelliguntur, quia civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest. Quæ ratione si legatum in annos singulos vel menses singulos relictum sit (quod plerumque in dubio alimentorum loco censetur datum, ut dicitur tit. de annuis legatis,) vel si cui habitatio legetur, (quæ alimen-

torum pars est, l. legatis alimentis 6. ff. de aliment. vel cibari. legatis,) capitis diminutione interveniente perseverat; quia tale legatum in facto potius, quam in jure consistit, l. legatum 10. ff. b. t. in singulos 8. ff. de annuis legatis, id est, naturalem præstationem habet, neque tam juris capacitas in eo spectatur, quam facti seu præstationis naturalis suscipiendæ habilitas; quo fit, ut talia legata etiam illis recte relinquantur, qui deportati, vel servi penæ sunt, atque ita juris civilis communionem non habent, l. si in metallum 3. ff. de his, quæ pro non scriptis, l. si, cui 11. ff. de aliment. vel cibari. legatis. Idemque jus est in societate, quæ & post minimam capitis diminutionem manet; quia jus quoddam fraternitatis est, & naturalem industriæ præstationem involvit, l. si id, quod 53. §. pen. l. actione 65. §. societas 11. ff. pro socio. In actione quoque de dote similiter obtinuit ut illa duret etiam post capitis diminutionem, adeoque emancipata recte agat ad dotem sibi, adhuc in sacris paternis constitutæ, promissam, l. eas obligationes 8. l. 9. ff. b. t. junct. l. si pater 44. ff. de jure dot. idque, quia hæc actio de dote in bonum & æquum concepta est, ut Cælius scribit d. l. 8. quo non id vult, quod actio hæc bonæ fidei sit; ita enim omnis actio bonæ fidei deberet perdurare post capitis diminutionem, quod falsum est: sed potius, quod dotis dandæ obligatio, etiam semota omni promissione, ex naturali æquitate descendat; aut saltem æquitatem & pietatem adjunctam habeat; adeo ut & pater ad filiam dotandam cogi possit, velut ad debitum quoddam naturale, l. Capite 19. ff. de ritu nupt. ac voto patris pudicitiaque filiz congruere dicatur, cum filia ex patris bonis fideicommisso obnoxii dotem constituit, l. mulier 22. §. pen. ff. ad Senatus. Trebell. femina quoque, pro dotis promissione intercedens, Vellejani exceptione nequeat dantis solutionem evitare; ne civilis ratio naturali videretur jura corrumpere, l. ult. C. ac Senatus. Vellejan. ac denique a Juliano traditum fuerit, mulierem, si in ea opinione sit, ut credat se pro dote obligatam, quicquid dotis nomine dederit, non repetere: sublata enim falsa opinione, relinqui pietatis causam, ex qua solum repeti non potest, l. cum is 32. §. mulier 2. ff. de condit. indeb.

3. Quæ cum ita sint, illud quidem inter omnes constat, prætoris restitutione reintegrari actiones adversus eum, contra quem per minimam fuerant capitis diminutionem extinctæ, perinde ac si nulla status mutatio intervenisset; excepto casu, quo creditor ipse suum adrogavit debitorem, l. pertinet 4. §. 1. 2. 4. ff. b. t. Sed an vicissim ipsis quoque minutis sua restituantur actiones summo jure extinctæ, non satis expeditum est. Negat it Cujacius in notis ad Paulum recept. sent. lib. 1. tit. 7. §. 2. Ant. Faber in rationalib. ad l. 8. ff. b. t. contendens, perimī quidem capitis diminutione minima actiones, & quæ in capite minutum dabantur, & quæ ei adversus alias competeabant: sed priores in eum restitui ex hoc capite; posteriores, quæ ipsi fuerant ante status mutationem quæsitæ, non item; quia (inquit) omni casu is, qui capite minutus est, eas suo amisit proprio facto, ideoque restitutionem earum non meretur: uti illæ ei, qui suum adrogavit debitorem, denegatur d. l. 2. §. 4. ff. b. t. sed plenius consideranti universa, statuendum videtur, difficilior, quidem ra-

risque contigisse, ut minima capitis diminutione extinguerentur actiones, quæ capite minuto fuerant ante status mutationem acquisitæ: dum adrogatione in alienam transiens familiam omnia fere jura, actiones omnes, ipso adrogationis jure transferebat in patrem adrogaorem; unde & adrogatio universalibus accessita fuit domini acquirendi modis, *tot. tit. Inst. de acquir. per adrogat. l. si paterfamilias 15. ff. de adopt. or. emancipatione vero sui juris factus non multas actiones sibi antea acquisiverat, sed patri potius, cujus suberat potestati; quæ proinde etiam apud patrem firma manebant ac illibata post emancipationem, l. ult. C. de usufructu: interim tamen veteri jure varia, quæ capite minuto competierant, per minimam capitis diminutionem fuisse extincta, quia ad patrem adrogaorem nequibant transire; veluti jus usufructus aut usus, aliaque personalia sic ossibus personæ inhzrentia, ut de persona in personam non possent transferri, teste Imperatore in §. 1. *Instit. d. tit. de acquir. pro adrogat. & Paulo recept. sent. lib. 3. tit. 6. §. 29.* (licet jure novo cautum fuerit, ne minima capitis diminutione usufructus periret, *d. §. 1. r. ult. C. de usufr.*). In his igitur quæcumque illa fuerint, minima capitis diminutione peremptis non potuit non manifestissima apparere æquitatis ratio, quæ prætorem debuit ad restitutionem actionis aut juris hoc quoque in casu movere: præsertim, cum & ipsos testatores quandoque in casum capitis diminutionis præcavisse, Cælius auctor sit, testamenti formulam talem exhibens: *Titio usufructum fundi lego, quotiensque capite minus erit, eundem usufructum ei do, l. in singulos 8. ff. de annuis legatis. Adde l. si cui 3. ff. quib. mod. usufr. vel usus amitt. l. licet 25. ff. de usu & usufr. leg.* Esto enim, quod hic concurrat factum ejus, qui capite minutus est, in quantum in ipsam consentit familie mutationem; quæ tamen, obsecro, non animadvertit, durum nimis ac crudele futurum, si actiones, quæ non tam ex voluntate ejus, qui minimam subicit capitis diminutionem, quam potius ex juris scrupulositate nimique subtilitate extinctæ sunt, sine spe restitutionis manerent peremptæ; atque adeo commoda, quibus plectus in capitis diminutionem minimam consentiendum credidit, tam gravi actionum in iactura pensarentur & redderentur luctuosa, uti in simili ratiocinatur Imp. in §. hoc quoque *Instit. per quas person. cuique acquiritur.* Sed & quid, quæso, concipi potest ineptius, quam hoc, quod minima capitis diminutione creditoris interveniente, debitores ejus sine ullo suo facto ab omni efficaci obligationis vinculo & exactione manissent liberati, atque ita prætor denegando restitutionem favisset liberationi, & liberalitati, quæ non ab ullius munificentia vel beneficii conferendi voluntate, sed tantum ex summo jure, id est, nimia ac misera subtilitate, ad meram iniquitatem & injustitiam ducente, causam habet? Aliam sane prætori stetisse sententiam, vel inde collegeris; quod, licet minima capitis diminutione perierit etiam agnatio, simulque successiones ab intestato, & alia iustitias jura, *d. §. 1. Inst. de acquir. per adrog. §. ult. Inst. de leg. agnat. tut.* tantum tamen absterit, ut hic prætor acquirerit, ut potius emancipatos ita cum suis vocaverit ab intestato, ita emancipatos jussit hæredes paterno institui testamento, ac si effectu inspecto per o-*

mnia prope potestas patria non fuisset dissoluta, data præteritis emancipatis bonorum possessione contra tabulas, ab intestato vero ea, quæ unde liberi appellatur; cognatis etiam post agnatos ad bonorum possessionem, unde cognati, admissis. Ne dicam, non prætorem modo capite minutis adversus læsiones, ex minima capitis diminutione contingentes, suppetias tulisse; sed & jure civili iisdem fuisse succursum: dum non uno loco traditum, per minimam capitis diminutionem veteres quidem hæreditates, id est, quæ ex lege 12. tabularum deferebantur, peremptas fuisse; at non reliquas novas, ex lege posteriore vel Senatusconsulto obvenientes, *l. 1. §. capitis 8. ff. ad Senatuscons. Tertull. l. capitis diminutione 11. ff. de suis & leg. hæred. §. sciendum 2. Inst. de Senatuscons. Orfit.* Neque multum præsidii est adversæ sententiæ in eo, quod non restituitur creditori actio, qui sumum adrogavit debitorem, *d. l. 2. §. 4. ff. b. t. tum*, quia facilius fuit, intra adrogantem adrogatumque extinctam manere obligationem, quam inter capite minutum & quosvis promiscue debitores ejus, sæpe nec gratia, nec amicitia, nec vinculo sanguinis, nec beneficio ullo notus: tum, quia ex affectione illa, quæ adrogantem movit ad adiscendum sibi in filium debitorem suum, non difficulter debiti remittendi voluntas atque propositum præsumi potuit, eaque ratione subtilitas juris hoc in casu, æquitate non refragante, conservari.

TITULUS VI.

Ex quibus causis majores 25. annis
in integrum restituantur.

SUMMARI A.

1. Quis hoc tit. absens dicatur? quales, re ipsa præsentis, fictione tamen juris pro absentibus habeantur?
2. Quomodo præsentis per absentem lasso subveniatur, & qualis absentia tunc sufficiat, quale remedium jure novo datum sit præsentis?
3. Qualis absentia requiratur, ut absentis per absentiam lasso succurratur contra præsentem; quinam absint reipublica causa, an & legati municipiorum?
4. Absentis non succurritur, si domi procuratorem reliquerit, quem & regulariter relinquere debet.
5. An, & qua absentia voluntaria faciat absentis lasso subveniri?
6. De actione rescissoria, exceptionibus, aliisque remediis, quæ competunt per absentiam lassis.
7. Quibus in casibus cesset restitutio propter absentiam?
8. De generali clausula edicti, aut si quæ alia mihi iusta causa videbitur &c. cujus exemplum additur.
9. Facilius bodie, quam apud Romanos, ex illa generali clausula majoribus dantur restitutiones. An adversus silentium ex judicio legis diffamari impositum?
10. An adversus peremptam liti instantiam? An adversus distractionem rerum suarum & solemnem ex decreto iudicis factam earum additionem, si ea ipsis absentibus aut iusta ex causa ignorantibus facta?

11. An creditor, qui edictis monitus, ut suum creditum manifestaret, & de praelatione disputaret, in mora fuit, & ita per sententiam declaratus est excidisse jure suo, si justam doceat ignorantiam aut impedimentum? Et quid, si in mora quidem fuerit, sed necdum sententia exclusus sit?
12. An adversus longi vel longissimi temporis prescriptionem ob solam ignorantiam? quid si concurrat cum ignorantia? quid si concurrat cum ignorantia juxta absentiam?
13. An adversus temporis brevioris prescriptionis major ex justa ignorantia restitui possit? veluti adversus statutariam biennii prescriptionem in exigendis pretiis rerum minutim venditarum, salariorum &c. vel adversus penam commissi ob non solum canonem, non petitam investitura renovationem, lapsum fatalium appellationis aut revivionis?
14. An adversus lapsum temporis ad retractum faciendum statui, vel alia similia praeiur communi introducta, qui ex ignorantia vel absentia vel aetatis auxilio restitui possit?
15. An adversus prescriptiones conventionales, puta, lapsum temporis lege commissoria vel pacto redemptionis intra certum tempus facienda comprehensae?
16. An fidejussor adversus non petitam actionum cessionem contra reliquos confidejussores, postquam solidum solvit, ut adhuc actiones cedantur?
17. An adversus voluntarias, seu ex parium conventionem ac consensu factas condemnationes a supremis vel inferioribus iudicibus? ubi & an supplicatio adversus eas a supremis iudicibus lata?
18. An adversus omissionem vel aditionem hereditatis? & quid, si creditores quidam dolo latuerint, ut heres hereditatem adeat, tanquam sufficientem?
19. An vidua, quae ante funus mariti renunciavit domui mortuariae ad evadendum ac alienum stante matrimonio contractum, adversus illam renunciationem restitui possit?
20. An succurratur majoribus laesis, dum in dolo vel delicto versabantur? vel nimio licitandi calore in publica auctione?
21. An si tantum fabbi & temporaria possessionis questio sit?

1. Inter justas restitutionis causas numerata quaeque inventur absentia, quae hic est, cum quis abest ab eo loco, in quo domicilium habet; atque ita aliter, quam in iudiciis, & usucapionibus, absentia accipitur. Sed & fictione juris quandoque in materia restitutionis pro absentibus habentur, qui vere praesentes sunt; ut, puta, furiosi, prodigi, pupilli, & similes non defensi, l. ult. ff. de verb. signific. ag. l. ut perfectus 2. in pr. C. de annali except. quique eodem in loco in vinculis detinentur, aut in jus vocari nequeunt, ut magistratus maiores; aut praesentes sui copiam non faciunt; aut denique contra quos noluit jus dicere magistratus per sordes, l. ait prator 23. pr. & ff. ult. l. 24. 25. 26. §. 2. & seq. ff. b. t.

2. Succurri vero potest vel praesenti contra absentem, vel absentem contra praesentem, vel absentem contra absentem. Praesenti quidem adversus absen-

tem subvenitur sine absentiae distinctione; cum quilibet sive necessaria, sive voluntaria, sive honesta, sive inhonesta sufficiat. Si enim ipsa absentia reipublica causa non debeat alteri praesenti vel absentem damna esse, l. absentia 140. ff. de reg. juris, multo minus id debet absentia alia, quae non ita, uti quidem ea, quae reipublica causa est, praecipuum meruit favorem. Non aliter tamen praesens adversus absentem juvatur, quam si absens indefensus sit, adeoque procuratorem domi non reliquerit, & defuerit defensor, qui praestita de iudicato solvendo cautione, sese pro absente sistere paratus fuit: nam si talis sese obtulerit, culpa praesentis est, quod actionem aut jus suum adversus absentem amisit, l. item ait 21. §. 2. & §. 1. 22. ff. b. t. Sed jure novo is, qui praesens est, contra absentem querimonia, seu protestatione, apud praesidem, vel loci iudicem, vel his deficientibus apud tabellionem, vel testes facta, jus suum conservare potest, l. ut perfectus 2. C. de annali except.

3. Quod si ex adverso absens laesus sit per praesentem, aut absentem, secundum l. ult. ff. b. t. inter necessariam & voluntariam absentiam adhibenda distinctio est. Et enim, si necessario quis abfuerit, si quidem ex turpi causa, veluti dum relegatus est, non restituitur; nisi causa cognita appareat, illum omni culpa carere in damno, quod per talem absentiam passus est, mortuo forte procuratore, quem rebus suis praefecerat, l. sed & si 26. §. adversus 1. l. si qua militi 40. §. 1. ff. b. t. l. Papinianus 20. ff. de minor. 25. annis. Sin ex causa honesta, datur restitutio per huiusmodi absentiam laesis; quales sunt milites in expeditione, vel Romae, non item domi commessu accepto, existentes; quique propter milites castra sequuntur medici, similesque, l. milites 7. l. inter eos 53. §. ult. l. 34. l. pen. ff. b. t. arg. l. un. ff. de bonor. possessor. ex testam. militi, tit. C. de restit. militi. ad hac missi, ut milites ducerent aut reducerent, aut ad homines malos compescendos; uti & proconsules praesidesque provinciarum, legati proconsulum, procuratores Caesarum, & generaliter qui ad provincias regendas missi sunt, eorumque comites ac ministri, l. abesse 32. l. qui mittuntur 55. pr. & §. §. seq. ff. b. t. arg. l. administrantes 41. §. eorum 2. ff. de excusat. tut. Brissonius Antiquit. lib. 4. cap. 14. legati, sive a populo Romano ad gentes alias, sive a municipio ad Principem pro expediendis sui municipii negotiis, missi sint; quatenus sensu latiore dicuntur abesse reipublica causa, qui non sui commodi causa, sed coacti absunt, l. legat. 8. junct. l. reipublica causa 56. ff. b. t. licet proprie loquendo municipia a rebus publicis separata sint, eoque sensu legati municipiorum negentur reipublica causa abesse, l. sed & si 26. §. ult. ff. b. t. l. 1. C. b. t. junct. l. bona civitatis 15. l. 16. ff. de verb. signif. Quod si quis absens fuerit ex causa, quae necessaria quidem, sed per se nec honesta nec turpis est, etiam tunc absenti succurrendum fuit, veluti si quis morbi, aut iusti metus causa, non vano timore perterritus, absit, dum vi tempestatis, latronum, hostiumve impeditur adesse, sive hoc tantum metuat, sive ab his aliisque detentus sit, l. hoc editum 2. §. 1. l. 3. l. succurritur 9. l. si cui 38. in fine ff. b. t. l. si idcirco 2. & ult. C. b. t. vel si testimonii dicendi causa evocatus sit, aut

cognitionis vel appellationis gratia peregrinetur, l. sed & si 26. §. ult. in fin. ff. b. t.

4. His tamen omnibus ita demum succurri solet, si nullum domi procuratorem reliquerint: hunc enim si constituerint, cum ordinariam adversus eum habeant mandati actionem, haud restituendi, l. is, qui reipublica 59. ff. b. t. l. ult. ff. de in integr. restitut. nisi is solvendo non sit, aut culpa careat; quo de casu intelligenda l. sed & si 26. §. ult. ff. b. t. Bachovius tract. de action. disp. 3. ib. 23. aliter Cujacius libr. 19. observ. 14. Et quamvis regulariter quisque abfuturus teneatur domi procuratorem relinquere; multi tamen casus evenire possunt, quibus impeditur; veluti nimia festinatione, vel quia destinaverat maturius reverti, vel idoneum non inveniebatur, vel quia mortuus est is, quem abfuturus constituerat. Plane si per manifestam negligentiam, ac velut contemptum, pratermisit domi alium suis rebus præficere, restituendus non videtur; eo quod non tam absentia, quam potius culpa atque negligentia propria ei damnosa fuit, arg. l. non enim 16. ff. b. t.

5. Voluntariam absentiam quod attinet, si quidem non nisi ex causa injusta procedat, dum absens vagabundus est, aut transfuga, vel desertor militis, vel latrocinia exercet, vel creditorum fraudandorum causa latitat, aut propter crimen commissum non audet præsens esse, nulla ratio suadet, ei succurrendum esse, arg. l. item ei 14. ff. b. t. Sed & si justa subitis absentia voluntariae ratio, veluti studiorum aut mercaturæ, restitutio regulariter concedenda non est; cum debuerit, atque etiam potuerit, nulla pressus professionis necessitate, procuratorem domi constituere, contra quem de damno regressum habet. Si tamen mortuus fuerit datus procurator, aut furore aliove modo inhabilis redditus, non inique prætor fecerit, si ei subveniat; ne per justissimam absentia causam capiatur ac in damno sit, l. mandatum 57. ff. mandati, l. nec non 28. ff. b. t.

6. Ad hanc vero restitutionem impetrandam comparata fuit actio prætoris rescissoria in rem; etiam Publiciana in jure nostro appellata, l. in honorariis 35. ff. de ob. & action. l. mandatum 57. ff. mandati, hæredibus & in hæredes competens, qua rescinditur usucapio, & res amissa recipitur, §. rursus 5. Instit. de action. l. cum miles 30. ff. b. t. d. l. 35. ff. de ob. & act. Sed & exceptio comparata est ad rem retinendam, si forte is, cujus res usucapta est, in rei istius possessione sit, ac ab eo, qui usucepit, interpelletur, l. nec non 23. §. pen. ff. b. t. Ravardus libr. 4. varior. cap. 5. Et si absens condemnatus sit, si quidem indefensus, sententia executioni danda non erit, ac denegabitur in eum iudicati actio, sic ut ex integro causa agenda sit, l. si prætor 75. in fine ff. de iudiciis, l. i. C. b. t. sin defensu, & se per sententiam læsum putet, ita restituendus foret, ut tantum possit omissam interponere appellationem, l. ult. in fine ff. de in integr. restitut. quod si alio modo, actione perempta, læsio contigerit, veluti repentinis seriis, restituitur agendi jus, l. sed & si 26. §. si feria 7. ff. b. t. Considerandum etiam, non modo læsis subveniendum esse, si per absentiam damnum passi sint, sed & si lucrum iis non accesserit: qua ratione miles, cui annum legatum erat sub con-

dictione, si in Italia moraretur, per hanc restitutionem etiam tempore expeditionis legatum caput, l. Julianus 17. §. ult. l. & si 27. l. i. qui Titio 41. l. i. qui stipulatus 43. ff. b. t. Si tamen absens lucrum captare vellet per restitutionem cum alterius pœna vel damno, audiendus non esset, cum natura æquum sit, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiores. Qua de causa non restituitur, si usucapio, quam præsens inchoaverat, per absentiam eius, veluti captivitatem, interrupta sit, l. sciendum est 18. 19. 20. ff. b. t.

7. Cessat ex hac causa restitutio, si quis læsus sit, cum ultra constitutum tempus abesset: vel dicis causa abfuerit reipublicæ gratia, dum alterius grandis commodi captandi gratia id egit, ut reipublicæ causa abesset, l. item bi 4. l. 5. l. reipublica 36. 37. 38. l. non vere 42. ff. b. t. l. qui liberam 14. ff. de legation. vel quadriennium (olim annum utilem, §. rursus 5. Instit. de action. l. in honorariis 35. ff. de ob. & act.) elabi passus sit a tempore cessantis absentia aut impediti, aut missionis impetratæ, l. i. l. ult. C. de tempor. in integr. restitut. vel præsens idem damnum fuisset subiturus, l. is, qui reipublica 44. ff. b. t. Quod si is, cujus res jam erat capta usucapi, delinquebat reipublicæ quidem causa abesse cœperit, sed ante impleram suæ rei usucapionem redux, ac jam præsens, rei istius usucapionem impleri passus sit, non aliter restituendus est, quam si tam exiguum æreditu tempus superfuerit prætoris arbitrio, ut non satis commode sese potuerit ad interruptionem faciendam parare, l. ab hostibus 15. §. ult. l. 16. ff. b. t.

8. Est & generalis edicti clausula, videlicet, si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, restituiam, quod ejus per leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta, decreta Principum licebit, l. i. ff. b. t. ex qua succursum ei, qui, de itinere atque privato explorari interdicto desiderans, cum non hoc anno ivisset ob inundationem, (ut requiritur ad illud interdictum) sed superiore, ita mediante restitutione ad interdictum admissus fuit, ac si non superiore, sed hoc anno itinere atque privato usus esset, l. i. §. si quis propter 9. ff. de itinere atque privato.

9. Quia vero faciliores ac priores sunt hodierni mores, quam jus Romanum, ad restitutionem ex hac clausula generali tribuendam, teste Neostadio Curia Holland. decr. 39. vers. secundo movi., operæ pretium fuerit, casus præcipuos controversos hic subnectere. Si ergo jus aliquod non ex generali præscripto legum, sed quodam modo more insolito amissum fuerit, haud difficulter per restitutionem redintegratio ejus impetrari potest: atque adeo, si alicui convento ex l. diffamari, ac intra tempus præfixitum actionem non intentanti, silentium fuerit in perpetuo impositum, ex probabili causa adversus lapsum temporis ipsamque sententiam restitui desiderans, audiendus foret; uti post Ant. Solam ad consti. Sabaud. tit. de conclar. in causa. part. 3. gloss. 3. n. 4. 5. pag. mihi 334. notat Warsenar præf. judic. cap. 3. n. 11. & 13.

10. Similiter adversus peremptam litis instantiam facilem esse hodie restitutionis impetrationem, observat Neostadius Curia rapr. decr. 92. Groenewegen ad l. 13. §. 4. ff. l. 18. §. 4. ff. de dolo, & ad l. 13. §. 1. C. de iudiciis, alique ibidem citati. Nec minus adjuvandi per restitutionem majores, si

res eorum, quasi ad tertium pertinentes, distractæ palam ac post solemnia substationis ex decreto iudicis traditæ emptori ac additæ sint, ipsis propter absentiam aliamve causam probabilem ignorantibus; sive absentes fuerint, dum alio in loco domicilium fovebant, sive dum in loco substationis domicilium foveantes peregrinabantur. Quamvis enim non villis hæc fiscalis auctoritas sit, hodiernis præsertim moribus, nec facile convelli debeat fides ejus; non tamen usque adeo sui vilitate momento est, ut propterea verus dominus, ignorantia probabili non intercedens rerum suarum distractioni, atque adeo extra culpam positus, dominio rerum suarum alteri publice addictarum maneret exutus. Sic ut hic idem prorsus in majore ob justam ignorantiam causam statuendum sit, quod de minore plenius traditum, *tit. de minor. 25. annis*, Joh. Papon. *libr. 18. tit. 6. arrest. 4.* Ant. Matthæus *de auct. lib. 1. cap. 16. n. 31. 32.* Groenewegen *ad l. 13. C. de eviction. Parladorius rer. quotid. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 9. num. 11. 12.* Respons. Juris Holl. *part. 2. cons. 324.* Et hæc ita, nisi a fisco vel Principe esset facta distractio; quippe qua jus plenissimum emptori quæritur, ac perfectissima securitas; sola domino adversus fiscum actione intra quadriennium superstitæ, *§. ult. Inst. de usucapion. l. ult. C. si advers. fiscum.*

11. Ex eadem ratione creditoribus subveniendum, qui publico edicto admoniti, ut suum creditum manifestarent, cum forte bona debitoris solvendo non essent, ac de prælatione creditorum foret disputandum, id ipsum facere prætermiserunt, ideoque iudiciali sententia declarati sunt cecidisse iuribus suis & actionibus, si quæ ipsis competiissent; si deinde intra tempora statuti definita, vel aliquin intra ordinarium restitutionibus petendis præfixum tempus, justam allegaverint ignorantiam aut alterius impediementi causam, quod edictis propositis non paruerint ac indicaverint crediti sui exigendi jus ac quantitatem. Ant. Matthæus *de auct. lib. 1. cap. 17. n. 13. 14.* Mævius *ad jus Lubec. libr. 3. tit. 1. art. 10. num. 14.* Plane si necdum per sententiam fuerit impositum perpetuum silentium, etiam sine solemnī restitutionis auxilio ad jus suum proponendum ac de protopraxia disputandum, admittendi videntur; eo quod dilaciones arbitrarie per iudicem præfixitæ regulariter preemtoriz non sunt, atque insuper liberum cuique esse debet agendi petendique jus, quamdiu illud neque a lege neque a iudice ademptum est; ademptum vero non censetur, nisi sententia definitiva id declaratum sit; neque enim solæ indicum comminationes sufficiunt, secundum inscriptionem & tot. *tit. Cod. comminationes, epistolæ, programmata, subscriptiones, auctoritatem rei iudicatæ non habere*, And. Gayl. *libr. 1. observ. 57. n. 8.* Ant. Matthæus *de auct. d. libr. 1. cap. 17. num. 12.*

12. De longi vel longissimi temporis præscriptione expeditum existimo, adversus eam semel rite impletam pristino domino non esse dandum ex causa ignorantiam restitutionis auxilium: vix enim est, ut illa satis probabilis sit; atque insuper id vetat de usucapione *l. ult. C. de longi temp. præscript. qua cautum, nullam scētiām expectandam esse, ne altera dubitationis inextricabilis occasio oriatur.* (Adde *l. unic. C. de usucap. transform.*) de præscriptione temporis longissimi, *l. cinnes 4. C. de præscript. 30.*

vel 40. ann. dum illic sancitum, ne ullum jus privatum vel publicum in quacunque causa vel quacunque persona, quod quadraginta annorum extinctum est juri silentio, moveatur. Quibus accedit, quod uno tantum in casu ex jure novo ob malam fidem auctoris cum pristini domini ignorantia concurrentem præfixitum fuit possidenti triginta annorum spatium ad usucapionem, alioquin decem aut viginti annis adimplendam, *novell. 119. cap. rursus 7.* quod frustra foret, si ob ignorantiam restituito adversus usucapionem promiscue concedenda foret. Quo ipso etiam satis tollitur ac præcluditur effugium dissidentium, dum ajunt, præscriptionem quidem currere ignorantiam, sed non denegari restitutionem ex capite ignorantiam, tanquam justa causa, Fachineus *libr. 1. controvers. cap. 69.* dissentit plerique, Christin. *ad L. L. Mechl. tit. 20. art. v. num. 29. & vol. 4. decis. 84. n. 5.* Andr. Gayl. *lib. 2. observ. 19. n. 18. 19.* Oddus *de restitution. part. 2. quasi. 90. art. 4. 5.* Ant. Faber *Cod. l. 2. tit. 25. defin. 1.* decisiones Cur. Holl. *impressa post cons. Holl. part. 3. vol. 1. pag. 23. 24. & 29.* Si tamen necessaria pristini domini absentia concurreret cum ignorantia, magis est, ut ei etiam adversus temporis longissimi præscriptionem subveniatur; eo quod & sola absentia necessaria id operari potest; secundum edictum de majoribus, jam in præcedentibus hoc tit. tractatum. Nec hisce adversatur, quod in *l. sicut 3. C. de præscript. 30. vel 40. an. dicitur, non absentia, non militia contra hanc legem defendenda;* cum inde quidem appareat, adversus absentes militesque curare istam temporis longissimi præscriptionem; non tamen, restitutionem ex capite absentia exclusam esse: nam & ipsis minoribus eam currere, & hos tamen ætatis auxilio adversus eandem impletam juvari, ante traditum *tit. de minor. 25. annis.* Grotius *Manuduct. ad jurispr. Hgll. libr. 2. cap. 7. in fine, & libr. 3. cap. 46. n. 9. 10.* Ant. Matthæus *param. Belg. Juriscons. 9. n. 22.* Groenewegen *ad l. 3. C. de præscript. 30. vel 40. ann. Wassenaar pract. judic. cap. 2. n. 33.*

13. Brevioris temporis præscriptiones quod attinet; adversus eas majoribus remedium denegandum non fuisse, constat ex *l. Pannonius Avirus 86. ff. de acquir. vel amitt. hered.* nec id ambiguum esse potest illis, qui paulo ante allegati, etiam in longissimi temporis præscriptione ex sola ignorantia restitutioni dederunt locum. Atque adeo non dubitem, quin adversus statutam biennii præscriptionem, exigendis pretiis mercium minutim distractarum, mercedibus operariorum, salariis advocatorum &c. præfixitam, ex hoc ignorantia capite majorennibus quoque subveniendum sit. Vide Abr. Wesel *ad novell. cons. Ultraject. art. 21. num. 50.* uti & adversus jus commissi ob non solum toto triennio canonem, aut non petitam intra tempus legitimam investituræ renovationem, si negligentia ex eo processerit, quod emphyteura vel vasallus ignoravit, prædium emphyteuticarium esse, aut feudale. Grivellus *decis. 58. num. 8. 9. 10.* Jacobus Goren *observ. 22.* Wassenaar *pract. judic. cap. 2. num. 14. & seqq. & num. 20. 21.* Groenewegen *ad l. 2. C. de jure emphyteut. n. 2.* Idemque in lapsu fatalium, ut appellant, admitti, plenius dicitur in appellationum materia. Interim vide Gayl. *lib. 3. observ. 143.*

Neostadium *supr. cur. decis. 5a. & de pactis antea-upt. observ. 1. in notis*, verb. non recipiendam, exceptis fatalibus revisionis, teste van Alphen *Papudry part. 1. cap. 28. n. 6. pag. mibi 438. in med.*

14. Si tamen iis, quæ contra generalia juris fundamenta, ac generalem juris rationem, & naturam rei, introducta ac permixta sunt, peragendis certum tempus præfixum sit; vix est, ut adversus temporis illius lapsum restitutio concedatur. Unde, si quis anni vel alterius temporis statuto, definiti spatium, ad retractum rei venditæ exercendum, elabi passus sit, ei nec ob ætatem, nec ob absentiam, nec ob ignorantiam restituendam fore retrahendi facultatem, observat Neostadius *curia supr. decis. 29. Cancellus variar. resolut. part. 2. cap. 1. num. 276. 277. 278.* licet aliis contra placeat, tempus retractus non currere ignorantem, sed soli scienti, sic ut restitutione ob ignorantiam opus quidem foret. Hugo Grotius *manud. ad jurispru. Holl. libr. 3. cap. 16. num. 11. 12* quæ de re plenius *sic. de loco commissoria.*

15. Similiter restitutio non danda majori ex capite ignorantie vel absentie adversus lapsum temporis, quod mutuo contrahentium consensu definitum est, seu adversus præscriptionem conventionalem; veluti si id actum fuerit, ut res inempta esset, si intra decem menses pretium solum non sit, vel ut intra annum competeret venditori redimendi jus: nam ne ipsis quidem minoribus ætatis auxilium adversus temporis huiusmodi lapsum debere tribui, *sic. de minoribus adstructum est*: ut proinde idipsum longe magis in majoribus ob rationes ibidem prolatas probandum sit: eoque facit, *l. si a 107. C. de pactis inter empt. & vend. Sande decis. Frisc. lib. 1. tit. 15. defin. 5.* Frustraque in id sudat Ogdus, *de restitution. quest. 86. art. 4.* ut, contrariam amplexus sententiam, speciem quandam ac rationem differentie inter minorem majoremque videri posset adduxisse. Cum enim is, quocum contractum est, non alia lege voluerit rei suæ privari dominio, quam si intra certum tempus pretium numeratum sit; aut vice versa, noverit tanto emere pretio, quam si post temporis adjecti lapsum irrevocabile sibi haberet dominium; nullus sane concipi potest casus adeo fortuitus aut improvisus ex parte ejus, qui tempus adjectum debet observare, (veluti latronum prædonumque violentia, aut publica Principis in usus publicos pecuniam occupantis potestas) ut is non ei potius, ex cuius parte contigit, quam adversario, ex cuius parte casus fortuitus haud exitit, deberet nocere; sive minor ille fuerit, sive major, cui temporis observatio ex pacto incumbat. Sic enim & in locatione operarum, iisdem ob casus fortuiti impedimentum non præstitis, (veluti mortalitatis interven- tu) mercedis promissa exactio vel admittenda erit, si moriatur is, cui opera præstanda erat; vel deneganda, si is in fata concesserit, qui debebat præstare, ut *sic. locati* datus firmabitur. Fallitur vero, dum rationem differentie inter conventionalem hanc & legalem præscriptionem in restitutione majorem nullam esse arbitratur: cum enim legalis præscriptio a lege, conventionalis a mero partium arbitrio dependeat, & quisque etiam invitus legalem præscriptionem in se admittat, conventionalem vero in se vigere, non alteri, sed sibi soli, suæque pa-

Vost ad Pandect. Tom. I.

Etioni ex libera voluntate concepta debeat imputare, arg. *§. 1. 2. 3. inst. de diviti. stipulat.* justum quidem fuit, adversus legalem præscriptionem quandoque restitutionem indulgeri, & rem suæ æquitati restitui, ubi apparebat, ob quasdam circumstantias illam præscriptionem certo in casu iniquitate laborare; at nunquam poterit justum videri, ut conventiones, neque temere interpositæ, neque honestati repugnantes, suo destituerentur effectu per remedium prætorium, ubi casus aliquis inopinatus intercessit, atque ita dominus contra conventionem exueretur dominio, quod non nisi certa lege voluit translatum. Neque sane alia ratio est, cur prætor in stipulationibus quidem prætoris non ex libera partium voluntate, sed se jubente interpositis, ac pænæ adjectione firmatis, quandoque pœnam promissori ex æquitate remittat, licet tempora (veluti sistendi) non exacte fuerint observata, si modo necdum adversarii inceptit interesse, atque adeo cesset æquitas, quæ prætorem moverat; ut stipulationem pœnalem fieri juberet, *l. & si post tres 8. ff. si quis cam. in jud. sist. caus. fact. non obtemper.* contra vero in mere conventionalibus, arbitrio partium sine necessitate conceptis, ac pœnali stipulatione munitis, nunquam pœnæ promissæ remissio a prætore concedatur, sed condemnatio fiat etiam ei, cujus nihil interest promissionem impletam esse; quasi nihil aliud hic considerandum esset, quam quod actum est, ac placuit contrahentibus: *pœnam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit, sed qua sit quantitas, quaque conditio stipulationis. l. stipulatio ista 38. §. alteri 17. ff. de verb. obligat. §. alteri 29. Instit. de inusit. stipulat.*

16. Quod si unus ex pluribus fidejussoribus, qui petere poterat, sibi actiones cedi per creditorem contra reliquos confidejssores, non opposito beneficio cedendarum actionum, neque pactione de his post solutionem cedendis interposita, solus integrum debitum exsolverit; huic quoque restitutionem ad id, ut creditor eas etiamnum crederet, denegari debere, verius est. Cum enim ipse solidum debuerit, atque ita non solverit quod erat indebitum, indeque etiam jura ei denegaverint soluti conditionem adversus creditorem, qui suum consecutus est ab eo, qui debebat, *l. si testamento 49. §. ex duobus 1. in fine ff. de fidejussor.* quæ tamen conditio, utpote ex mera æquitate introducta, danda fuisset, si qua æquitas apparuisset: ac præterea necesse foret, ut actiones reviviscerent tertio, id non petenti, creditori scilicet, cujus non interest, quippe cui per solutionem factam ipso jure perierunt, nec nisi revixerint, cessionem recipiunt, *l. cumis 36. ff. de dejuss.* non potest inveniri sufficiens æquitatis ratio, quæ prætorem moveret ad auxilium suum talibus imperitendum. Crivellus *decis. 80.* Eoque facit, quod ab Oddo traditum; si quidem conditio non detur, quia æquitas naturalis non patitur, tunc neque restitutionem dandam esse, *de restitut. part. 1. qu. 8. art. 11. n. 89.* Et hæc ita illis in locis, in quibus juris civilis principia etiamnum probata sunt; quod nempe fidejussor indigeat actionum cessione contra confidejssores, & illa ante solutionem fieri debeat, vel saltem de cessione facienda conventio ante interponi. Ceterum positis Hollandiæ moribus, quod

scilicet etiam sine cessione fidejussor contra confidejussores agere possit, vel saltem dudum post solutionem sine præcedente speciali conventionione cessionem petere a creditore, prout id adnotatum in tit. de fidejussor. & mandat. n. 30. fere in fine; supervacua hæc de restitutione quaestio est.

17. Porro, si convenerit inter partes litigantes, quid pronuncietur, uti tunc non abs re erit, iudicem hujusmodi sententiam sine ulteriore causæ cognitione ex partium voluntate proferre, l. si conveneris 26. ff. de re judicat. l. iudicem 21. ff. communi divid. ita, si a iudice inferiore lata sit, ratio non est, cur non adversus illam restitutioni danda foret, si læsio gravis doceatur illata. Si enim adversus conventiones mutuas ob enormem lesionem restitutioni locus sit, nec auctoritas rei ab inferioribus iudicibus iudicata tanta, ut restitutionis auxilium, apparetur iusta restituendi causa, repellat, etiam tunc, cum plenissima causæ cognitione interveniente lata est; consequens est, ut sive partium conventionem spectes, sive rei ita iudicata vim, restitutionis æquitatem haud deesse fatearis. Eoque facit, quod & appellationes a tali sententia vi compromissi in arbitros late, moribus omnino permissa sunt. Jacob. Coren observat. 2. n. 3. At si a supremo Senatu, a quo ulterior appellandi facultas haud competit, sententia ex partium consensu pronuntiata sit, restitutionem concedi haud oportere prætextu læsionis, nisi metus justus intercesserit, a suprema Curia, Ordinibus Hollandiæ consulentibus, responsum est; ut aliquis saltem superesset secure paciscendi, transigendique morus, & una saltem velut anchora æra in foro inveniretur, qua fidentes, qui contraxerunt, possent quiete dormire. Extat rescriptum apud van Alphen Papegay part. 1. cap. 23. in fine pag. mibi 439. & plenius apud Jacob. Coren observ. 14. Quemadmodum nec supplicationem tunc admittendam esse, probat pluribus idam Coren observ. 2. Sim. van Leeuwen cens. for. part. 2. lib. 1. cap. 17. num. ult. in fine, licet tum de restitutione tum de supplicatione aliud in Gallia Sabaudiaque servari tradat Rebuffius idem. 1. tract. de litteris civilibus art. unic. gloss. 2. num. 37. 38. 39. Ant. Faber. Cod. lib. 7. tit. 19. defin. 6.

18. Non etiam adversus aditionem hæreditatis majoribus subveniendum est restitutionis auxilio; (eademque omissionis ratio est) cum potuerint, adhibito inventarii beneficio, adire sine damni metu, spe lucri interim remanente, si quæ re alieno soluto supersint; atque adeo suæ prorsus imprudentiæ temeritæque debeant accepto ferre, quod simpliciter adentes in damno hæreant, aut repudiantes utilitate destituantur, arg. §. pen. Instit. de hered. qualitat. & different. l. ult. §. si autem 14. C. de iure deliber. Eoque facit, quod, necdum adiuncto inventarii beneficio, solis minoribus, ætatis favore, succurri poterit; nequaquam maioribus: quod proinde longe magis ex iure novo servandum est. §. extraneis 5. Instit. de hered. qual. & different. Nisi tamen creditores hæreditarios plures dolo malo latuisse probetur, ut ita hæredem in hæreditatis satis opulentiæ opinionem inducerent, ac ad simplicem ejus pellicerent aditionem, arg. l. si legatarius 23. & ult. ff. de dolo malo. Rebuffius tom. 2. tract. de restitution. art. 1. gloss. 1. num. 35. Od-

us de restitution. part. 2. quest. 62. art. 14. Wasenaar practica judic. cap. 11. num. 117. 118. 119. 120. Adde Responsa Juris. Holl. pars. 3. vol. 2. consil. 305. (revera) 205. n. 4. & seqq. pag. mibi 547.

19. Quod si vidua, quæ ad vitandum æs alienum stante matrimonio contractum, renunciavit domui mortuariæ, seu sine palla & calantica exivit ex domo mortuaria, (qua de re latius in materia cessionis bonorum) postmodum se læsam conquærat, dum vel æris alieni ostentatione, quod jam exsolutum erat, deterrita, vel credulitate propria inducta, abdicationem facit: non videtur ei restitutio deneganda esse; cum abdicatione non longe distet a bonorum cessione; quam si quis fecerit, rebus necdum distractis, penitentia duci potest, ac venditione impedire, si modo creditoribus satisfacere paratus sit, l. si, qui bonis 3. l. 5. ff. de cession. bonor. l. si quantitatem 2. C. cod. tit. Argentæus ad consuet. Britann. art. 415. gloss. 3. n. 4. in fine. Guerin ad consuet. Paris art. 237. fere in fine.

20. Præterea restitutione non juvandi majores, si læsi, dum in dolo versabantur ac delicto, l. sed & si 26. §. adjicitur 6. ff. h. t. nec, si se in publicis auctionibus calore nimio licitationis profectos, emendo conducendove læsos contendant: neque enim temeritas & calor inconsultus in majoribus, seu solis in minoribus ferendus ac condonandus est, atque ita prætorium adiutorium meretur, arg. l. verum 11. §. item non 4. ff. de minor. 25. annis, Ant. Matthæus de auction. l. 2. cap. 11. num. ult.

21. Non denique restitutioni locus est, si tantum facti, & possessionis temporariæ quaestio vertatur, notante Neostadio Curia supr. decis. 63. vers. Senatus.

TITULUS VII.

De Alienatione Judicii mutandi causa.

SUMMARIA.

1. Quid sit Actio in factum ob alienationem iudicii mutandi causa? quibus detur, contra quos, & quibus in caribus; an etiam contra eos, qui dolo id egerunt, ne acquirerent, cum possent?
2. Ubi huic actioni locus sit, alienatio debet esse facta inter vivos; dolo malo; sponte seu ex libera voluntate; ante litem contestatam; & animo iudicii mutandi, cum inierisset actoris, id non fieri; quæ exemplis explicantur. An alienans invidetur cogi possit iudicium accipere de re alienata?

1. Quia alienatione iudicii mutandi causa plerumque deterior fit actoris persecutio, dum reus litem metuens in locum suum substituit alium molestum, factiosum, rixosum, potentiorum, aut alterius provincie hominem, vel militem cinguli presumptione adversariis haud raro gravem, l. 1. §. 1. l. 2. l. 3. l. 4. §. 1. l. pen. & ult. ff. b. i. arg. l. militis 31. l. licet 35. C. de locato; ideo si quid tale contigerit, actio in factum prætoris comparata est, læso competens, ac ejus hæredibus, adversus alienantem, etiam tutorem aut curatorem, l. nam & si 10. §. 1. ff. b. i. non item adversus hæredes ejus, quia ex quodam delicto videtur nasci, licet contineat rei persecutio-

nem: ad id quod interest, si quas forte impensas fecerit, aut si quam aliam incommoditatem passus sit, alio adversario substituto, *l. quia 3. §. pen. l. 4. §. pen. & ult. l. 5. 6. 7. ff. b. t. sive in rem actio fuerit, sive in personam, quæ rei alienatæ intuitu competeat, d. l. quia 3. §. 2. 3. ff. b. t. sive actor rem ipsam, sive impositam rei servitutem persequatur, l. item 4. §. 4. ff. b. t. sive oneroso sive lucrativo titulo res alienata sit, l. pen. ff. b. t. vel etiam in sacrum dedicata, arg. l. ult. ff. de litigiosis, vel servus, qui petebatur, si manumissus, l. quia 3. §. sed si 1. ff. b. t. Nec refert, an res, quæ alienata est, jam usucapta sit per alienantem, nec ne, positis terminis habilibus, quibus usucapio impleri potuit, l. item 4. pr. ff. b. t. Non tamen hac in materia alienare creditur, qui cum potuisset rei possessionem adipisci, eandem non acquisivit, sed duntaxat omisit, l. item 4. §. itemque 1. in med. ff. b. t. l. non alienat 119. ff. de reg. juris; cum enim necdum possessionem adeptus etiam judicio necdum potuerit inquietari, alium suo loco adversarium substituisse, adeoque judicium mutasse dici nequit, sed tantum actionem necdum contra se natam declinasse. Plane, si semel adeptus possessionem, dolo malo eandem amiserit, perinde censetur judicii mutandi causa fecisse, ac si proprietatem alienasset, *d. l. 4. §. Fictus 2. ff. b. t.**

2. Ut tamen huic actioni locus sit, requiritur, ut alienatio facta sit inter vivos; dolo malo; sponte, liberaque voluntate; ante litem contestatam; ac denique animo judicii mutandi, cum id non fieri actoris interesset. Quod si unum ex his desit, cessabit quoque actionis hujus movendæ potestas. Ac proinde, si quis ultima voluntate, instituendo vel legando, rem in alium transtulerit, huic edicto locus non erit, *l. ex hoc edicto 8. §. sed heredem 3. ff. b. t. cum peccare non videatur, qui rem in alium transfert, dum ei ulterior spes retinendi per imminentem mortalitatis casum perempta est: licet jure singulari Imperator id noluerit sibi capere, quod ei litis causa testamento fuisset datum, §. ult. Inst. quib. mod. testam. infirm. Sed & si quis ob valetudinem, aut ætatem, aut occupationes necessarias, aut litium execrationem, (cujus verecunda cogitatio vituperanda non est) alienaverit, aut rem velut debitam bona fide solverit, dederitve in solutum, vel ob vitium venditori redhibuerit, redhibiturus, etiamsi litem non meruisset, hac actione non tenetur, cum dolo desit, l. item 4. §. 1. in med. & §. 3. l. ex hoc edicto 8. §. ult. l. 9. l. 10. ff. b. t. Necessitate quoque urgente interposita alienato, veluti si pignori res capta sit iudicis auctoritate iudicati exsequendi causa, actioni huic locum non facit; eo quod plerumque factæ ex necessitate alienationes non continentur legum alienationem verantium dispositione, arg. l. 1. ff. de fundo dotali, l. sed si pecunia 3. §. pignori 1. ff. de reb. cor. qui sub tut. vel cor. sum sine decr. non alien. Præterea, si non ante, sed post litem demum contestatam, aut jure novo in actionibus in rem post judiciariam conventionem, vel preces Imperatori oblatas, & judici insinatas, ac per eum futuro reo cognitatis, alienatio contigerit, supervacua est restitutionis imploratio; cum alienatio effectu destituta sit, in quantum judicium semel inchoatum inter easdem personas perinde ad finem*

perducendum est, ac si nihil gestum seu alienatum fuisset, *l. ex hoc edicto 8. §. 1. ff. b. t. junct. l. lito 2. & aurb. litigiosa C. de litigiosis*. Denique, quia hæc actio ad id, quod interest, datur, locum invenire nequit, si juxta ultimum requisitum non intersit actoris, alienatione judicii mutandi causa factam esse. Veluti, si res non fuerit petitoris, aut post alienationem ante judicium hoc inchoatum perierit casu fortuito; ita ut nihil actor sua fuisset actione consecuturus, nisi, si quid actoris præterea interfuit, *l. item 4. §. pen. ff. b. t.* Idemque est, si is, qui alienavit, utile pati iudicium paratus sit, perinde ac si possideret; aut aliter arbitrati judicis pristinam restituat judicii causam, *l. quia 3. §. ult. l. ex hoc 8. in pr. ff. b. t. considerandum enim, alienantem invitum ex edicto prætorio cogi non potuisse, ut judicium susciperet quasi possideret, l. 3. §. ult. quamvis postea per extensionem Senatusconsulti, de hæreditatis petitione concepti, coeperit in eam quoque invitum dari principale judicium, & dolo pro possessione haberi, l. sin autem 27. §. sed & is 3. l. qui petitorio 56. ff. de rei vind. l. qui dolo 131. ff. de reg. juris*. Quemadmodum nec impeditur actor, si commodum videatur, adversus eos, in quos possessio iudicii mutandi causa translata est, tamquam re ipsa possidentes, efficacem instituere rei vindicationem, *l. unic. C. b. t.*

TITULUS VIII.

De Receptis, qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant.

SUMMARIUM.

1. Rationes, cur ad arbitror eatur. In quibus convenient arbitria cum iudiciis: in quibus differant, puta, in litis pendentia, reconventionem, appellationem, doli actionem propter arbitri corruptionem, auctoritatem ac potestatem cogendi.
2. Quid sit arbiter, quid arbitrator, quæ arbitratoris partes sint, & in quo distet ab arbitro?
3. Quid sit compromissum; an subsistat sine pane adjectione? an nudo possit pacto fieri? & an tacitum compromissum censeatur, si partes, cum non expresse compromississent, ratam habeant sententiam a tertio, tanquam arbitro electo latam?
4. An socius unus recte compromittat in re communi, & quis tunc compromissi effectus sit?
5. An mulieres, & quid bodio? an minores & similes? an de immobilibus sine decreto?
6. Qui possint esse arbitri? an sacerdotes, infames, Iudei, servi, mulieres?
7. An minores?
8. An iudices, & an jubere possint in se compromitti? quid moribus?
9. An quis in re sua? An advocatus adversarii solus? an adversarius una cum adversa partis advocato? an filius in causa patris, & vice versa?
10. An, & quo argue compromitti possit de causis in integrum restitutionis, liberalibus, popularibus, infamantibus, criminalibus civiliter aut criminaliter movendis, matrimonialibus, spiritualibus, jure patronatus?

11. Qualia pacta compromisso possint inseri? an iurandum addi, an id agi ut arbiter certam sententiam dicat?
12. An, ut pona compromissi fisco cedat?
13. An, ut duo arbitri electi inter se dissentientes tertium eligant? an ut tunc Titium arumant? An partes revellere possint ab arbitrio ob parem arbitrorum dissentium? an moribus duo arbitri dissidentes tertium sibi assumere possint sine novo partium consensu? si id ab initio actum non sit?
14. An arbiter cogi possit ad implendum arbitrium susceptum, & quibus modis? notatur singularis quadam cogendi ratio.
15. Ferenda per arbitros sententia utraque parte praesente. Quid iuris, si pars alterutra per contumaciam vel etiam ex justa causa abire?
16. An duo arbitri, absente tertio, judicare possint? quid si tertius legitime citatus sit? quid moribus & jure Canonico? an reliqui, si unus arbitrorum mortuus sit?
17. Ferenda sententia loco & tempore debito. An arbiter tempus compromisso insertum prorogare possit, an & referre seu antevocare?
18. Arbitri est omnia definire, de quibus compromissum, idque per sententiam definitivam. Non potest excedere fines compromissi; quod exemplis docetur. An sub generali compromisso contineantur & quaestiones futurae? An possit dilationem solutionis dare, an compensationem objectam admittere? verba sententia obscura interpretari?
19. Quid iuris, si ex tribus arbitris unus condemnatur in quindecim, alter in decem, tertius in quinque? & quid moribus?
20. An evanescens compromissum, si unus compromittentium mortuus sit, aut bonis cesserit?
21. Quibus ex causis arbiter a sententia ferenda necessitate excusetur? an sit ab arbitro ad iudicem transferri possit, invita adversa parte? an & hodie? quid si arbitri litem ultra modum protulerit? quid si adversus eos nascatur aut emergat nova suspicionis causa ante ignorata?
22. An cogi possit arbiter ad iudicandum, si pona compromisso adjecta non sit, vel jam sit commissa? quo modo pona commissatur ante sententiam? Quid iuris, si dies certus ad iudicandum compromisso additus non observetur? & quid si dies certus appositus non sit?
23. An sententia ab arbitro lata mutari ab eo possit? qua sit pona non parentium sententia arbitri? quando videatur quis contra arbitri sententiam venisse? qualis actio & exceptio nascatur ex sententia arbitri? quis eam a partibus expresse vel tacite comprobata exsequatur, & quales condemnatio dilationis competant?
24. Quibus in casibus sententia arbitri nulla sit, & executione careat?
25. Si quis arbitri sententiam se gravatum potest, quid jure Romano agendum fuerit? hodie reductio peti potest; intra quantum tempus? An suspendat executionem sententia arbitri, adeoque appellacionis aut reformationis effectum habeat? qua pona sint reductionis temere petita?
26. Reductio peti potest, licet ei ante sententiam renunciatum sit, sed tunc ea petita non im-

pendit executionem, sed reformationis effectum habet.

27. Quis sit iudex competens ad petendam reductionem?
28. Si iudex reductionis judicaverit, iterum a sententia ejus appellari potest.
29. Reductione petita, an pona promissa debeatur, si laudum extrema reductionis sententia confirmetur, an vero etiam ante? & an pona debita, si reductionem petens desistas a lite sine transactione?
30. An pona debeatur, si laudum per iudicem reductionis tantum pro parte infirmetur; vel in solidum quidem, sed ex aliis plane documentis?
31. Compromisso saepe adjectus consensus in condemnationem iudicalem eorum, qua laudo comprehensa; an a tali sententia appellari, vel supplicatio fieri aut restitutio peti possit?
32. Consultum, non innoscere laudum partibus antequam iudiciali sententia firmatum sit, ne alias alteruter restitutionem petat. Ne consultum, sententia iudiciali confirmari laudum, quod adhuc interponendum est.

1. **Q**uemadmodum & pactis & transactionibus interpositis saepe fit, ut ad iudicem controversias, quae nata fuerant, haud deferantur; ita quoque arbitros adiri litis finiendae & iudicii solemniter evitandi gratia, frequens est; quippe ad quos confugere solent, quos terrent graviores litium sumtus, iudiciorum strepitus, molestique labores, & injuriosae protelationes, ac denique onerosa aut tadiosa expectatio incerti iuris. Magna autem quin convenientia sit inter arbitria & iudicia, dubitandum non est; cum compromissa ad similitudinem iudiciorum redacta dicantur, quatenus lites finiunt, l. i. ff. b. s. utrobique praescriptionis contigit interruptio, l. pen. §. pen. C. b. s. feriato die sententia ferenda non est, l. Pimponius 13. §. pen. l. si feriat 36. ff. b. s. & idem agendi ac probandi ordo est, citationes fiunt, dilationes conceduntur, confessio partium fidem facit, exceptiones admittenda sunt, in expensas condemnatio fit, perinde ac si apud iudicem lis mota esset, Fachineus libr. 8. contro. cap. 53. Dambouder praxi civili cap. 203. & plura alia communia sunt, de quibus in seqq. Sed nec praetereundum, in multis a iudiciis distare arbitria; quippe quibus nec litis pendencia inducitur, l. si quis rem 30. ff. b. s. nec reconventio admittitur cum compromissum suos fines habeat, ultra quos arbiter nihil determinat, adeoque nec causam reconventionis; quippe quae compromisso comprehensa non est, arg. l. quid tamen 21. §. plenum 6. ff. b. s. cap. cum adlectus 6. extra, de arbitris, Mysingerus cent. 4. obtr. 90. in fine, nec appellatio, i. C. b. s. l. non distinguemus 52. §. cum quidam 14. ff. b. s. (aliter quam obtinet in arbitris seu iudicibus a pratore datis, de quibus agit, l. ex consensu 25. ff. de appellat. ubi pro circa legendum circa l. arbitro 9. ff. qui satisd. cog. leg. si appellacionem 31. C. de appellat. l. ult. C. de iudiciis, junct. l. apertissimi 16. C. ord. iit.) nec publica auctoritate arbitri instructi sunt, arg. l. privatorum 4. C. de jurisd. omn. jud. sic ut neque litigantes cogere, neque testes ad testimonium perhibendum con-

stringere queant, Damhouder *pra. i. civili. cap. 209. num. 6.* atque insuper, arbitris ab alterutro compromittentium corruptis, actio doli locum sibi vindicat, ac lapso datur contra corruptentem, *l. ita domum 31. ff. b. t. cum, corruptis iudicibus, ipso iure nulla sit sententia, nec actione doli contra adversarium corruptentem opus sit, l. venales sententias 7. C. quando provoc. non est necesse.*

2. Est vero arbiter, qui compromisso partium electus est, ut lites dirimat; diversus ab arbitratoribus, nomine quidem in iure nostro ignotis, re ipsa notis; quippe qui absque ulla iudicii forma ex aequo & bono lites componere suo consilio suaeque auctoritate allaborant, *l. Pomponius 13. §. receperit 2. ff. b. t. auct. si vero conigerit C. de iudiciis, Ant. Faber Cod. lib. 2. tit. 38. def. 2. in not. num. 3. Argentras ad consuet. Brit. art. 13. not. 1. num. 4. Damhouder pra. i. civili. cap. 203. n. 18. & seqq. vel conventiones aliae ad finem bonum perducunt, in contractibus, dotibus, aliisque, in quibus viri boni arbitrio opus erat, intervenientes, ut pretia rerum, mercedes usus aut operarum, lucri damnique partes inter socios, dotium dandarum quantitatem, & similia definiant, *l. cum post divorcium 69. §. gener. 4. ff. de iure dot. 1. societatem mecum 76. 77. 79. ff. pro socio §. 1. Inst. de locatione §. 1. Inst. de emt. vend. l. ult. Cod. de contrab. emt. l. si mercor 25. ff. locati.* Sic ut, an arbiter quis, an magis arbiter sit, ex negotii suscepti natura atque ipsa constitutionis formula dijudicandum sit, Andr. Gayl. lib. 1. observ. 150. num. 4. 5. 6. Wassenar praet. jud. cap. 26. num. 17. Simon van Leuwen consur. for. part. 2. lib. 1. cap. 17. num. 4. 5.*

3. Constituitur arbiter compromisso partium, id est, conventionione, qua contententes arbitri sententiae situturos promittunt, plerumque quidem poena apposita, eaque vel aequali, vel inaequali, dum alter pecuniam, alter rem poenae nomine promittit, *l. ligatores 11. §. quod ait 2. ff. b. t. quamvis & sine poena adjectione compromissum iniri possit, hodieque id frequens sit.* Etsi enim arbiter de iure Romano non fuerit obstrictus, ut litem dirimeret; si poena vel nullo modo, vel sub conditione, vel non utrumque, sed ab uno tantum latere promissa esset, vel alteri accepto lata, *l. ligatores 11. §. pen. et ult. l. 12. 13. pr. et §. 1. l. non distinguemus 32. §. summa 5. ff. b. t. tamen, si ea deficiente, arbiter nihilominus sententiam tulerit, ad id, quod interest, teneretur, qui definitioni facta noluerit stare, incerti conditione conveniendus, *l. diem 27. §. ult. ff. b. t. cap. per tuas 9. error. de arbitris.* Idque secundum vulgatam naturam obligationum ad factum, arg. *§. ult. Inst. de verb. obligat. l. si quis ab alio 15. §. 1. ff. de re iudicatis.* Hinc quoque, si nullum prorsus compromissum expresse interpositum concipiatur, partes tamen sententiae per tertium tamquam arbitrum latae consensum praebuerint, eam vel verbis vel rebus ipsis & factis habendo ratam, non possunt postea ab ea sub compromissi non adhibiti obtentu resilire: quid enim interest, mandatum praecedat, an ratihabito subsequatur in negotiis, quae a consensu partium ac conventionione vires habent? arg. *l. etiam si 2. C. commun. utriusque iudicii, l. ult. C. ad Senatus. Macedon. l. semper 60. ff. de reg. juris. Licet**

ergo sine compromisso nulla arbitri potestas sit, *d. l. 11. §. arbitrum 1. ff. b. t.* non tamen illud deesse credendum est, ex quo ratihabito proponitur intercessisse, Ant. Faber *C. lib. 2. tit. 33. def. 1.* Nec interest, stipulatione, an pacto compromissum fiat ac poena promittatur, si modo termini habiles inveniantur, ut pactum ad poenam consequendam sufficere possit; veluti, si ambo sibi invicem aliis ex causis debitores sint, ac paciscantur, ne petat quod sibi debetur, qui sententiae arbitri non paruit. Alioquin, cum nudis ex pactis actionem non dederint Romanae leges, nec poena persecutio ex pacto foret, *d. l. ligatores 11. §. interdum 3. ff. b. t.*

4. Compromittere possunt, qui liberam habent rerum administrationem; etiam socius unus in re communi, non quidem ad id, ut socio noceret, aut eum obstringeret ad observandum quod ab arbitro statutum est, neque enim conventio alterius nocere potest, nec ex alieno pacto alius obligari, *l. unus 27. ff. de pactis, §. si quis alium 3. Inst. de inutil. stipulat.* sed potius ad effectum illum, ut socius compromittens poenam adversario solus exsolvat, si socius alter sententiae arbitri nollet parere: ea enim ratione unumquemque posse promittere factum alienum, ut, si ille non fecerit, promissor poenam praestet, receptum est *d. §. 3. junct. §. versa vice 31. Inst. de inutil. stipulat.* atque hoc est, quod Paulus vult in *l. si duo rei 34. ff. b. t.*

5. Non tamen recte compromittunt furiosi, servi, mulieres, quoties compromittendo intercedunt, *l. diem 27. §. coram 5. non distinguemus 32. §. si mulier 2. ff. b. t. l. licet 3. §. si servus 18. ff. de peculio,* vel cum maritatae essent, mariti consensu ex moribus nostris sunt destitutae. Similiter nec impuberes sine tutoris nec minores sine curatoris sui auctoritate: qui tamen, si fideiussorem dederint, is ad poenam obligatus erit, ubi postea sententiae arbitri paritum non est, *l. si pupillus 35. ff. b. t.* Plane de rebus immobilibus hi ne tutore quidem vel curatore auctore recte compromiserint, sed insuper decreto opus est, secundum ea, quae in *tit. de transactionibus* fuerunt dicta; cum transactionis & compromissi videatur par ratio. Unde & quae de procuratoribus, actoribus universitatis, aliisque licite vel illicite transigentibus in illo titulo fuere tradita, huc transferenda sunt, ut inutilis repetitio evitetur, vide Menochium *de arbitrar. jud. lib. 2. cent. 2. casu 171. num. 40. & seqq. ad num. 46. Gomezium variar. resolut. tom. 2. cap. 14. num. 15. Sander de probib. rer. alienat. part. 1. cap. 1. §. 3. num. 29. Montanum de tutel. cap. 53. num. 217. & seqq. Argentraum ad Consuet. Brit. ann. 482. gl. 1.*

6. Arbitri esse possunt omnes non prohibiti, etiam sacerdotes, *l. non distinguemus 32. §. sacerdos 4. ff. b. t. l. si quis ex 7. C. de epis. aud. nec non Iudaei, l. Iudaei 8. C. de Iudaeis,* infames quoque & libertinae conditionis homines; cum nulla huic officio dignitas insit. Non tamen impuberes, nec servi, adeo ut nec liberi, qui cum servis electi erant, iudicare teneantur aut possint; nec ab his definitum ratum sit, aut poena ab eo, qui non parer, debeatur; nisi servus iam liber factus, partibus consentientibus, sententiam dixerit, *l. Prudius 7. l. 8. 9. ff. b. t.* Sed nec mulieribus ob sexus verecundiam arbitria recipere jus civile permisit, & hoc officium, ut privatum, virile esse iussit, *l. fin. C. b. t.* quod tamen nunc non

servatur: postquam enim placuit, mulieres etiam jurisdictionis capaces esse, absurdum fuerit, ipsis arbitrii suscipiendi potestatem denegari, *cap. dilecti 4. extra, de arbitriis*, Groenewegen & alii *ad d. l. ult. C. b. t.*

7. Minor 25 annis arbiter esse non prohibetur, si modo annis 20 major sit, sic ut tunc etiam ad judicandum cogi possit; qui tamen, si in eo se caput conquireretur, quod arbitrium temere suscepit juvenili facilitate, restitui potest, ne teneatur arbitrari, *l. cum lege 41. ff. b. t.* Quod si viginti annis minor sit, ne adigi quidem ad judicandum potest, licet restitutus non sit, propter prohibitionem legis Juliae privatorum Judiciorum, *d. l. 41.* Sed id non impedit, quo minus ratum sit, quod ipse ex voluntate libera pronuntiavit, si modo annis octodecim major sit, & compromittentes haud ignorent, eum annis viginti minorem esse; cum certa ex scientia in eum consentientes imputare sibi debeant, si laesi sint, *l. quidam 57. ff. de re judicat.* ac proinde, quod a Callistrato scriptum est, nemini licere compromissarium judicem eligere minorem viginti annis, & poenam ex sententia ejus nullo modo committi, *d. l. 41. ff. b. t.* non male de iis acceperis, qui facti errore lapsi, viginti annis majorem putabant esse eum, in quem compromiserant, cum vere minor esset, & in quem, si non errasset, non fuissent consensuri, scientes minorem ex lege Juliae judiciorum non posse cogi ad judicandum, adeoque eligere minorem annis viginti non potuerint cum illo effectu, ut illum invitum cogerent ad judicandum. Multa scilicet recte fiunt a scientibus, & juri communi in eum commodum introducto renunciantibus, quae ab ignorantibus gesta non valent, quasi legibus improbatæ.

8. Eadem lege Julia privatorum judiciorum & illud cautum, ne is, qui in causa aliqua judex est, arbitrium recipiat ejus rei, de qua judex est, aut in se compromitti jubeat; cessetque poenae persecutio, si, secus faciens, sententiam tulerit, *l. sed si in 9. §. si quis 2. ff. b. t.* in alia plane causa ad ejus forum aut officium non spectante recte arbitrium suscipit; licet cogi nequeat ad illud implendum, si in maxima sit dignitate, *l. nam magistratus 4. ff. b. t.* Nostris tamen moribus infrequens non est, ordinarios ex partium compromisso arbitros constitui, ac ad implendum arbitrium etiam cogi per ipsum illud collegium judicum, cujus ipsi pars sunt, ut jure Canonico cautum est, ac pragmatici testantur *capite cum tempore 5. extra, de arbitriis*, Carpovius *de fin. foren. part. 1. constit. 1. defin. 15.* Groenewegen *ad l. 4. et 9. ff. b. t.* Sim. van Leeuwen *cent. for. part. 2. lib. 1. cap. 17. num. 7.* licet aliis magis placuerit, in eos quidem, tanquam arbitros, at non tanquam in iuris arbitros, compromitti posse. Argentæus *ad consuetud. Briann. art. 18. not. 4. n. ult. in fine*, Ant. Faber *Cod. lib. 2. tit. 38. de fin. 2.*

9. Denique nec quisquam in re sua arbiter idoneus est, quatenus se facere juberet, aut se facere prohiberet; neque autem imperare sibi, neque prohibere quisquam potest, *l. pen. ff. b. t.* Quod tamen non impedit, quo minus qui adversario suo permittat controversi negotii determinationem, adeoque eum in causa propria arbitrum faciat, arg. *l. si in lege 24. pr. ff. locati*, Ant. Faber *d. libr. 2. tit. 38. def.*

1. in notis n. 3. vel etiam adversarii sui & proprio advocato simul; imo & soli patrono adversarii; cuius candori si fidere voluerit & justitiae ac integritati, ratio non est, cur non consensu suo haecenus sibi praedjudicare potuerit, ut arbitrium deinceps nequeat arguere nullitatis, dummodo ignarus non fuerit, eum, in quem compromittit, adversæ parti patrocinium præbuisse; quicquid in contrarium nititur Leeuwen *d. part. 2. lib. 1. cap. 17. num. 7.* Non enim volenti, scienti, ac consentienti potest injuria videri facta, *l. 1. §. usque ad 5. ff. de injuriis*. Quo fundamento etiam filium in causa patris, & patrem in causa filii arbitrum esse posse, constat; etsi alias suspectum haud immerito haberi posset tale in personæ adeo conjunctæ negotio arbitrium, *l. quin etiam 6. ff. b. t.*

10. Ceterum neque omnibus in causis recte compromissum fit, neque omnis conventio compromisso inserta firmitatem habet. Ecce enim, apud arbitrum compromisso electum haud ventilandas esse justas restitutionum causas, ad eum effectum, ut is sua sententia infirmaret negotia summo jure, subsistentia, manifestum est ex *l. ult. C. ubi et apud quem cogn. rest. in integr. cap. pen. in med. extra de in integr. restit.* usque adeo, ut ne examen quidem causæ ei a suprema curia restitutionem indulgere rogata, directo committi solet, juxta ea, quæ *tit. de in integr. restitut.* dicta sunt, *num. 9.* Similiter nec de criminali, vel liberali & status causa, aut populari vel infamante actione, ad arbitrum iri potest; sed hæc ordinariis potius relinqui debent judicibus publica potestate munitis exequenda, *l. non distinguemus 32. §. Julianus 6. & 7. ff. b. t.* Sande decit. *Frisic. lib. 5. tit. 8. defin. 6.* Quia vero de criminibus non criminaliter tantum, sed & civiliter agi potest, ad indemnitate præstandam ei, qui pecuniarie ex crimine alieno laesus est; & negotia infamantia etiam quaestionem rei familiaris adjunctam habent; nihil vetat, quo minus in arbitrum de causis supra dictis compromissum fiat, quantum ad illud privatum interesse; eodem modo, quo etiam eum, qui ex crimine damnum sensit, cum criminis auctore transigere posse, in *tit. de transactionibus* adstructum est; intacta interim manente infamiae vel alterius poenae publicæ irrogandæ quaestione, tanquam potestatem arbitri superante, ac per advocatos fisci aliosque similes movenda apud eos, quorum de criminibus notio est, *l. quid ergo 13. §. ex compromisso 5. ff. de bis, qui not. infam.* Groenewegen *ad d. leg. 32. §. 6. ff. b. t.* Præterea de matrimonialibus causis compromissum fieri vetat jus canonicum, quippe quas criminalibus ac liberalibus hac in parte exaequavit, *cap. pen. in fine extra, de in integr. restit.* uti & de spiritualibus; cum non sint privati arbitrii, vide Zoesium *ad Pand. b. tit. num. 19.* quæ tamen non impediunt, quo minus inter plures de jure patronatus, & beneficii Ecclesiastici conferendi potestate, controversiæ exortæ arbitrorum definitioni ex compromisso committantur; cum patronatus jura causis quidem spiritualibus annexa sint; nequaquam vero proprie spiritualia, quippe quæ a laicis possideri possunt & exerceri, & ad hæredes, aut eos, qui de familia sunt, pro varia primæ fundationis lege transire, Responsa ICtor. Holland. *part. 4. consil. 67. pag. 123.*

11. Passiones compromisso inserendas ac compromittendi modos quod attinet, reprobatum a Justiniano est & compromissis adjici vetitum jurjurandum, quo sese litigantes ad servanda ea, quae arbitri pronunciasset, devinciebant, quodque fuerat aliquando permissum, *l. ne in arbitriis 4. §. auct. decernit. C. b. novell. 82. cap. quia vero multa 11. §. 1.* Nullum quoque arbitrium esse Paulus monet, quod in actum fuit, ut certam sententiam dicat arbitri, seu, quo convenit, quid pronunciatum sit, *l. qualem 19. ff. b. 1.* Cum enim omnis vis sententiae, ab arbitrio tendendae, accedat a partium conventionem, ineptum fuerit, eum ad illa adhuc tractanda ac terminanda accedere, quae litigantium transactione jam ita direpta sunt, ut non major his firmitas ab arbitri judicato addi possit. Contra quam in iudice receptum est, qui, quia publica instructus potestate firmare magis potest, quae privatim placuerint, rei iudicatae auctoritatem iis tribuendo, recte sic aditur, ut sententiam non suo arbitratu, sed ex partium praescripto ferat, *l. si conveniit 26. ff. de re judicat.*

12. Non etiam recte convenitur, ut inserta compromisso poena fisco applicetur, eo quod ex juris civilis principiis quisque sibi & non alteri stipulatur, *l. arbitri intra 42. ff. b. 1. junct. §. si quis alii 4. §. §. alteri stipulari 19. Instit. de inquil. stipulat.* Quamvis enim a Callistrato traditum sit, fisco poenam ex contractu privato deberi, *l. 1. in fin. princ. ff. de jure fisci*; id tamen non de conventionali poena, qualis in compromisso est, sed potius de ea, quae a lege constituta, intelligendum est; dum tales a privatis celebrati contractus, quos celebrari lex vetuerat sub comminatione poenae fisco applicandae; cujus exempla sunt in *l. auferitur 46. §. quod praeside 2. ff. de jure fisci, l. non licet 46. ff. de contrab. empt. vend.*

13. Denique nec ita potuit in dictos compromitti, ut, si dissentirent, tertium assumerent, qui tunc ipsi placeret: quia possent in eligendo dissentire. Sed si id actum esset, ut eis tertius assumeretur Sempronius, valere compromissum, responsum est; quoniam in assumendo dissentire non possunt, *l. item si unus 17. §. si in duos 5. ff. b. 1.* quo modo & in emptione pretium, in locatione merces, in tertii certi, non incerti, arbitrium conferri posse, ex eadem placuit ratione, *§. 1. Instit. de empt. §. 1. Instit. de locat. l. ult. C. de contrab. emt.* Si tamen litigantes simpliciter in duos compromiserint, ac haec in lite terminanda dissentiant, liberum quidem est litigantibus sententiae eorum non stare, & in universum a compromisso resilire, *l. diem 27. §. plures 3. ff. b. 1.* (secus quam in iudiciis receptum est, *l. duo judices 28. l. inter pares 31. ff. de re judicat.*) sed si in compromisso malint persistere, ipsis desiderantibus, praetor potest arbitros cogere, ut certam certam praetor personam, cujus auctoritati pareatur, *d. l. item si 17. §. principaliter 6. ff. b. 1.* Cum vero non absurdum sit ea pacto comprehendere, ad quae tanquam rationabilia praetor suo potest constringere imperio; usu merito obtinuit, etiam ipsas partes ab initio sic posse in duos compromittere, ut hi inter se dissentientes tertium suo arbitratu adiscant discordiam diremturum, Groenewegen ad *d. l. 17. §. 5. ff. b. 1.* Quin imo, si ne additum quidem fuerit, in dissensu electorum tertium

assumendum esse, ipsos tamen jure suo posse sibi tertium associare litis dirimendae causa, quibusdam placuit, Rebuffius ad *constit. regias tom. 5. tract. de arbitris art. 1. gloss. 2. n. 7. Wassenaar praef. judic. cap. 26. num. 17. in fine. Leeuwen con. for. part. 2. libr. 1. cap. 17. num. 10.* quasi data arbitris controversia finiendae potestate etiam tacite ea censerentur concessa esse, si quibus arbitrium explicari non potest, & negotium definiri: uti non potest, si pari numero dissentiant, nisi tertio assumto, arg. *l. 2. ff. de iurisdic. 7.* quae opinio etiam juris Canonici constitutione videtur juvare, *cap. cum speciali 61. extra. de appellacione*, sed vix est, ut hac aliter admiseris, quam si compromittentes, non ignaros tertium assumi, patientiam praebuisset atque ita tacite consensum accommodasse constet: nam si ob dissensum arbitrorum malint a compromisso resilire, uti id leges ipsis permittunt, ideoque testationibus denunciaverint ambo, vel alteruter, ne tertius assumeretur, aut assumtus sententiam diceret, non animadverto, cur efficax foret, quod ab eo, quem *superarbitrum* vulgo appellant, fuisset definitum, cum nunquam in eum consensisse dici queant; nullus vero satis idoneus arbiter sine partium voluntate possit censeri.

14. Arbitrii recepti effectus est, quod arbitri cogatur sententiam ferre: licet enim id officii genus nemo invitus teneatur suscipere, quoniam (ut elegantissimis Ulpiani verbis utar) haec res libera & soluta est, & extra necessitatem jurisdictionis posita; attamen, ubi semel quis in se receperit arbitrium, ad curam & sollicitudinem suam hanc rem pertinere praetor putat: non tantum, quod studeret lites finire; verum quoniam non deberent decipi, qui eum quasi virum bonum, disceptatorem inter se elegerunt. Pinget enim, post causam jam semel atque iterum tractatam, post nudata utriusque intima, & secreta negotii aperta, arbitrum vel gratiandem, vel sordibus corruptum, vel alia ex causa, nolle sententiam dicere, quisquamne potest negare, aequissimum fore, praetorem interponere se, ut officium, quod in se recepit, impleat, *l. Labao, 3. §. 1. ff. b. 1.* Cogendus vero captis pignoribus, indicta multa, aliisque similibus modis, quibus vulgo quisque ad oneris suscepti implementum constringi potest, *l. non distinguemus 32. §. si arbitri res 12. ff. b. 1.* arg. *l. praes 3. C. de suspens. tut. §. pen. Institut. de iurisdic. tut. §. curat.* praecipue vero condemnatione in id, quod interest, arg. *l. si quis ab alio 13. §. 1. ff. de re judicat. §. ult. Instit. de verb. obligat.* Nec silentio hic involvenda illa peculiaris cogendi ratio, quae Anglis Belgisque inter alias pacis conditiones placuit, 23. Aprilis anni 1654. artic. 28. ut nempe arbitri litibus quibusdam diffidandis ab utraque gente electi, si non intra certum tempus eas definierint, conclavi includantur ab omni hominum consortio segregati, ibique sine lumine, sine cibo potuque, aut apparatu alio quocunque, tamdiu agant, donec sententia sua commissas sibi terminarint quaestiones, *Placii. Holl. vol. 2. pag. 531.*

15. Ferenda autem ab arbitris sententia est, primo quidem, utraque parte praesente, nisi id actum fuerit, ut & absente altero id liceat: alioquin si alterutro absente, ut ut legitime vocato, pronun-

ciata sit, ipso quidem jure nulla est; sed absens ad poenam incipit obstrictus esse, quod per eum steterit, quo minus arbitrium impletum sit; adeo ut summo jure in eo quoque poena committatur, qui absentia reipublica causa vel valetudine vel alio simili modo impeditus, praesens non fuit: sed si is paratus sit in arbitros eisdem adhuc consentientes (inviti enim non coguntur) compromittere, & sententia eorum sese subicere, actio ad poenam in eum ex aequitate per praetorem deneganda foret, vel saltem exceptione se posset tueri, *l. quid tamen* 21. §. *si quis ex litigatoribus* 9. *l. diem* 27. §. *si quis litigatorum* 4. ff. b. t.

18. Sed & secundo, omnes arbitros electos praesentes esse, jus Romanum voluit; adeoque, si in tres fuerit compromissum, & absente uno, duo consentiant, arbitrium non valere placuit nisi aliud actum sit, *l. non distinguimus* 32. §. *cum in pluribus* 13. ff. b. t. licet enim ille absens solus duos praesentes vincere non potuisset suffragio, si & ipse praesens fuisset; superare tamen potuisset rationum momentis, ac inducere, ut aliter illi fuissent judicaturi, quam nunc, absente eo, ab illis pronuntiandum est; seu, *potuisset praesentia ejus trahere illos in ejus sententiam*, ut Ulpianus loquitur, *l. item si unus* 17. *l. 18. ff. b. t.* neque prodesse potuit interpellatio absentis, ut sese sisteret; fuit enim, si compromissum receperat, cogendus, non interpellandus, ut ait Ant. Faber *Cod. lib. 2. tit. 38. defin. 3.* Quia tamen illa absoluta arbitrorum omnium praesentia necessitas non raro malitiis atque calumniis posset ansam praebere, dum aliquando unus aut gratia aut odio aut sordibus corruptus sui copiam non faceret; atque ita quaestiones malitiosa absentia diutius protelarentur ac manerent indecisae; commode cautum fuit jure Canonico, ut, si legitime omnes citati fuerint, nec jussum allegaverint impedimentum, quo minus adessent, liceat duobus praesentibus, absente tertio, perinde ad negotii commissi examen accedere, illudque sua dirimere sententia, ac si tertius legitime vocatus ipsis praesens fuisset, *cap. ult. de arbitris in 6.* eoque jure nos uti, testatur Groenewegen *ad d. l. 17. §. ult. & l. 14. ff. b. t. Wassenaar pract. judic. cap. 26. num. 18.* Leeuwen *cons. for. part. 2. lib. 1. cap. 17. num. 9.* Aliter quam statuendum foret, si unus ex arbitris functus sit: morte enim tali compromissum dissolvi verius est: nisi superstitionibus reliquis in casum mortalitatis tributum sit alterius in mortui locum coopandis ius. Ut enim in societate electa conjunctim industria plurium efficit, ut uno moriente solvatur etiam inter reliquos superstites, nisi in coeunda societate aliter convenerit, §. *solvitur* 5. *Instit. de societate*; ita par ratio facit, ut in arbitris pluribus electis jus simile statuatur; cum & hic conjunctim plurium peritiam & fidem & aequitatem respuerint, qui in plures simul compromiserunt, arg. *l. item si unus* 17. §. *ult. l. non distinguimus* 32. §. *cum in plures* 13. ff. b. t. Respons. Jctor. Holl. *part. 2. convil. 244. in mid.*

17. Necesse insuper ut loco debito feratur sententia, id est, tali, de quo vel expresse convenit, vel in quo compromissum est, si de loco nihil cautum invenitur. Frustra proinde juserit arbiter, ut in provincia adsint, qui simpliciter compromisse-

rant Romae. Vide *l. quidem tamen* 21. §. *si arbitror* 10. ff. b. t. Tempore quin etiam legitimo, adeoque intra diem compromisso definitum; nisi arbitro diei prorogandi seu proferendi potestas data sit, *l. non distinguimus* 32. §. *ult. l. 33. l. quid tamen* 21. §. *Papin. 5. & 8. ff. b. t.* quam & in dubio arbitris tacite moribus hodiernis videri datam quoties non invenitur nominatim adempta, quidam censent; maxime, si justa appareat prorogationis faciendae causa, Leeuwen *cons. forens. part. 2. lib. 1. cap. 17. num. 14.* Plane diem compromisso insertum referre, id est, antevertere & ita maturius judicare, arbiter invitis litigantibus prohibitus est, *d. l. 33. ff. b. t.*

18. Cum vero non tantum de una re, sed & de pluribus aut omnibus causis ac controversiis compromitti possit, quale compromissi genus plenum dicitur, *l. quid tamen* 21. §. *plenum* 6. ff. b. t. (licet & alio atque alio sensu pleni compromissi mentio fiat in *l. litigatores* 11. §. *quod ais* 2. *in fine, l. ita demum* 31. *in fin. ff. b. t.*) non aliter videbitur officio functus arbiter, quam si omnes quaestiones sua diremerit sententia; alioquin adhuc a praetore cogendus, ut definiat necdum decisa, *l. qualem* 19. §. *dicere* 1. *l. de rebus* 43. ff. b. t. Sed &, si una tantum controversia ad eum delata sit; non suffecerit interlocutorium de ea tulisse sententiam; verum ita pronuntiandum, ut secundum id litigantes a tota controversia discedere velint, *d. l. 19. §. 1. ff. b. t.* adeoque nec ad arbitrum alium, nec ad judicem ordinarium potest sua sententia compromittens ablegare, *l. non distinguimus* 32. §. *quarium* est 16. ff. b. t. Uti ex adverso cavendum, quoque arbitro est, ne compromissi fines egrediatur, ac alia dirimat, quam quae ipsius arbitrio commissa sunt, aut alio modo, quam quo compromissum est, *l. Pedius* 7. *in fine ff. b. t.* Generaliter enim sciendum, omnem de officio arbitri ac potestate tractatum ex ipso compromisso sumendum esse; nec aliud ei licere, quam quod ibi, ut efficere possit, cautum est. Non ergo quodlibet statuere poterit, nec in re qualibet, sed de qua re compromissum, & quatenus compromissum est, *l. non distinguimus* 32. §. *de officio* 15. & *ult. ff. b. t.* &, compromisso generaliter concepto, de his solis judicare rebus & rationibus & controversiis, quae ab initio fuerunt inter eos, qui compromiserunt, non quae postea supervenerunt, *l. de his rebus* 46. ff. b. t. arg. *l. ut fundus* 18. ff. *communi divid.* Hinc quoque reconventionis locum non fore apud arbitrum, supra in *pr. b. t.* dictum est, nec, si ex compromisso poenam exigi vetuerit, ratum erit, quia non de poena compromissum est, *l. quid tamen* 21. §. *item si arbitror* 4. ff. b. t. nec a procuratore recte exigit de rato cautionem, *d. l. 32. §. arbitri* 20. ff. b. t. nec nomina testium edere cogit, *l. non ex omnibus* 39. ff. b. t. nec allium sibi adungi jubet, *d. l. 32. §. item si* 17. ff. b. t. Non tamen adeo angustis cancellis concludenda fuit arbitri auctoritas, quin condemnationem faciens diem solutioni peragendae possit statuere, *d. l. quid tamen* 21. §. *solutioni* 2. & *ult. l. 22. 23. ff. b. t.* in expensis temerarium litigationem damnare, ac contumaciam ejus pecuniaria punire poena, *l. non ex omnibus* 39. ff. b. t. Damhouderus *prax. civil. cap. 203. num. 14.*

obscura quoque arbitrii verba interpretari; maxime cum quisque optimus verborum suorum interpres sit, arg. *l. actorum 48. ff. de re judic. junct. l. 1. ff. b. r. compensationes etiam admittere, si quæ apud eum obijciantur, ac vulgata compensationum requisita concurrant. Si enim in lite terminanda debeat solutionis allegatæ rationem habere, quidni & compensationis? quippe quæ æque ac naturali solutione debitum ipso jure extinctum est, imo pro soluto habendum ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur; nec interest, solverit quis an compensaverit, *l. si constat 4. C. de compensat. l. si debitor 4. ff. qui pos. in pignor.* sic ut non nisi injusta posset dici sententia, quæ arbitri debitum pronunciaret, quod dudum de ierat vi compensationis deberi.*

19. Quod si plures arbitri electi dissentiant in ferenda sententia, id quod majori parti placuerit, ratum erit, *l. item si 17. §. ult. l. diem 27. §. si plures 3. ff. b. r. sin pares numero utrinque sint, quid juris sit, supra jam traditum. Ut tamen non in universum dissentire credendi sint, si in minorem alii, alii in maiorem summam condemnent: cum enim majori summæ minor insit, *l. 1. §. 4. ff. de verbor. oblig.* omnes in summam minorem conveniri intelliguntur. Unde si ex tribus arbitris unus quindecim, alter decem, tertius quinque condemnent, quinque sola deberi responsum est; quia in hanc summam omnes consenserunt, *d. l. diem 27. §. si plures 3. ff. b. r.* Et quamvis ab hac sententia recedendum esse, ac in mediam quantitatem, adeoque in decem arbitrium subsistere, plures arbitrentur, quos refert & sequitur Groenewegen *ad d. l. 27. §. 3. ff. b. r.* quia tamen frustra convellere nititur Romani juris rationem, rectius fuerit a lege civili hic non resilire. Manet namque naturali ratione certissimum, illos, qui in quindecim aut in decem voluerunt condemnare, etiam voluisse damnare in quinque; quod nisi quis fateatur, necesse est, ut ergo existimer, eos in decem aut quindecim aureos damnando reum, & in sua opinione persistendo, eundem voluisse absolvere ab aureorum quinque præstatione, cum sententia non nisi absolute vel condemnationis finem liti imponat; quod quam absurdum sit, res ipsa loquitur. Ne dicam, admissio Groenewegii ratiocinio, (quo negat, majori summæ minorem inesse in præsentii questione) nec in decem debere sententiam subsistere cum ea ratione nec in decem consentiat, qui in quindecim damnavit; atque adeo non magis in decem quam in quindecim aut quinque, plurium arbitrorum opinio conspirat. Sed & favorabiliores esse reorum, quam actorum partes, tralatitium est, *l. favorabiliores 125. ff. de regul. juris*, quæ tamen regula falsa erit, si in decem sententia nostro in casu subsistat. Perdet denique officium suum axioma illud, quod in ambiguis ac obscuris id quod minimum est, semper sequendum esse dicitur, si ultra quinque condemnatio dicatur effectum sortitura, *l. semper in obscuris 9. ff. de regul. juris, l. inter pares 33. §. 1. ff. de re judicata.* Quo autem sensu verum sit ex intentione agentium majori summæ non inesse minorem, sed sæpe minori majorem latius forte in *vis. Mandati* tradetur, cum nunc sufficiat monstrasse, id nostræ non posse questioni applicari.*

20. Sunt tamen casus, quibus arbitri ad ferendam

sententiam cogi nequit: puta si alter compromittentium mortuus fuerit; morte enim compromissum extinguitur; nisi & persona hæredum utriusque partis compromisso comprehensa sit. Hæredis ab uno tantum latere mentionem fieri, haud sufficit; cum non debeat compromissum claudicare, *l. diem 27. §. si hæredis 1. l. sed & interpellatur 49. §. ult. ff. b. r. cap. ult. extra, de arbitris.* Quæ & tunc obtinent, cum ex pluribus ejusdem compromissi consortibus unus extinctus est, si modo causa, ipsi cum aliis communis, individua sit, notante Brunemannio *ad l. 27. §. 1. ff. b. r. num. 6.* Eademque servantur, si alteruter compromittentium bonis cesserit, atque ita in locum ejus subintrarint creditores; cum ipse compromittens post cessionem nec agere possit, nec conveniri, *l. item si unus 17. pr. ff. b. r.* imo pro mortuo habeatur, arg. *§. antep. & pen. Instit. de societate.* Ut proinde per hæredes defuncti, aut cedentis creditores renovatio compromissi facienda sit, Respons. Jctor. Holl. part. 3. vol. 1. consil. 104. quod repetitum *part. 4. cons. 17.* etiamsi arbitri sententiam jam concepissent, si modo necdum pronuntiatio ejus secuta sit. Resp. Jct. Holl. part. 2. consil. 214. in *med. Brunemannus ad d. l. 27. §. 1. ff. b. r. num. 5.*

21. Non etiam ad arbitrium implendum cogi potest, si gravis ætas, necessaria profectio, munus reipublicæ, adversa valetudo, aut alia similis justæ excusationis causa superveniat; nisi quod subinde prætor in hisce non in universum remittit munus susceptum, sed causa cognita differt tantum arbitrii recepti implementum, *l. licet autem 15. l. 16. ff. b. r. ita, ut id facit, si arbitri juret, sibi necdum liquere, l. Pomponius 13. §. ult. ff. b. r.* Inimicitia quoque capitales, quæ arbitro cum litigantibus aut eorum alterutro coeperunt intercedere, eum liberant a sententiæ ferendæ necessitate, *d. l. 15. ff. b. r.* uti & si arbitri a partibus infamatus fuerit; ut tamen non levior quavis, sed sola gravior infamatio, causa cognita; præbeat excusationem, *l. sed si in rerum 9. §. pen. d. l. 15. ff. b. r.* Sed & si præta arbitri auctoritate, ad judicium vel alium arbitrium litigantes ierint, & vel multo post, vel etiam mox, ad eundem arbitrum redierint, cogendus non est ita contumelia affectus inter eos disceptare, *d. l. 9. §. ult. l. 10. l. 11. l. item si 17. §. 1. ff. b. r.* cum enim ex eo, quod apud arbitrium lis ventilari coëpta est, non inducatur litis pendentia, ut loquuntur, potuit sane ab arbitro ad judicem controversia transferri, ut illic suo ordine peragatur, eo, qui transtulit, tantum in compromissi penam damnando, *l. si quis rem 30. ff. b. r. & hoc jure etiamnum Ultrajectinus uti, tradit Wassenaar præf. judic. cap. 1. num. 81.* Sed Geldris contra placuit, litis pendentiam compromisso induci, ac ad arbitros remittendum esse eum, qui invita parte adversa voluerit, his derelictis, ad judicem ire, Lambert. Goris *advoc. tract. 4. §. 5.* Simile etiam jus in Hollandia, Zelandia, ac Flandria, quæ Ordinibus generalibus paret, vigere, vel inde constat, quod sub exceptione litis pendentis etiam exceptionem compromissi in arbitros facti contineri sancitum sit, *Ampliatie van de instruct. van den Hove van Holland. 21. Dec. 1579. art. 10. verdragh. tusschen Holland. en Zeeland 3. Augusti 1587. art. 9.* In-

struēt. Curia Flandr. art. 301. Neostadius Curia Holland. dec. 40. Groenewegen ad d. l. 30. ff. t. b. Nec tamen eundem inficias, quin alteruter compromittentium ex justa aut saltem probabili causa restitutionem in integrum petere possit adversus compromissum, atque ita efficere, ut infirmato compromisso ac adempta arbitris iudicandi potestate, controversia apud ordinarium iudicem deinceps agatur, uti mox reductionis occasione observabitur plenius. Sed & cum arbitri forte litem diutius videntur protelare, altero compromittentium desiderante, decerni potest a Curia, ac arbitris injungi, ut intra certum tempus litem dirimant; aut si neglexerint, fore, ut lis ad curiam devolvatur, hique litigantes eam persequantur, novissimis actis contentis, Neostadius *d. dec. Curia Holl. 40. in fine.* Quid quod & illi, qui in arbitros recte electi sunt, deinceps nihilominus tanquam suspecti declinari possunt, ubi alteruter litigantium satis justam probat emersisse, vel antea ignotam nunc innotuisse suspicionis causam? Quid enim si sordes, aut turpitudine arbitri manifesta sit? quid si aliis ex causis inimicus factus? quid si ab adversario hares institutus, aut aliter in eam deductus conditionem, ut ex ea lite litem speret, aut metuat damnum? æquum sane fuerit, eum non minus, quam iudicem publica auctoritate constitutum, a suscepti arbitrii implemento depelli, *l. sed si in q. ff. sunt & alii 3. leg. non distinguimus ff. cum quidam 14. ff. b. t. arg. leg. Julianus au. 17. ff. de iudiciis, leg. apertissimi 16. & auth. si vero C. eod. tit.* Quod enim alibi dicitur, arbitrum ad iudicandum compellendum esse, si sordibus corruptus sit, *l. Labeo 3. ff. 3. ff. tametsi 1. in fine ff. b. t.* non ad eum pertinet, qui in id corruptus est, ut iniquum ferat arbitrium; sed ad eum, qui tantum sordide inductus est, ut arbitrium interponendum dolo protelet; de quo non ideo protinus præsumendum fuit, quod injustam in negotio principali esset sententiam laturus; unde & partes adhuc id arguit, ut cogatur arbitrari, eum suspectum non habentes. Confer de causis suspicionis *tit. de iudic.*

22. Præterea cogendus non fuit arbiter, si pœna compromisso non fuisset inserta, *l. litigatores 11. ff. item penult. ff. b. t.* vel inserta quidem, sed jam commissa; semel enim commissa pœna, solvi compromissum Paulus ait, nec amplius posse committi, nisi id actum sit, ut in singulas causas toties committatur, *l. si duo rei 34. ff. 1. ff. b. t.* nec alia verborum sententia est in *l. non distinguimus 3a. ff. 1. ff. b. t.* dum dicitur non cogendus arbiter sententiam dicere, si pœna commissa sit: eadem enim utrobique loquendi ratio, auctor idem, sensus planus, atque adeo nulla opus emendatione, quam facit Gothofredus in notis ad *d. l. 3a. ff. 1. pro si, legens, nisi.* Etenim, si verum sit, non cogendum esse arbitrum, si ab initio pœnæ deesset; nonne ratio dicat, eundem nec cogendum esse, si pœna jam commissa sit, id est, jam coeperit deberi? cum neutro in casu pœnam ultra metuant compromittentes, etsi iudicio arbitri paritum non sit. Committi vero potest pœna ante sententiam ab arbitro dictam, quoties dies certus compromisso insertus est, ut ante eum arbitrium interponatur, & litigantium alteruter constituto tempore sese non sistat ad audiendam arbitri sententiam, non nisi parte utraque præsentem ferendam:

cum enim per eum steterit, quo minus lis pronuntiatione arbitri finiatur, ipse pœnæ reus sit, arbiter vero arbitrandi necessitati deinceps subductus est, non ultra cogendus, *l. quid tamen 21. ff. si quis 9. l. diem 27. ff. si quis 4. ff. b. t.* unde & diem compromisso apponi, intra quem feratur sententia, non modo compromittentium, sed & ipsius arbitri summopere interest; qui etiam propterea, die a partibus omisso, eundem ipsis consentientibus constituit, ne alioquin omni tempore cogeretur arbitrari, *l. sed si compromissum 14. ff. b. t.* Ceterum hodie ex compromisso sine pœna concepto, & arbitrio ita recepto, arbitros ad iudicandum cogi posse, non ambigitur. Groenewegen ad *leg. 11. et 13. ff. b. t.*

23. Sententia secundum sequita superius commemorata lata effectus est, quod nec ab arbitris mutari possit, etsi errorem allegantibus, quippe quorum officium absolute finitum est, *l. qualem 19. ff. ubi in l. 20. l. 21. ff. b. t.*; nec a compromittentibus impune contemni aut rejici; adeo ut, quisquis ei stare noluerit, ad pœnam compromisso insertam teneatur, vel ad id, quod interest, si pœna non inveniat promissa, *l. ex compromisso 2. l. 3. l. diem 27. ff. al. ff. b. t.* creditur autem sententia non parere, si in iudicium deducat ipse aut hares ejus rem, de qua compromiserat, *l. quamvis 37. ff. b. t.* vel petat ab eo, a quo arbiter peti venerat, vel a fidejussore ejus. Plane si a fidejussore petere prohibitus sit, a reo principali petens, in pœnam non incidit, nisi ipsius fidejussoris intersit, a reo non peti, dum in rem forte propriam fidejussit, *l. aduersus 29. ff. b. t.* nec ab uno ex correis debendi petere vitatus, si ab altero petat, pœna committitur, nisi correi simul socii sint, *l. si duo 34. ff. b. t.* Jure tamen novo, licet non nascatur actio & exceptio rei iudicata, cum non fuerit iudicium proprie dictum, in factum tamen & actio & exceptio datur ex arbitri sententia, quam partes vel subscriptione, vel decem dierum probaverint silentio, ad id, ut ea executioni detur, non per arbitrum, cujus nulla jurisdictio est, adeoque nec iudicati exsequendi potestas; sed per iudicem reo competentem, *l. per. C. b. t.* quod & ante de Judæorum arbitris invenitur cautum, *l. Judai 8. C. de Judæis.* Andr. Gayl. *libr. 1. observ. 1. num. 50. 51. Morula præxi libr. 2. tit. 2. cap. 6. Argentarius ad consuet. Britan. art. 19. not. 2. num. 3.* data tamen condemnatio dilatione vel per arbitrium expresse ad solvendum constituta, vel alioquin modica, *l. quid tamen 21. ff. ult. & l. seqq. ff. b. t.* quod modicum spatium quidam de decem dierum induciis intelligunt, arg. *l. promissor 21. ff. 1. ff. de contris. pecun.* sed forte rectius de tempore ordinario condemnatis concessio acceptis; nam & confessis idem datum est, *l. certum 6. ff. ult. ff. de confessis*, & arbitria ad similitudinem iudiciorum redacta sunt, *l. 1. ff. b. t.* ut effectu inspecto eandem vim habeat arbitri sententia, quam, si a iudice lata esset, ubi a partibus est homologata, ut loquuntur. Quod & usu servatur; eo excepto, quod apud nos receptum sit, reum ab arbitro condemnatum prius citari ab actore eodemque victore, ut videat ab ordinario iudice decretum interponi de facienda executione sententiæ per arbitros lata, teste Groenewegen ad *l. 5. C. b. t.* Sim. van Leeuwen *concor. for. part. 2. lib. 1. cap. 17. n. 16. Wassenar prælic. iudic. cap. 26. n. 7. 8.*

24. Nec tamen executioni danda erit, si per sor-des aut per manifestam gratiam vel inimicitiam pro-berur lata, *l. i. de damnum 31. ff. b. t. l. arbiterorum 3. C. b. t.* maxime, si testationibus conventus arbitrer, ne hasce ob causas diceret sententiam, dixerit nihilo minus nullo cogente, *l. non distinguamus 52. ff. cum quidam 14. ff. b. t.* Idemque est, si arbitrer aliquid non honestum jusserit, *l. quid tamen 21. ff. non de-beris 7. ff. b. t.* aut compromissi fines prætergressus ea definierit, quæ ejus arbitrio non erant commissæ, arg. *l. de his rebus 46. ff. b. t. ut fundus 18. ff. com-muni divid.* aut denique compromissum nullum fue-rit ratione personarum compromittere non valen-tium, vel eorum, in quos compromittere vetitum, vel causarum arbitrium respuentium; de quibus an-te dictum fuit.

25. Quod si alteruter compromittentium sese sen-tentia arbitri gravatum, putet, appellare quidem non potest, ut in *pr. b. t.* monitum; sed tamen liberum ei, intra decem dies a lata sententia, attestacionem mittere judici vel adversario, per quam manifestum fiat, definitionem arbitri non esse amplectendam, *l. pen. in med. pr. C. b. t.* quod attestatio in eo ab ap-pellatione diversa est, quod appellatione lis ad su-piorem judicem in continenti transfertur; quod non ita est in attestacione, quippe quæ facta, pona tantum committitur compromisso inserta. Verum, uti manifestam arbitratoris iniquitatem corrigi pos-se judicio bonæ fidei jus Romanum docet, *l. societa-tatem 76. 77. 78. 79. ff. pro socio*, atque ita redu-ctionem ad arbitrium viri boni fieri juris interpre-tes dixerunt. Vide Christinum *ad Leg. Mechliniens.* tit. 14. art. 2. & vol. 1. *decis. 250. num. 2. 3.* Sande *de-cis. Frisic. lib. 1. tit. 14. defin. 1.* Petrum Zans *de di-vis. honor. lib. 1. cap. 4. n. 11.* Crivellum *decis. 1. num. 4.* Andr. Gayl. *lib. 1. observ. 150. num. 17.* ita quo-que ab arbitri sententia reductionem peti nostris ac gentium plerarumque moribus invaluit. Quæ, si intra decem dies postulata fuerit (intra viginti ex in-structione Curia Brabantina art. 488.) facit diff-ri sententiæ executionem, cum sese habeat ad in-sar appellationis, arg. *l. non distinguamus 32. ff. cum quidam 14. ff. b. t.* adeo ut, impetrato reductionis man-dato, eoque per apparitorem adversæ parti denun-ciato, frustra futurus sit adversarius, si, eo dissimu-lato, vocet impetrantem, ut videat executionem ar-bitrii a judice decerni; quippe liti pendente ex-ceptione repellendus, Wassenaar *pract. judic. c. 26. num. 16.* Sin post decem dies petatur reductio, re-formationis naturam induit, nec suspendit interim sententiæ effectum. Post annum uti reformationis ita & reductionis petendæ licentia usu denegata est; nisi impetrata fuerit adversus lapsum temporis resti-tutio, justissimis causis eam indulgeri suadentibus, Andr. Gayl. *l. 1. observ. 140. n. 1. 2.* Merula *pro-ri lib. 4. tit. 5. c. 1.* Sande *dec. Frisic. lib. 1. tit. 14. def. 3.* & Ant. Faber *Cod. lib. 2. tit. 38. de-fin. 6.* Fachineus *lib. 8. controvers. cap. 95.* Groe-newegen *ad l. 1. & 3. C. b. t.* imo tanta reductio-nis & appellationis reformationisque affinitas nunc est, ut & apud nos ac aliis variis in regionibus te-mere petita reductionis multis proposita sint, eoque ac appellationis, ut notavi *tit. de calumniantibus*, & eodem fatalis (ut loquuntur) idem litigandi mo-dus observari debeat appellatione interposita, aut

reformatione petita; quod uti in praxi constat, ita & instructione Curia Flandrica nominatim cautum est, art. 251.

26. Quæ autem de reductione post decem dies postulata diximus, etiam tunc obtinent, cum redu-ctionis remedio in compromisso, vel saltem ante sententiam ab arbitro pronunciatam & partibus haud cognitam, renunciatum est. Quamvis enim renun-ciatio talis effectu destituta sit, in quantum ea non obstante gravatus ad reductionis auxilium confugere potest, petita saltem adversus renunciationem ut te-mere factam restitutione, haud difficulter impetran-da; dum omnis approbatio sententiæ adhuc per ar-bitrum ferenda hac tacita conditione, si æquum arbitrer definierit, nititur, ut post alios observat Jac. Coren *observat. 2. num. 1. 2. 3. 4. & seqq.* Christinus *vol. 2. decis. 142. num. 6.* Neostadius *cur. supr. decis. 90.* efficit tamen, ut reductionis petitio, quoquo tempore facta, executionem arbitrii non im-pediat, nec appellationem sed tantum reformationis effectum sortiatur. Nader *ampliatte van d'Instruëtie van den Hogen Provinciale Rade 26. Martij 1644. art. 20.* Neostadius *Curia supr. decis. 90.* Sande *decis. Frisic. lib. 1. tit. 14. def. 4.* Groenewegen *ad l. 1. & 3. C. b. t. numero 5.* Sim. van Leeuwen *cons. for. part. 2. lib. 1. cap. 17. numero 18.* Wassenaar *pract. judic. cap. 26. numero 12.*

27. Competens ad reductionem hanc petendam ju-dex est ille, qui primitus fuisset adeundus, si com-promissum nullum in arbitros intercessisset, sive actor sive reus se gravatum contendat, arg. *l. si quis rem 30. in fine ff. b. l.* cum enim arbitrer pri-vatus tantum sit, non judex, nec compromissum ex sua natura ullam involvat jurisdictionis prorogatio-nem; ratio nulla est, cur is, qui arbitrium arbitrii haud observandum patat, ordinarii judicis declina-ret forum. Quæ sententia & in Gallia, & in Ger-mania recepta est; ac Senatui supremo Mechlinien-si & Pedemontano placuit, Fachineus *consens. lib. 8. cap. 94.* Ant. Thesaurus *decis. 14. numero 5.* & Rebuffus *ad consil. reg. tom. 3. tract. de arbi-tris gloss. 10. numero 9.* Costalius *ad l. societatem 76. ff. pro socio.* Andr. Gayl. *lib. 1. observ. 149.* Christinus *vol. 2. decis. 142. num. 4. & 143. num. 8.* Parum facit in adversum, quod reductio illa ap-pellationis species videatur esse, *l. non distinguamus 52. ff. cum quidam 14. ff. b. t.* appellatio vero sic ad superiorem judicem facta provocatio. Etenim primo quidem appellatio proprie dicta non est, sed tantum hætenus appellationi similis, quatenus per eam retractatio sententiæ arbitri postulat, *ad l. 1.* sed & secundo incipias iri non potest, quin hæc quoque, cum apud ordinarium judicem inferiorem reductio petatur, lis ad superiorem transferatur de-cidenda; ab arbitro, qui privatus, ad judicem auctori-tate publica constitutum, & procul dubio ob id arbitri superiorem. Et quamvis in Hollandia moris esse, ut reductiones a Curia provinciali, præterito ordinario judice inferiore, petantur, testatur Men-ela *praxi civil. lib. 4. tit. 5. cap. 1. num. 2.* Groe-newegen *ad l. 1. & 3. C. b. t. in fine*, Leeuwen *cons. for. part. 2. lib. 1. cap. 17. num. 18.* & id necessitatis esse in Frisia tradat Sande *decis. Frisic. lib. 1. tit. 14. defin. 2.* nihil tamen causæ est, cur non in Hollandia etiam apud inferiorem judicem

reductio petatur; cum nusquam illis inveniatur annumerata negotiis, de quibus prima instantia posset Curia provincialis, parte alterutra litigantium invitata, cognoscere ac judicare: unde & hunc usum curiz adeunda magis litium abbreviandarum gratia, quam ex necessitate servari, innuit Groenowegen *d. loco*: & dubitationis tantum tollenda causa per Zelandos id actum existimo, ut non a curia provinciali, sed ordinario iudice, reductio per eum, qui se gravatum contendit, postuletur. *Provisieel accord tusschen Holland en Zeeland 7. Martii 1607. art. 10. & nader provisieel accord 11. Junii 1674. art. 24.*

28. Sive autem confirmata fuerit per iudicem reductionis, sive retractata sententia arbitri; liberum rursus est ei, qui se laesum autumat, ab illa iudicis sententia ad tribunal superius facere provocationem: cum enim appellatio sit quaedam defensionis species jure naturali competens, haud temere deneganda est, quoties legislator civilis eam iustis de causis non nominatim ademit; quod hoc in casu factum nusquam est, Andr. Gayl. *lib. 1. observ. 149. num. 4. 5.* Covarruvias *variar. resolut. lib. 2. cap. 12.* Fachineus *controv. libr. 8. cap. 96.*

29. Penam quod attinet, si quae promissa fuerit in casum, quo alteruter compromittentium parere noluerit sententiae arbitri, licet Gallorum moribus debeatur, cum primus reductionis iudex eam firmavit, Costalius *ad l. 79. ff. pro socio. Crivellus decis. 1. Argentraus ad consuet. Brienn. art. 19. not. 2. n. 2.* Christinaus *vol. 2. decis. 142. n. 6. 7.* Hollandis tamen & vicinis aliis placuit, non aliter penam persolvendam esse, quam si laudum (ut appellant) extrema reductionis sententia, adversus quam nulla amplius auxilia supersunt, confirmatum fuerit; cum non videatur poena dignus, quem iudex supremus gravatum pronunciavit, & jure de arbitrorum iniquitate conquestum. Neostadius *cur. supr. decis. 97.* Jac. Coren *observ. 13.* Groenewegen *ad d. l. 1. & 3. C. b. r. num. 4.* Sed & si is, qui reductionem petierat, deinceps sine transactione ab ea petitione sua sponte desistat, causae forte suae diffusus; perinde pati debet poena promissa persecutionem, ac si extrema reductionis sententia succubisset; cum utique verum sit, penam incepisse committi, quamprimum ille arbitri sententiae reluctari cepit; nec aequum sit, eum sola sua poenitentia desinere poenae debitorem esse, si modo poenitentia haec dici debeat, ac non potius consultae prudentiae, dum ab ulteriori litis persecutione desistit non tam compromissi religione, quam potius necessaria aequi iudicii observatione, postquam iustam arbitrorum sententiam nullo gravamine convelli posse animadvertit, arg. *l. Colurus 23. ff. b. r. Ann. Robertus, rer. judicat. libr. 3. cap. 1.* Christinaus *vol. 2. decis. 142. n. 7.* Charondas *respons. 1. 4. resp. 3. in med. & libr. 7. resp. 212.* Joh. Papon. *lib. 6. tit. 3. in append. arrest. 2.* nec hisce obest, quod a Marciano traditum, eum, qui iustus est solvere ex compromisso pecuniam, si nonnam fecerit; penam ex compromisso deberet sed postea solvendo pena liberari, *l. ult. ff. b. r.* intelligi namque debet illa generalior Marciani assertio de casu, quo tam exigua in solvendo mora commissae est, ut eo tempore, quo postmodum fuit oblata solutio, necdum incepit. adversarii interesse; ex Ulpiano ac

Paulo disci potest, *l. quid tamen 21. §. ult. l. 22. ff. b. r.*

30. Quod si extrema reductionis sententia confirmatum quidem fuerit laudum arbitri, sed pro parte tantum, vel confirmatum quidem in solidum, sed, ex novis plane documentis, quae apud arbitros aut non allegata, aut allegata quidem, sed non probata fuerant, sic ut ista quae iudicem moverunt ad confirmationem, ab arbitris haudquaquam fuerint in litis decisione considerata; tentari non immerito posset, an non poenae promissae remissio a iudice concedenda foret: cum aequum dici non possit arbitrium illud, quod ex parte revocatum est, quodve interpositum fuit ex illis rationibus, quae virum bonum non debuissent ad talem sententiam ferendam movere. Unde & pluribus placuit juris interpretibus non alias admittendam esse poenae promissae executionem, quam si laudum simpliciter totaliter ex iisdem actis confirmatum sit, uti post Rebuffum ad consil. regias *tom. 3. tract. de arbitris gloss. 11. num. 8. g. 10.* Boerium *decis. 234. n. 23.* tradit Jac. Coren *observ. 13. n. 25. & seqq.*

31. Ceterum, quo magis firmas essent arbitrorum sententiae, nec ab iis peteretur reductio, frequens hodie est, addi compromisso consensum mutuum in condemnationem eorum, quae ab arbitris statuta fuerint, faciendam a provinciali vel suprema curia, prout compromittentes putaverint sibi consultum esse. Licet enim inter compromittentes conveniri nequeat, quid arbitri debeat statuere; tamen recte convenitur, ad quid iudex debeat condemnare, ut ante dictum, Leeuwen *cons. forens. part. 2. libr. 1. cap. 17. n. ult. in med.* Ut tamen multum intersit, utrum se compromittentes submiserint condemnationi iudicis inferioris, an vero iudicis sui curiae supremae; nam si pacto placuerit condemnatio iudicis inferioris, adhuc appellationis remedium superest ad iudicem superiorem, uti & restitutionis auxilium implorari, nihil vetat. Sed si ex voluntate partium supremi iudicis seu curiae sententia roborando arbitrio electa sit, neque supplicatio admissa apud nos est adversus talem sententiam, nec in integrum restitutio, nisi ex solo capite metus; ut pluribus monstravi *tit. ex quibus causis majores num. 17.*

32. Observandum tamen arbitris est, in quos ita compromissum, ut caveant omni modo, ne arbitrium ab ipsis jam interpositum innotescat litigantium alterutri, ante subsecutum ex consensu mutuo condemnationem: ne alioquin is, in cuius praevicium est concepta arbitrorum sententia, eo comperto, ante impletam condemnationem restitutionis imploret auxilium adversus compromissum & in condemnationem consensum, oblato interim arbitralis sententiae implemento, seu fiduciaria solutione, sub cautione de restituendo. Uti ex adverso ipsis quoque iudicibus haud consultum, ut ex partium consensu condemnationem interponant ad ea, quae necdum ab arbitris definita sunt, sed adhuc erunt in futurum constituenda: quid enim, si arbitris deinceps ea placuerint, quae legi divinae, quaeque rationi sane adversantur? quid si ea alterutri compromittentium imponeretur facienda omittendave, quae manifestam redolent turpitudinem, quaeque laedunt pietatem, verecundiam, estimationem, & ut verbo dicam, quae contra bonos

mores sunt? nonne absurdum fuerit, parata executione condemnationis ex consensu interpositæ adigi damnatum ad turpium istorum probrosorumque implementum sub speciosa rei iudicatæ auctoritate, non sine iudicio ipsorum ludibrio, ac opprobrio meritiſſimo iniquitatis?

TITULUS IX.

Nautæ, Caupones, Stabularii, ut recepta restituant.

SUMMARIA.

1. *Quales actiones competant contra nautas, caupones, stabularios pro rebus, quarum custodiam recipere solent?*
2. *Quid sit actio rei persecutoria in factum de receptis; cui, contra quos, & ad quid datur, quale damnum reparandum sit, quid si nauta rei nauta receperit?*
3. *Quid sit actio in factum exercitoria ex quasi delicto, quibus datur, contra quos, ex quorum facto, ad quid tendat?*
4. *An sit in potestate cauponum & similium, ne quem recipiant? & ratio harum actionum.*
5. *An directæ actiones ex delicto aut noxales cum his actionibus concurrant, & an altera alteram perimat?*
6. *An nauta & similes liberari possint servos suos noxa dando?*
7. *Quid juris, si nauta pramonuerit, ut quisque res suas servet? quid si caupo hospiti claves cubiculi dederit?*
8. *Quid juris, si nauta vel caupo follem aut ciſtam a viatore receperit obſignatam, & is postea res inde ablatas queratur?*
9. *Si sarcina nauta transvehenda commissa negetur ei redditu, ad quem missa, an iurijurando nauta sari debeat?*
10. *Hodie contra nautas & similes cessat dupli pænâ, quomodo plures exercitores teneantur, quo modo liberari possint?*

1. **N**auta, caupones, stabularii, navim, stabulum, aut cauponam exercentes, in se recipere censentur illatorum custodiam, licet mercedem pro ea non accipiant, l. 1. §. ult. l. nauta 5. l. ult. pr. ff. b. t. proinde, si quid damni illatis contingerit, actio quidem locati aut conducti, vel etiam depositi, si merces constituta non sit, comparata est illis, qui lani sunt: sed, ut innotesceret, prætorem quoque curam habere reprimendâ huiusmodi improbitatis, pinguicres alias edicto suo insuper actiones proposuit, l. & ita 3. §. ait prætor 1. ff. b. t.

2. Prima quidem est actio in factum prætoris de receptis rei persecutoria, quasi ex contractu, quæ datur ei, qui quid in navim, stabulum, aut cauponam intulit, aut aliter custodiam rei nautæ commisit, rebus forte in littore positâ inferendi causa, & a nauta receptis, d. l. & ita 3. pr. ff. b. t. sive mercede constituta, sive gratis navigaverit aut hospitio exceptus sit, l. licet pen. pr. ff. b. t. sive non ejusdem, sive ejusdem professionis sit, qui intulit; quæ ratione si nauta alterius nautæ res receperit, aut ceupo cauponis, aut stabularius res stabularii al-

terius, huic actioni locus est, l. sed & ipsi 3. §. 1. ff. b. t. aliter quam obtinet, si plures unius navis nautæ, vel plures in una cauponam ministrantes, damnum dedissent inter se: tunc enim hoc edictum cessare responsum est, nisi quis nauta & mercator simul esset, l. ult. §. sed si 2. ff. b. t. Nec interest, utrum res illæ actoris propriæ fuerint, an alienæ; si modo eas salvas esse intersit agentis, l. 1. §. pen. ff. b. t. Adversus nautas, caupones, stabularios, qui describuntur, l. 1. §. 2. 3. 4. ff. b. t. eorumque hæredes in perpetuum, l. & ita 3. §. pen. ff. b. t., ac, si plures simul navim, stabulum, cauponamve exercent contra singulos in solidum, arg. l. 1. §. ult. l. 2. 3. ff. de exercit. act. ad id, ut reparent omne damnum, quod in receptis rebus furto, corruptione, vel aliter datum est quocunque modo, excepto eo solo, quod damno fatali aut vi majore, veluti naufragio, aut piratarum injuria, periisse constat, d. l. & ita 3. §. 1. in fine ff. b. t. *Zeerecht van Keyser Karel. 19. Julii 2551. art. 43. 44. Crivellus dec. 49.* Cui non absimile est, si effracta per effractores fures domo vel stabulo, res viatorum ablatæ, equi adducti sint, si modo nulla cauponis aut stabularii negligentia culpæ concurrisset probetur, Crivellus dec. 49. Joh. Papon. lib. 23. tit. 6. arrest. 4. *ferre in fine*, ut tamen casuum horum fortuitorum probatio nautis cauponibusque incumbat, Christinus ad Leg. Merbl. tit. 8. art. 15. n. 12. 13. Nec refert, an per eos, quorum opera exercitor usus est, an per viatores aut viatores læsio rebus receptis illata sit, l. 1. §. ult. l. 2. 3. ff. b. t.

3. Altera est actio prætoris ex quasi maleficio, penaliter mixta, competens damnum passo ejusque hæredibus in perpetuum, adversus nautas, caupones, stabularios, non item adversus eorum hæredes, l. ult. §. ult. ff. b. t. §. ult. *Instit. de oblig. quæ quasi ex delict. nasc.* & si plures sint exercitores, contra singulos non nisi pro parte, quæ navem exercent, l. ult. §. pen. ff. b. t. ad duplum damni in nave, stabulo vel caupona dati; nam si extra navem (licet a nautis) læsio facta sit, hac actione exercitor non tenetur l. ult. pr. & §. 1. ff. b. t. adde tit. de exercit. act. si modo per ipsos nautas, vel eos, quorum opera utuntur, damnum datum sit, non item si per viatores, l. licet pen. §. in factum pen. ff. b. t. tot. tit. ff. furti adversus nautas, nisi viatores illi simul operam navigationi præstent mercedis loco, remisgis sorte munus implentes, quos Ulpianus rerum pro naulo & vestura pretio solvere dixit l. ult. §. sed si 2. ff. b. t.

4. Ratio hujus edicti harumque actionum est, quod, nisi ita statutum esset, materia daretur, cum furibus adversus eos quos recipiunt, coeundi, cum ne nunc quidem abſtineant huiusmodi fraudibus: neque videri possit nimium driter in eos constitutum esse, quia in cauponum, nautarum, stabulariorum arbitrio est, ne quem recipiant, l. 1. §. 1. ff. b. t. quatenus scilicet inviti non coguntur navim, stabulum, aut cauponam exercere: postquam enim ex libero inceptum exercere arbitrio, repellere non possunt inter agentes, nisi causis justis repulæ datis, l. unic. §. ult. ff. furti advers. nautas &c.

5. Potest & læsus adversus ipsos lædentes, si liberi sint, directam furti aut aliam ex delicto actionem movere; aut noxalem in dominos, si servi sint, a quibus damnum datum est: quibus tamen electis,

obtinuit has perire; ne saepius de ejusdem hominis admissio quatur; & vice versa, *l. & ita* 3. §. ult. *l. licet* 6. §. ult. *l. ult.* §. ult. *ff. b. i.*

6. Si tamen servorum propriorum opera exercitor usus sit, liberare potest eos noxam dando; quamvis enim regulariter culpa ejus adscribatur, si malignorum opera atque ministerio usus sit, dum explorare oportuerat, cujus fidei, cujusque innocentiae sint illi, quos adhibet; in suis tamen servis, quasi in domestico malo, venia dignus est, si quales quales adhibuerit ad navim, stabulum, aut cauponam instruendam, *l. ult.* §. *hac autem* 4. §. *b. i. l. unic.* §. *servi* 5. §. *furti adversus nautas* &c.

7. Cessant vero in universum haec ex edicto praetorio actiones, si nautae, caupones, stabularii extra navis, stabuli, vel cauponae negotiorum rerum quarundam custodiam receperint; quippe quo casu actione depositi eos teneri sufficit, *l. & ita* 3. §. *eodem* 2. §. *b. i.* uti & si praeviderint, ut unusquisque vectorum res suas servet, neque damnum se praestituros, & consenserint vectores praedictioni, *l. ult.* *pr. ff. b. i.* Quod & tacite actum videtur, cum caupo viatori claves cubiculi, in quo suas viator res reposuit, obtulit, isque illas recepit: si enim non receperit, (uti recipere non tenetur) non magis a se caupo rerum custodiam atque periculum per clavium oblationem averteret, quam si praevideret, ut suas quicquae res servaret, eique non assenserint viatores.

8. Quod si caupo vel nauta follem, aut cistam a viatore receperit obsegnatam, ac postea res suas inde ablatas viator causatur; si quidem eodem modo occultam caupo reddiderit, nulla furti facti praesumptio, nullum indicium, adversus cauponem ejusque familiam, natum videri potest; sic ut nec viatoris assertioni, utcumque jurata, credendum sit, sed magis purgatorium jurjurandum cauponi ac familiae ejus sit deferendum. Sin reserata vel contracta cista folliisve restituitur, non iniquum fuerit, tantam inde adversus cauponem ejusque familiam furti commissi praesumptionem induci, ut viatoris furtum arguentis jurjurando standum sit, arg. *l. si quando* 9. C. *unde vi.* *l. semper* 15. §. *sed quod* 9. §. *quod vi aut clam*, *l. i.* §. *si cista* 41. §. *depositi*, Schneidewinus ad §. *ult. legis de oblig. qua ex quasi delicto* num. 5. Christinaeus ad reg. *Moebl. sis.* 8. art. 15. num. 8. Jul.

Clarus *libr. 5. sentent. §. furtum n. 27.* Gomezius *var. resol. tom. 2. cap. 7. n. 2. in med.* Plotus *de in liem jurando* §. 10. n. 6. & seqq. Henr. Kinschot *respon.* 106. n. 11. 12. (*in edit. ann. 1655.* Franciscus Kinschot *resp.* 25. n. 11. 12.) Zoesius ad *Pand. tit. depositi* num. 24. 15. Ant. Matthaeus *de oblig. disp.* 11. *iber.* 12. Wissenbach ad *Faul.* vol. 1. *disp.* 31. *de deposito* n. 18. Respons. Jctor. *Holl. part. 1. cons.* 152. & *part. 2. cons.* 203.

9. Sed & si vel cista vel sarcina, nautae commissa transvehenda, in universum negetur per eum exhibita ei, ad quem directa erat, cuique debebat exhiberi; an nauta jurjurando exhibitionem asserenti fides habenda sit, dubitari posset: in pecunia quidem numerata prudenti consilio apud nos invaluit, apocham nautae, eandem tradenti, praestari. Cui consequens videtur, ut; si traditionem apocha non doceat, contra ipsum militet traditionis non factae praesumptio, nec jurjurandum offerens audiendus sit. At sarcinarum intuitu, quarum nomine apochas dari nautae, vel portatoribus (quos appellant) juratis, consuetudo non fert, fidem illi traditionem jurato asseverantibus, haberi oportere verius est; maxime indicia quaedam probabilia traditionis praesumptionem adjuvantia concurrant, ac exaltationis illata sit, qui sese detulisse jurat, *Maccardus de probat. concl.* 1364. n. 61. Respons. Jctor. *Holl. part. 1. consil.* 315.

10. Ceterum moribus hodiernis dupli ponam adversus nautas, caupones, stabularios exolevisse, (ut alias vulgo) notat Gronewegen ad *l. ult.* §. 1. *ff. b. i.* manente in ceteris Romani juris & edicti praetorii in nautas ac similes alios rigore, Christinaeus ad *Leg. Moebl. sis.* 8. art. 15. num. 4. Hugo Grotius *manuduct. ad jurispr. Holl.* l. 5. cap. 38. n. 10. Ut tamen exercitores de damno per magistratum dato singuli non solidum, sed pro sua tantum parte teneantur, uti id in exercitoria actione poenali mixta in duplum Romanis placuisse, supra monui, Jacobus Coren *obervo.* 40. atque insuper liberari possint, suam, quam habent, navigii partem noxa dando, *l. praetor sit* 7. §. *hoc edictum* 1. *l. hoc amplius* 9. §. *de damno infecto*, Coren *d. obervo.* 40. Hugo Grotius *manuduct. ad jurispr. Holl. libr. 3. cap. 1. num.* 39. 40. 41. 42. 43. *Leeuwen. cens. for. part. 1. lib. 4. cap. 3. n. 10.* & *lib. 5. cap. 31. n. 8.* confer *sit. de exercit. actione* num. 7.

INDEX TITULORUM

IN COMMENTARIO

AD PANDECTAS CONTENTORUM.

LIBER I

TITUL. I. De Justitia & Jure.	Pag. 1
II. De origine Juris, & omnium magistratum, & successione prudentum.	10
III. De Legibus, Senatusconsultis, & longa consuetudine.	12
IV. De Constitutionibus Principum.	23
Para. II. De statutis.	54
V. De statu Hominum.	44
VI. De his, qui sui vel alieni juris sunt.	47
VII. De adoptionibus & emancipationibus, & aliis modis quibus potestas solvitur.	51
VIII. De rerum divisione & qualitate.	58
IX. De Senatoribus.	65
X. De officio Consulis.	68
XI. De officio Praefecti pratorio.	69
XII. De officio Praefecti Urbi.	ibid.
XIII. De officio Quaestoris.	70
XIV. De Officio Praetorum.	71
XV. De officio Praefecti vigilum.	73
XVI. De officio Proconsulis & Legati.	74
XVII. De officio Praefecti Augustalis.	76
XVIII. De officio Praesidis.	ibid.
XIX. De officio Procuratoris Caesaris.	77
XX. De officio Juridici.	ibid.
XXI. De officio ejus, cui mandata est jurisdictione.	78
XXII. De officio Assessorum.	ibid.

LIBER II

TIT. I. De Jurisdictione.	79
II. Quod quisque juris in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur.	97
III. Si quis jus dicenti non obtemperaverit.	99
IV. De in jus vocando.	ibid.
V. Si quis in jus vocatus non iverit: sive quis eum vocaverit, quem ex edicto non debuerit.	122
VI. In jus vocati ut eant, aut satis vel cautum dent.	ibid.

TITUL. VII. Ne quis eum, qui in jus vocabitur, vi eximat.	Pag. 122
VIII. Qui satisfacere cogantur, vel jurato promittant, vel sua promissioni committantur.	125
IX. Si ex noxali causa agatur, quemadmodum caveatur.	129
X. De eo, per quem factum erit, quominus quis in judicio se sistat.	ibid.
XI. Si quis cautionibus in judicio sistendi causa factis non obtemperaverit.	180
XII. De feriis & dilationibus, & diversis temporibus.	185
XIII. De Edendo.	187
XIV. De Pactis.	147
XV. De Transactionibus.	153

LIBER III

TIT. I. De postulando.	178
II. De his qui notantur infamia.	181
III. De procuratoribus & Defensoribus.	184
IV. Quod cujusque Universalitatis nomine vel contra eam agatur.	194
V. De negotiis gestis.	197
VI. De calumniatoribus.	203

LIBER IV.

TIT. I. De in integrum restitutionibus.	205
TIT. II. Quod metus causa gestam erit.	215
III. De dolo malo.	222
IV. De minoribus 25. annis.	227
V. De capitis diminutione.	251
VI. Ex quibus causis majores 25. annis in integrum restituantur.	253
VII. De alienatione judicii mutandi causa.	258
VIII. De receptis, qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant.	259
IX. Nautae, Caupones, Stabularii, ut recepta restituant.	269

JOANNIS VOET
JCTI ET ANTECESSORIS IN ACADEMIA LUGDUNO-BATAVA
COMMENTARIORUM
AD PANDECTAS

LIBRI QUINQUAGINTA,

*In quibus, præter Romani Juris principia ac controversias illustriores, Jus
etiam hodiernum, & præcipua Fori Quæstiones excutuntur.*

~~~~~  
*EDITIO QUINTA VENETA*

**PRIORIBUS EMENDATIOR ET AUCTION:**

*Cui nempe præter V. Cl. CASPARI BURMANNI Vitæ Auctoris Narrationem, et Indicem  
Generalem Titulorum, et Materiarum, in sex Tomis contentarum,*

**NUNC PRIMUM ACCEDUNT**

*Alii duo Tractatus de FAMILIA ERGISCENDA, et de JURE MILITARI, qui simul  
cum prædicto Indice constituunt Tomum Septimum.*

**TOMUS SECUNDUS.**



**VENETIIS**

**SUMPTIBUS PETRI MILESI EDIT.**

**M. DCCCL. XXVII.**





## TITULUS I.

De judiciis, & ubi quisque agere  
vel convenire debeat.

## SUMMARIA.

1. Nemo sibi ipsi jus dicere debet.
2. Recensentur casus excepti. An & judex multare possit eos, qui ei, qua judici, injuriam fecerunt?
3. Quid sit judicium; quid summarium; & an idem sit summum & de plano cognoscere?
4. Quibus in casibus summaria cognitioni locus sit tum jure Romano, tum moribus?
5. Si lis principalis summam agitur, idem agendum in questionibus in eam incidentibus; etiam in causa appellationis. An quis possit ab ordinario judicio capto destitute & ad summarium transire?
6. Quid sit judicium civile, quid criminale?
7. In concursu judicii civilis & criminalis ex eadem vel diversis causis, an prius civile, an prius criminale terminandum sit, per distinctiones explicatur.
8. Plures alia recensentur divisiones judiciorum. Lata fuit lex Julia, altera judiciorum publicorum, altera privatorum; posterioris capita quadam proponuntur.
9. Quot persona constituent judicium, quis actor, quis reus sit?
10. Qui habeant legitimam personam standi in judicio; an collegia illicita sed tolerata? & an & quando filiusfamilias, tum jure civili, tum bodierno?
11. An minores 25. annis sine curatore? & quid, si sine curatore steterint in judicio?
12. An jure Romano & bodierno in causis criminalibus, si accensentur, aut accusent? An jure Canonico, & moribus, in causis matrimonialibus, & beneficialibus?
13. An qui veniam atavis impetrarunt, aut nuptiis vel aliter pro majoribus sunt habiti, etiam de immobilibus sine curatore litigent?
14. An uxor bodierno jure possit sine viro stare in judicio tanquam rea vel aetrix; vel impedire, ne vir uxoris nomine litiget? & quid juris, si contrarium pacto dotali actum sit; vel vir bonis cesserit?
15. Quid si litigare velit ut tutrix liberorum primi thori, vel ut e scutrix testamenti, vel ut publica mercatrix?
16. Stat tamen in judicio ex mariti mandato. Quid si maritus rata habeat per uxorem in judicio gesta? Quid si maritus abrit, & periculum in mora? an sine viro alios sistere, vel sibi ipsa possit?
17. An criminis accusata uxor sine viro suo stet in judicio, & an pena pecuniaria in eam constituta, stante matrimonio, executionem habeat contra maritum?
18. Si maritus malitiose agere vel defendere molis in causa uxoris, uxor potest judicis auctoritate. An periculo mariti tunc uxor vincatur? & quid si maritus nolit nomine uxoris movere actionem injuriarum?
19. Si uxor non jure steterit in judicio & vicerit, marito prodest.
20. Actoris arbitrio relinquitur, quando velit agere. Litis capta instantia quanti temporis lapsu perimatur? facile tamen adversus eam impetratur restitutio.
21. Quando locum habeat actio ex l. diffamari? Ejus extensio ad omnes causas, tanquam aqua, defenditur.
22. Non est locus actioni ex l. diffamari, nisi probetur diffamatio. Quando necesse non sit, probari iactantiam aut diffamationem?
23. Quo in loco sit intentanda actio ex l. diffamari? An alibi hac actione, alibi de negotio principali litigari?
24. Quot citationibus opus sit antequam vocato ex l. diffamari silentium imponatur? & an contra impositum silentium restitutio concedi possit?
25. Actor minus, aut partem debiti petendo, non peccat, at omnino plus petendo. Qua sit pena plus potentium jure veteri, novo, Canonico, & bodierno?
26. An, si actor ceperit quid petere pendente conditione, ac lite pendente conditio existat, reus condemnandus sit?
27. Agi non potest, antequam dies vel conditio debiti existerit. Recte tamen agitur ad prateriti simul, & futuri temporis usuras, fructus, redditus, alimenta annua, menstrua, item post anni primi lapsum ad condemnationem debita annua bima prima die solvendi, ut ita suis quibusque temporibus in futurum fiat executio.
28. Quomodo agat de jure prelationis in generali concursu creditorum is, cui ex die vel sub conditione debetur, interim cautionem petere possit in judicio stricti juris?
29. Quisque de suo, nemo de alieno debito conveniendus. An uxor pro marito, maritus pro uxore, filius pro patre? non extraneus pro extraneo; & de prohibitis pignorationibus.
30. Licita tamen ex concessione Principis pignorationes, seu repraesalia, quoties debitor & creditor non subsunt uni supreme Principi, & Principe alterius regionis peregrino creditori contra suos subiectos jus dicere detraclat.
31. Ordinarius judex non potest repraesalia concedere, nec Princeps peregrinis, sed tantum subiectis suis.
32. Actore vel reo mortuo, citandi bodis heredem ejus ad resumenda arma litis, licet adierint cum beneficio inventarii.
33. Non tamen, si in causa jam conclusum sit; nec si scienita jam lata sit, quo casu tantum nova executio contra heredes decernenda. Quid juris,

- si tutor pendente lite moriatur? vel unus ex pluribus coheredibus post resumta arma litis?
34. Tertius in lite potest intercedere, ut litem in se transferat; quibus in casibus id fieri possit? An summo intercedens recte petat, litem ad suum forum remitti? An hoc modo intercedere possit, qui scilicet passus est litem ab alio sustineri, nec quamocius contradixit?
35. Quot modis tertius in lite intervenire possit, ut alterutrum iudex? Quibus in casibus interveniat ex voluntate unius litigantium? Quibus in casibus utroque invito?
36. Apud quemcumque judicem fieri potest interventio, & in quavis iudicii parte, etiam in ipsa appellatione.
37. Nullus intervenit, nisi is, cuius interest, & qui eandem cum litigantibus habet litigandi causam; alias nova lite experiri debet; ut si ipse velit rem vindicare tanquam suam, quam alius vindicat.
38. Interveniens ut alterutrum litigantium iudex, non potest iudicem declinare ut incompetentem, sed quidem ut suspectum; nec quicquam novifacere, quod is, cui se jungit, facere prohibetur. Qui scripserint de interventione.
39. Quid sit iudex? narratur vetus iudiciorum ordo & iudicium dandorum mos: qui plura de eo scripserint; & de iudicio decemviri. Quando cessaverit iudicium dandorum usus, & quid iure novissimo?
40. Quales causa olim non potuerint per pedaneos iudices cognosci: an & causa liberales?
41. Quis olim in Hollandia iudiciorum ordo fuerit?
42. Qui prohibeantur esse iudices: an caci, furiosi, tempore dilucidi intervalli, majores annis octodecim?
43. Repelli possunt iudices suspecti, sed non aliter, quam allegata & probata specialis suspicionis causa, tum veri, tum novo iure, tum moribus.
44. Recensentur plures causa suspicionis: suspectus an iudex, cuius filius alteri litigantium patrocinium aut procuratio: em in ea lite praestat? an is, cuius liberi aut fratres auctori vel reo domestici, aut a ministris publicis sunt?
45. Suspectus non est iudex urbanus in lite inter civitatem & civem vel peregrinum: nec senatores in causa societatis Indica, licet in ea partem habeant: contra si iudex auctori vel reo in ea causa privatus socius esset.
46. Suspectus est, quem pars una, non quem uterque petit; & quoto gradu cognationis vel affinitatis quis iure Romano ac moribus suspectus sit? Quae amicitia ac familiaritas iudicem suspectum faciat; rejiciuntur plures frivola suspicionis cause. An iure Romano iudex maior potuerit recusari ut suspectus?
47. Totum collegium iudicum hodie regulariter non potest suspectum dici, sed singuli, in quos justa causa dicitur: nisi totum collegium factio quodam se reddiderit suspectum; & quis de causis suspicionis, tum singulorum, tum totius collegii, iudex competens sit?
48. Exceptio iudicis suspecti opponenda ante litem contestatam, quandoque & post.
49. Qualia sint officia iudicis, qua ad nobile, qua ad mercenarium ejus officium reducenda sint? Quando iudexatum nobile tum mercenarium of-

- ficiam impertiri possit non rogatus, plenius, & exemplis multis demonstratur, si lex aut consuetudo, aut suspicio falsitatis contra instrumentum, aut appellationis desertio, aut praescriptio, aut meri juris exceptio, velus ordinis, divisionis, non fuerint allegata.
50. Iudex non debet per minorem causam majori cognitioni praedjudicare; debet iudicare secundum allegata & probata, simulque secundum conscientiam. Quid agendum, si hac duo pugnent?
51. Debet iudicare secundum leges, si major, si minor iudex sit. Cujus loci leges in iudicando observanda sint, per distinctiones explicatur. Quid juris, si pendente lite, vel appellatione, lex nova lege abrogatur?
52. Nullus in iure est, aut esse debet casus pro amico, ut loquuntur.
53. Intra biennium criminale, civile iudicium intra triennium finiendum; & quid olim obtinuerit? an adhuc hodie biennium servetur in criminalibus?
54. Qua causa etiam iure novo intra brevius tempus, quam est biennium, aut triennium, terminanda sint?
55. Biennio vel triennio a lite capta lapso perimitur tota causa, non sola litis instantia.
56. Quid iure Canonico & moribus? Lites generaliter quamocius terminandas esse, praecipue, si peregrini jus dicendum sit.
57. Alia circa iudicis officium monita, praecipue, ne affectibus indulgeant.
58. Qua iure Romano & hodierno sint pana iudicis dolo vel imprudentia male iudicantis, assessorum, & advocatorum, a iudicibus rogatorum, & perperam qui suggerunt?
59. Quodnam sit officium iudicis, cui litis instructa preparatorium examen committitur, ut reliquis referat?
60. De ministris iudicum, scribis, apparitoribus, accensis, interpre. ibus, praecentibus, iudicibus, viatoribus, carnificibus, eorumque officiis tum ex Romano, tum ex hodierno iure, remissio.
61. An grapharii nostri seu scriba iudicum suspecti argui possint, ne certis in libris suo munere fungantur?
62. Quid juris, si apparitores iudicum iniuriis affecti sint? & quid, si modum egressi viam passi sint?
63. De sportulis iudicum & apparitorum.
64. Auctor sequitur forum rei; litis initio inspicitur, quodnam sit forum rei; exceptio fori declinatoria ante omnia alia debet allegari, & peti, si aliud a reo actum sit, aut in iudicio allegatum.
65. An iudex ipse, qui declinat, de eo iudicat, & an vocantem ad forum non compens in expensas damnare possit? An reus teneatur venire, & exceptionem fori declinatoriam opponat?
66. Quot modis quis forum compens sortiat? Si reus pluribus in locis forum compens habeat, auctoris electio est.
67. Ratione delicti in loco criminis perpetrati reus non modo praesens, sed & abiens accusari potest.
68. Potest tamen & in alio quovis loco, in quo reperitur, praecipue in loco domicilii. In Hollandia tantum in loco domicilii, si extra locum domicilii intra Hollandiam deliquit, nec apprehen-

- sus in flagranti delicto, aut fugitivus sit. Quid si Hollandus extra Hollandiam deliquerit?
69. An quis criminis accusari possit in loco, in quo immobilia habet, si ibi non deliquerit, nec apprehensus sit, nec domicilium foveat?
70. In concursu fori multiplici in reo accusando praeventioni locus est. Quis censetur praevenisse? Quid si unus prius citaverit edictis, alter reum postea apprehenderit? Quid si unus in crimen inquisiverit, alter dein edictis citaverit ante primum inquisitionem?
71. Praeventioni e iam locus, cum in confinio duorum territoriorum crimen perpetratum est. Si inter duos de jurisdictione criminali quaestio sit; nec brevi finiat, iudex utroque superior ad se licet crimina em vocare potest.
72. Qualia crimina moribus nostris non nisi a certis iudicibus coerceri possint? remissive.
73. Quomodo ratione contractus quis sortiat, forum competent, & ubi quisque censetur contraxisse, si per literas consensus declaratus sit, vel alibi consensus interpositus, alibi instrumentum conscriptum sit; vel alibi contractum, sed ad locum alium destina. um sit implementum contractus?
74. Ubi actio tutela, vel ad legata, vel ad divisionem hereditatis, vel universali iudicio concursus inter creditores agendum sit, remissive; exceptiones proponuntur, quibus quis in loco contractus non potest competere.
75. De foro competente ex prorogatione, remissive.
76. De foro competente ratione rei sita; & an quis vi privilegii actionem in rem in loco rei sita motam trahere possit ad forum suum privilegiatum?
77. Actio in rem etiam extra locum situs in loco domicilii possessoris moveri potest, si de mobilibus, non item si de immobilibus agatur; & quid juris in petitione hereditatis?
78. De foro competente ex reconventionem, quid juris, si reconventus respondere noit? An actor renuntiando liti inchoata possit evitare reconventionem? An conventus ex contractu reconveniri possit pluribus actionibus, etiam natis ex delicto; an reconventio, & quo usque in injuriarum actione locum habeat; an unus ex pluribus coheredibus agentibus, aut conventus, reconveniri, vel reconvenire ex alia causa possit?
79. Nemo inivus cogitur reconvenire, & an reus pendente lite possit actorem alia lite apud alium iudicem pulsare?
80. Quo tempore, & an post litem contestatam reconventio fieri possit? an & post sententiam in appellatione?
81. An tutor, curator, administrator nomine officii pro pupillo & similibus agens reconveniri possit de eo, quod suo nomine debet, & vice versa?
82. An socius nomine societatis agens, de eo quod alia ex causa solus debet?
83. An actor reconveniri ab eo, qui reo in lite assistit, veluti ab auctore, qui emtori vocato adest? & an auctor vocatus ut assistat, emtorem vocantem reconvenire possit?
84. An is, qui in rem suam procurator constitutus est per cessionem actionis, si agat, reconventionem pati teneatur, de eo, quod cedens debet, per distinctiones explicatur.
85. Non potest fieri reconventio apud iudices tales, qui in ea causa, de qua fit mutua petitio, ne ex speciali quidem prorogatione possent competentes esse: & quid juris, si reconventio fiat de maiore quantitate, potestatem vulgo excedente?
86. An reconventioni locus, ubi tan um extraordinaria sit imploratio officii iudicis, qua non continet ullam juris persecutionem, veluti, ut tantum insinuatio alteri fiat? an in summaris & privilegiatis causis reconventio ex causa non privilegiata? an & tunc utraque causa simul terminanda sit? Quid juris, si utraque summaria sit?
87. Moribus reconventio admissa in interdicitis adipsenda possessionis, non item in interdicitis recuperanda possessionis, nec in causa fracta pacis publica.
88. Propter quas rationes, & quibus in causis iudex possit terminare causam conventionis ante causam reconventionis, atque in a diversis temporibus condemnatus tamen ex conventionem potest id, in quod damnatus est, deponere apud iudicem, & arrestare pro eventu liti in reconventionem.
89. Reconventus non potest iterum secundam facere reconventionem.
90. De foro competente ex continentia causa.
91. De foro competente ex causa originis; quis sit locus originis? quid si in insula, aut vico, aut matre peregrinante natus sit? originis locus etiam fingitur manumissione, adoptione; & communis patria est Roma, ubi quisque conveniri potest, nisi habeat ius revocandi domum: qui id habeant, praecipue quando id habeant, aut non habeant legati? & quid moribus?
92. De foro competente ratione domicilii. In quibus distet origo a domicilio? Domicilium est mutabile, potest quid esse sine domicilio, potest & simul plura habere? & ubi tunc conveniendus sit? Praesumitur qui quo domicilium habere in loco originis, donec contrarium probetur.
93. De domicilio necessario; qui illud habeant; & de domicilio liti causa eligendo; an electio duret post sententiam, & appellationem, & mortem eligentis?
94. Quid sit domicilium proprie dictum; quid domicilium improprium; an & quo usque studiosi domicilium habeant, ubi studiorum causa de-gunt?
95. Uxor mariti domicilium sequitur, & retinet vi-dua facta, nisi sponte mutet. An & uxor illegitima, vel sponsa?
96. Famuli & ancilla sequuntur domicilium domini, cui ministrant.
97. Ex quibus conjecturis colligi possit, aliquem domicilium certo loco constituisse?
98. Non constituitur domicilium solo animo, sola contestatione, sola habitatione, nec ex eo solo, quod quis tabernam, pergulam, borreum certo loco habet; aut operis aut liti aut negotiationis gratia ibi moratur, & quid juris in iis, qui Indias petunt, quos delegati sunt ad Collegia Ordinum generalium, Consilii statas, Archi. balas-fica &c. & an, ac quo usque hi omnes itis in locis conveniri possint?
99. Migrare quisque & domicilium mutare potest,

- Et tunc evitat onera personalia prioris domicilii; amittit Et jura ac privilegia ejus. Improbata migratio, qua catervatim fit in praedictum utilitatis publica. Migrantes certam fisco loci, unde migrant, inferunt bonorum partem, jure issue vel exuæ. Nemo presumitur domicilium mutasse, sed id probandum.
100. Filius major seorsim a patre domicilium constituere sibi potest; filius minor una cum patre migrare potest, Et domicilium mutare, nisi id fiat animo fraudandi eos, qui ex domicilii prioris lege minori successissent.
101. Marito domicilium mutante ex necessitate vel libera voluntate, uxor quoque illud mutat, etiam si mutatio uxori damno sit; nec tunc uxor petere potest a marito migrante, vel heredibus ejus id quod interest, nisi nominatim pacto dotali id actum sit, ne maritus alio migret.
102. Hæres non succedit in domicilium defuncti; nec ex ejus domicilio forum competens sortitur, nisi sit cum defuncto jam contestata sit.
103. De foro competente ex privilegio. Militis ubi forum competens sortitur in causis civilibus Et criminalibus de jure Romano?
104. Ubi secundum mores bodieros in criminalibus?
105. De illis, qui cum milites non essent, tamen difficilibus patria temporibus in armis sunt, Et tunc militare delictum perpetrant.
106. Quid, si quis ante militiam deliquerit, Et jam accusatus, vel jam condemnatus fuerit, antequam militia nomen daret, an maneat judicis ordinarii jurisdictio? Et quid, si nomen militiae dederit antequam accusaretur?
107. Quid juris bodie sit circa militum forum competentis in causis civilibus?
108. Milites in eo quidem loco, in quo militia causa morantur, habere fori privilegium, sed tamen in loco domicilii, aut alio foro secundum jus commune competente, conveniri posse apud iudices ordinarios actionibus civilibus pro debito, adstruitur ex jure Romano; nec longe abis jus bodierum.
109. De foro privilegiato studiosorum ex auth. habita C. ne filius pro patre. De foro privilegiato studiosorum Et professorum Universitatis, qua est Lugduni Batavorum in causis civilibus Et criminalibus; an prorogatione sibi noceant? Quid juris, si agant actione corra? nihil referre in qua Hollandia parte contraxerint aut deliquerint Academia membra.
110. De foro competente clericorum ex jure Romano Et Canonico. An clericus judici laico prorogare jurisdictionem possit?
111. Ubi senatores vel clarissimi conveniendi sint? ubi Nobiles Hollandiae, Curiarum Hollandicarum senatores, delegati ad Collegia publica Hagae Comitibus congregari solita, advocati Curia Hollandiae, alique curiae suppositi vultu dicti, in causis civilibus ac criminalibus, Et ubi Advocati Ultrajectini in criminalibus?
112. Quid, si Nobiles, Senatores, Advocati Et c. in alia provincia extra Hollandiam inveniuntur, aut bona habeant? si non Hagae, sed alibi intra Hollandiam habitent, aut praxim exerceant?
113. Ubi conveniendi assessores camerarum maritimarum, aut aliis federati Belgii collegiis generalibus adscripti, si deliquerint in officio? Et de foro illustrium Germaniae virorum remissio.
114. De potestate judicandi concessa collegiis opificum, consulibus aut praefectis nationis Anglicae, Belgicae Et c. per varias regiones.
115. Ubi pupilli, viduae, Et aliae miserabiles personae? Qui veniant appellatione miserabilium personarum? an senes decrepiti? an virgines?
116. An mulier, cujus maritus exul est, aut ad trimeres damnatus, aut capius, aut furiosus, aut prodigus?
117. An Et si tales personae opulenta sint?
118. An mercatorum mercaturae causa in locis peregrinis litigantes? Et quid moribus?
119. An Ecclesiae, nosocomia, orphanotrophia, aliaque pia loca? an Et universitates?
120. An hae miserabiles personae possint, si velint, agere apud iudicem ordinarium, Et an etiam, cum conveniuntur, an tantum cum agunt, fori privilegio uti possint? Et quid moribus?
121. Non interest, propriis, an hereditariis agant actionibus. Quid juris, si agere velint contra aliam aequae miserabilem personam?
122. Si lis miserabili personae sit communis cum alio non privilegiata, an Et non privilegiata fori privilegii participes reddatur?
123. An miserabiles personae in contrahendo possint efficaciter suo fori privilegio renunciare? Et an contra renuntiationem expressam vel tacitam restitui possint?
124. Non gaudent bodie miserabiles personae fori privilegio, nisi lis certam quantitatem, statutis vario definitam, excedat.
125. An fori privilegio uti possint miserabiles personae, si actione corra agere velint?
126. Carent hae personae fori privilegio, si de associatione (assurantie) lis sit, vel de missione in possessionem hereditatis, vel de assignatione bonorum parentis defuncti per superstitem pupillam facienda, vel agatur universalis iudicio concursus inter creditores ad bona debitoris inidonei vel familiae excusanda iudicio inter coheredes, vel agatur de causis, quae corra tantum iudicibus, cum exclusione aliorum, demandatae sunt, Et quales illae sint? qui de hoc miserabilium privilegio scripserint?
127. Quibus specialiter competat jurisdictio de violentis actibus publicis Et peccatis contra leges venationis?
128. De quibus causis iudicant assessores rei maritimae (collegien ter admiraltey) enarratur: iudicant inter alia de fraudatis vectigalibus, de prohibitis importari vel exportari, si contra factum sit, licet milites res deprehensas intra sua praesidia detulerint. Quid juris, si rei mercium ad hostes illicitae exportatarum non in ipso flagitio deprehensis potius accusandi sint? Quid si de navibus, aut mercibus, ab hoste redemptis lis sit? Quid si delicta sint perpetrata in navi Indiarum orientalem potente? Et de iudicio seu consilio navali.
129. Ubi agatur de delictis publicanorum, de impositionum fraudationibus, Et aliis ad impositiones publicas spectantibus?

130. Quales lites pertineant ad praefecti camerae pupillarum? judices esse nequeunt, si pupillis moriuis bona caperint ad alios pertinere.
131. Quis in feudalibus jure feudali sit iudex competens, si inter vassallos duos de fundo lis sit, vel inter dominum & vassallum, vel inter dominum, & extraneum, vel inter vassallum & extraneum?
132. 133. Quis secundum bodiernos Hollandia morer, & de amplitudine jurisdictionis Curia feudalis Hollandica? Quis competens, si lis de debitis, reditibus, servitutiibus, partim feudali, partim allodiali praedio impositis, & quo modo novissime iterum Curia provincialis & suprema de feudis judicet? Quis competens in feudis Flandricis, quatenus subsunt Ordinibus generalibus? qui plura scripserint de hoc foro?
134. Ubi jure Romano & moribus de possessione vel quasi possessione rerum & jurium, feudorum, & beneficiorum? et an propter causam possessionis lis quoque de proprietate ad superius tribunal trahi possit in Hollandia & Ultrajecti?
135. Iudicem de possessione competentem facit situs rei, non domicilium turbantis.
136. De quibus causis lis statim omisso inferiore apud supremam curiam in Hollandia moveri possit? de quibus apud provincialem Hollandia Curiam? De quibus apud Curiam Ultrajectinam?
137. Curia Hollandia provinciali & suprema non licet cognoscere de causis politicis, nec de debitis quorundam avarii, qua talibus; recte tamen de litibus inter civitates, vel inter Hollandiam, Zelandiamque; uti & de eo, si quis non jure se dignitatis motum queratur.
138. Quis competens, si societates Indica latisse dicantur, aut ab aliis laesa?
139. Ubi de in integrum restitutione, ubi ex l. diffamari agi debeat? Quo modo per arrestum fiat forum competens, et quando id non liceat? remissio.
140. Jure Romano, Canonico, et bodierno evocatio litis frequens, et facit forum competens; improbat tamen in Hollandia evocationes factae a Principe, seu Comite, in quam rem varia privilegia. An expediat, litem singularem ab Ordinibus evocari?
141. Quid juris circa evocationes in Germania? remissio.
142. Cessat privilegium de non evocando, si quis mediante arresto vocetur extra territorium Hollandiae, ut de re immobili illic sita, vel personali actione litiget; uti et, si duo judices Hollandiae inferiores contrarias eadem in causa sententias tulerint.
143. De evocatione litis ad iudicem superiorem ad positionem partis ob moras in lite definienda factas; vel si contraria in eadem causa sint duorum iudicum inferiorum sententia, vel quia duo diutius inter se litigant de criminali jurisdictione. Qui de evocatione ultra videndi sint?
144. Initium iudicii inchoati est litis contestatio. Quo modo illa fiat, qua minus plena, qua plena contestatio sit?
145. De ficta litis contestatione, qua est contumacia.
146. Rejicitur divisio litis contestationis in affirmativam, et negativam, simplicem, et conditionatam.
147. In omni iudicio opus est litis contestatione, etiam in summario. Quid si reus respondens protestetur, se id non facere animo litis contestanda?
148. Qua post litem contestatam in iudicio ulterius agenda? remissio.
149. Quinam sint effectus litis contestationis? ea auctorem non solere deteriorem facere suam conditionem.

1. NEmini regulariter sibi jus dicere permissum est: neque enim singulis concedendum fuit, quod per magistratum fieri publice potest, ne majoris inde tumultus oriatur occasio, l. non est singularis 176. ff. de reg. juris, neque praetor pati debuit, ad rixas & arma procedere eos, quos sua potest jurisdictione componere, l. si cuius 13. §. sed si inter 3. ff. de usufructu & quemad. quis utat. Nos ideo (inquit Quintilianus declam. 13.) magistratus legesque a maioribus nostris accepimus, ne sui quisque doloris vindex sit; & assidue scelerum causa se refellant, si viro crimen imitabitur. Damnum accepisti? erat lex, forum, iudex; nisi vos jure vindicari pudes; nec longe abludivit Cassiodorus 4. variorum 10. Hinc est, ait, quod legum reperta est sacra reverentia, ut nihil manu, nihil proprio ageretur impulsu: quid enim a publica confusione pax tranquilla distabit, si per vim litigia terminentur? Idcirco sane iudiciorum vigorem, jurisque publici tutelam in medio constitutam esse, ne quisquam sibi ipsi permittere ultionem, rescriptum est, l. nullus 34. C. de Judicis, ac melius visum, ab illis rem cognosci, quorum nihil interest, quam homines singulos, saepe sui nimium amantes, de proprio negotio & jure injuriave propria judicare. Quamobrem etiam Caroli V. constitutione nominatim vetitum, ne nobiles, aut cives, aut civitates, aut collegia, via facti sibi jus dicant; sub aliquo privilegii sibi competentis colore, sed jure cum adversariis suis experiantur, Placito 1. Aprilis anni 1521. vol. 2. Placit. Holland. pag. 2055. in fine. Adde orationem meam de docentium & discentium officiis.

2. Data tamen fuit parentibus dominisque modica liberos ac servos coercendi potestas; §. ult. Inst. de his, qui sui, vel alien. juris sunt tit. C. de emend. servorum tit. C. de emendas. propinquor. creditori licet debitorem cum pecunia fugientem ex fuga reducere, l. ait praetor 10. §. si debitorem 16. ff. quae in fraud. credit. patri concessum, reprehensam in adulterio filiamfam. una cum adultero neci dare; quod & marito permissum in adulterum vilem domi suae deprehensum, l. 20. 21. & seqq. ff. ad leg. Jul. de adult. utrique insuper adulterum cum, quem vel noluit vel non potuit obtruncare, retinere totis continuis horis diurnis nocturnisque viginti, l. capis. 25. ff. ad leg. Jul. de adult. Nocturnos insuper agrorum peculatores, aut itinera frequentata insidiis aggressionis infestantes repellere, cuique jus est, l. 1. 2. C. quando liceat unicuique sine jud. se vindic. &, ne singula enumerem, vim omnem injustam vi repellere, observato inculpatæ tutelæ moderamine, leges omnes, omniaque jura sinunt, l. ut vim 3. ff. de justit. & jure, l. 1. C. unde vi, l. quod est 3. §. cum igitur 9. ff. de vi

& *vi armata*. Quin & iudex, uti allegata exceptione fori declinatoria, cognoscit de eo, an competens sit, nec ne, ut dictum *lit. de iurisdic.* ita quoque non iniquum est, eum multa imposita coercere tales, qui ei, quae iudici, & manus implenti, aut ministris ejus injuriam dicto aut facto inferre haud verentur; si modo de vindicta publica imponenda, non poena iudici laso applicanda, quaestio sit, arg. *l. unic. ff. si qui jus dicen. i non obtemperav. cap. Salonitana 24. distinet.* 63. Andr. Gayl. *lib. 1. observ.* 39. Berlichius *part. 5. conclus.* 65. n. 39. & seqq. Lambert. Goris *advers. tract.* 4. ad l. 19. ff. *de offic. praesidis*, ac verba, sed *contemni non patitur*, pag. 406. & seqq. Carpzovius *defin. forens. part. 1. consilii.* 16. *defin.* 33.

3. Iudicium est legitima causae cognitio, discussio, ac definitio inter actorem & reum coram iudice facta. Cujus variae divisiones sunt; aliud enim ordinarium est, aliud summarium, in quo, omissis longioribus litiū ambagibus, omnia breviter expendantur, quo casu iudex *summatim cognoscere, summatim estimare, & summatim res exponi* dicebatur, *l. in hac actione 3. §. sciendum 6. ff. ad exhibend. l. si quis libertatem 7. §. 1. ff. de petit. hered. l. a Divo Pio 13. §. si rerum 4. ff. de re judicata, l. Carbonianum 3. §. causa cognitio 4. ff. de Carboniano edito, Zangerus de exception. part. 1. cap. 1. n. 55. & seqq.* Et quamvis illa, quae *summatim cognoscebantur*, frequenter etiam *de plano cognosci*, & expediri dicerentur, dum iudex non pro tribunali, sed cum jam inde in planum descenderat locum, officium suum impertiebat (adde Sigonius *de judiciis lib. 1. cap. 7. in med.*), tamen non semper *de plano & summatim cognoscere*, idem fuit; in quantum plura, quae *summatim exponebantur* non *de plano*, sed pro tribunali tantum potuerunt expediri; veluti datio possessionis bonorum ex Carboniano edito, quia summaria quidem causae cognitione praemissa concedebatur, *l. Carbonianum 3. §. causa 4. ff. de Carbon. edito l. 1. §. si ea 14. ff. de venire in possess. miss. alibi tamen, quam pro tribunali, haud danda fuit, l. bona 3. §. pen. ff. de bonor. possession. l. utile 2. §. dis. 1. ff. quis ordo in bon. possess. servetur, D. Noodt tract. de iurisdic. lib. 1. cap. 10.*

4. Locus autem est summariae cognitioni in plerisque interdictis de possessione temporaria agentibus, ut latius dicendum in materia interdictorum; in actione ad exhibendum, bonorum possessione ex Carboniano edito, aliisque secundum leges paulo ante allegatas; nec non in extraordinariis cognitionibus, & persecutionibus: cum nec haec habeant ordinarii juris executionem, *l. pecunia verbum 174. §. actionis verbum 2. ff. de verb. signif. l. qui mutuum 53. §. pen. ff. mandati, tit. ff. de extraord. cognit. plura vide enumerata apud Zangerum de exception. part. 1. cap. 1. num. 60.* Mores quoque hodierni in multis ordinarii juris executione remissa, ac amputatis litiū ambagibus, summarie causam agi induxerunt, veluti in negotiis matrimonialibus, *eg. reglement van de Staten Generaal ann. 1646. 18. Mariti artic. 41. provisioneel accord tuschen Holland en Zeeland 7. Martij 1607. artic. 12. & nader provisioneel accord 11. Junij 1674. art. 29.* Zangerus *d. part. 1. cap. 1. n. 60. vers. tricesimo secundo*, Carpzov. *defin. forens. part. 4. consilii.* 23. *defin.* 14. in rationum redditionibus, liquidationibus, custodia civili (*gyselinge*) & opposi-

tionibus adversus executionem, aut decreti interpositionem faciendis. *Ampliatie van d' instructie van den Hove van Holland 21. Decemb. 1579. art. 13. Rebuffus ad consti. reg. rom. 1. tract. de sentent. execut. art. 7. gloss. 9. num. 14.* Neostadius *Curia Holland. decis.* 34. in controversiis ad saltuum publicorum violationem ac transgressionem legum venatoriarum pertinentibus, *Placc. van Kaiser Carol. van't kort rechts in stuk van Wildernissen van den leste Julij 1545. item ordonn. op de rebedagon over de wildernissen van Holland &c. 20. Julij anno 1622.* in quaestionibus maritimis apud rei maritimae praefectos ventilandis. *Instructie van de Staten Generaal voor de Kamer der Admiraliteyt anno 1597. ann. 14. 15. 30. in causis fraudati census & impositionum publicarum, placito Ordini Holland. 18. Decemb. 1677.* in lite de alimentis non de praeterito, sed de praesenti, vel futuro praestandis, *Gratianus, discept. forens. c. 33. n. 22. & seqq. Pontanus de alimentis cap. 19.*

5. Quod si lis principalis summatim agitata sit, summarie quoque tractandae erunt controversiae in eam incidentes, & ejus occasione natae; ne alioquin pereat privilegium litiū abbreviandarum certis in causis datum. Et, si lis in primo iudicio summatim ventilata sit, lege non repugnante, etiam per appellationem delata ad iudicem superiorem, eodem modo summarie ad finem perducenda est; cum nec per appellationem qualitas causae, seu natura ejus, ac privilegium mutari possit, Vincent. Carocius *decis.* 115. Zangerus *de exception. part. 1. cap. 1. n. 60. vers. vicesimo septimo.* Si tamen is, qui parata poterat executione, atque ita cognitione summaria consequi sibi debitum, ordinariam elegerit litigandam viam, renunciare liti coepit potest, adversario invito, & summario iudicio, ac parata executione facere debiti persecutionem; nam & is, qui interdicto *unde vi* experiri poterat, aut interdicto *uti possidetis*, si praetermissis illis, coepit rei vindicationem intentare, non prohibetur, petitorio pendente, ad interdicta illa, adeoque summaria iudicia redire; cum non videatur possessioni renunciasse, dum coepit vindicare, *l. naturaliter 12. §. 1. ff. de acquir. vel amitt. possess. l. cum fundum 18. §. 1. ff. de vi & vi arm.* Cui accedit, quod liberum unicuique sit, mutato petitionis libello, non modo rem aliam petere, sed & aliam loco prioris perpetram mota intentare actionem, ut probatum *tit. de edendo*; & facit pro hac sententia *l. si se non 4. §. si ex conventionem 4. ff. de re judicata. Andr. Gayl. lib. 1. observ. 60. num. 4. 5.* Rebuffus *ad consti. reg. rom. 1. tract. de literar. ob rog. art. & gloss. 3. n. 7.* Carocius *decis.* 57. dissent. Berlichius *part. 1. conclus.* 80. n. 23. ibique DD. citati.

6. Insuper aliud iudicium civile est, aliud criminale, in quo ad poenam capitalem, corporalem, aut pecuniariam, fisco applicandam contenditur, *arg. l. ult. ff. de privatis delictis, l. ult. ff. de furtis, l. quod senatus consultum 6. l. 7. §. 1. l. ult. ff. de injuriis, l. ult. ff. ad leg. Jul. peculatus. §. 2. & ult. Institut. de public. judiciis, Julius Clarus lib. 5. sentent. §. fin. quart. 1. n. 2. & seqq. Zangerus de exceptionib. part. 1. c. 1. n. 35. & seqq.* Quamvis aliis placeat, etiam tunc civile iudicium esse, cum sola poena pecuniaria exigitur, licet fisco applicanda; veluti, cum actione populari quis poenam petit, actori partim, partim fisco cesseram; *ut in lege Cornelia 25. §. ult. ff. de Sena-*



*inst. Silan.* Quo tamen casu latius iudicii privati denominatio accipitur; cum aliquin popularia iudicia a privatis distare in multis, ex *istis de popularibus actionibus* manifestum sit. Eoque sensu latiore verum est, hodiernis quoque moribus civilia magis, quam criminalia iudicia esse, in quibus ob delictum non nisi multa pecuniaria exigitur, accusatori, delatori, & fisco pro rata tribuenda; ea vero tantum esse criminalia, in quibus agitur de corporali coercitione, Carpzovius *defn. for. part. 4. const. 42. def. 2. & 3.* Nec levis in huius contrarietate decisione etiam quantum ad hodiernam praxin utilitas est, quoties perpenditur, multifariam inter iudicia civilia & criminalia interesse, ut dicitur *tit. de public. judiciis*; interim videri potest Ularus *d. §. fin. quest. 1.*

7. Quod si eodem de facto & civile & criminale iudicium principaliter moveri possit, veluti de falso, de homicidio, de vi, ac similibus, juxta *l. unic. C. quand. civil. actio criminali prejud. l. inde 23. §. si dolo 9. ff. ad leg. Aquil. §. liberum 11. Inst. eod. tit. l. de fide 16. C. ad l. Cornel. de falsis, l. 1. C. si quis aliquem testari prohib. videtur iure Romano fuisse in potestate lesi, utrum civile prius, an prius criminale voluerit iudicium exercere, atque adeo vel persequi primo privatum damnum, vel publicam exposcere criminis ultionem, *l. unic. C. quand. civil. actio criminali prejudicet, l. inde 23. §. si dolo 9. ff. ad leg. Aquil. l. interdum 4. ff. de publ. judiciis, l. praeter ait 2. §. hoc dictio 1. ff. de vi bonor. rapi.* Neque obstat, quod a D. Pio & rescriptum & decretum dicitur, *si de vi & possessione vel dominio queratur, ante querendum esse de vi, quam de jure proprietatis, vel possessionis, l. qui cotu 5. §. 1. ad leg. jul. de vi publ. l. si de vi 37. ff. b. t.* Non enim alia legis utriusque sententia est, quam quod, si quis de proprietatis, aut possessionis iure contendere velit, & praeterea conqueratur de vi, se scilicet vi de possessione rei controversae defectum esse, prius de vi questio, seu interdictum unde vi ad recuperandam naturalem rei litigiosae possessionem, a iudice terminari debeat; idque secundum Imperatorum aliorum constitutionem, verbis plenioribus legis utriusque superioris sensum explicantem: *Incerti juris non est, inquiunt, orta proprietatis, & possessionis lite, prius possessionis oportere decidi questionem competentibus actionibus; ut ex hoc, ordine facto, de domini disceptatione probationes ab eo, qui de possessione videtur est, exigantur, l. 3. C. de interdictis.* Adde *l. ordinarii 13. C. de rei vindic. l. si quis super 3. C. fin. regendor. §. 4. Inst. de interdictis.* Praeterquam quod & ipsa ratio naturalis abunde dicat, inutilem prorsus futuram interdictum, adeoque preparatori iudicil ventilationem, postquam jam principalis de proprietate lis auctoritate rei iudicatae dirempta est. Ne dicam, tantopere leges fuisse restitutioni spoliatorum ante omnia faciendae, ut licet questio momentaneae possessionis, per interdictum agitata, nihil cum iudicio criminali commune habeat, nec ejus preparatoria sit; tamen in *l. 1. C. de Appellat. rescriptum inveniatur, prius de possessione pronunciare, & ita crimis violentia excutere praesidem provinciae debuisse; quod & confirmatum in l. si quis ad se 7. C. ad legem Jul. de vi publ. vel privata.* Etiam enim concurrente civili & criminali iudicio, utroque principi*

Voss ad Pandect. Tom. II.

pali; ex eodem facto, relictum fuisse arbitrio lesi, quantum prius experiri velit, jam dictum sit; tamen quia possessionis momentaneae questio summum tantum interdictio tractatur, nec longiorem inducit moram, consultius visum fuit, eam ante criminale de violentia iudicium terminari potius, quam pendente criminali accusatione vim passum interim possessione rei, commodisque ejus fraudatum manere. Si vero non ex eodem facto de quo haftenus, sed diversis ex causis civile & criminale iudicium moveatur, dum forte maritus uxorem adulterii accusat, uxor dotis petit restitutionem, regulariter prius criminale, tanquam majoris momenti, terminandum est, *l. adulterii 33. C. ad leg. Jul. de adulter. l. ult. C. de ordine judiciorum, arg. l. per minorem 34. ff. b. t.* eoque facit quodammodo instructio Cur. Holland. *art. 41. & edictum Philippi regis de justitia criminali, anno 1570. 9. Julii art. 62.* Quin &, si negotii civilis disceptatio instituta sit, & in eam forte incidat criminalis questio; si quidem haec praedicialis sit, sic ut absque ejus definitione terminari nequeat causa civilis, jam cepta, moveri, etiam tunc prius de criminali questione iudicium terminandum est, veluti si scriptura, aut testibus, ex quorum fide stabit, cadetve tota causa, falsitatis, aut subornationis crimen obiectum sit, cum universaliter verum sit, prius questiones praediciales terminandas esse, *arg. l. fundum 16. l. 17. 18. ff. de exception. praescript. & prej. leg. 1. §. 1. ff. famil. ercis. Brunnemannus ad l. 3. & 4. C. de ordine judiciorum.* Uti ex adverso, quia servis aliae, aliae liberis hominibus iure Romano poenae fuerunt propositae, *l. 1. §. 1. 2. ff. de penis*, si quis criminis accusabatur, de cuius statu controversia subortebatur, libere, an servus esset, ante criminale iudicium liberalis causa suo ordine peragenda fuit, quoniam necesse erat, ante sciri, si delictum probatum fuerit, utrum ut in liberum & ingenuum, an ut in servum oporteat iudicium constitui, *l. si crimen 3. C. de ordine cognitionum*, cui non absimiles sunt factorum species occurrentes in *l. quoniam 25. C. ad leg. Jul. de adult. l. praeter provinc. 8. C. ad leg. de plagiaris.* Si tamen appareat, morandae tantum solutionis gratia falsi crimen a reo testibus obijci, vel instrumentis, constitutum fuit nihilominus, salva in posterum executione criminis, debitorem ad solutionem compelli oportere, *l. satis 2. C. ad leg. Cornel. de falsis*, sic ut non tam criminaliter, quam potius civiliter disquisitio de fide instrumenti aut falsitate objecta apud Iudices pedaneos, in lite pecuniaria datos, instituenda esset, *l. si lis pecuniaria 11. C. ad leg. Cornel. de falsis.* Quod & satis manifeste a Valeriano & Gallieno constitutum fuit; dam jusserunt, ut, cum civili disceptationi principaliter mota questio criminis incidit, vel crimini prius instituto civilis causa adiungitur, iudex non quidem praecise debeat, sed possit eodem tempore utramque disceptationem sua sententia dirimere, *l. pen. C. de ordine judic. Et hoc ipsum esse puto, quod & Constantinus voluit in l. 2. C. Theodoriani ad leg. Cornel. de falsis, dum de illo litigante loquitur, qui falsi strepitum intulit, ac proinde non in universum praecipit, ut semper cepta civilis disceptatio, non obstante falsi obiectione, ad finem perduceretur; (qua enim, obsecro, ratione id poterat, cum judi-*

ci justa adversus testes aut instrumenta haberet suspicionis causa, impediens quam maxime, ne ei per tales probationes fiat veri fides; sine qua tamen dirimi litem non posse palam est) sed potius tunc demum, cum iudici appareret, non nisi per calumniam litis protelanda causa adduci falsi allegationem. Nec alio de casu intelligenda *l. pen. C. ad leg. Cornel. de falsis*, quippe, inquam, uti sententia, sic ipsa verba *d. l. 2. Cod. Theodosiani*, apparent ex parte translata. Vide paulo aliter sentientes Cujacium *lib. 20. observ. 25.* Perezium *ad tit. C. de ordine iudiciorum*, Meyerum *collegio Argent. ad Pand. b. t. n. 145. 146.*

8. Ad hæc plures aliæ passim obviæ sunt species iudiciorum, dum alia præparatoria sunt, alia principalia, alia publica, privata alia: quædam petitoria, quædam possessoria, ut tamen in concursu possessorum primo finiendum sit, ut paulo ante notatum; etiamsi, petitorio jam pendente, possessorium demum fuisset inchoatum, *l. cum fundum 18. §. 1. ff. de vi & vi armata, l. naturaliter 12. §. 1. ff. de acquir. vel amitt. poss.* Præterea nonnulla universalia dicuntur, veluti hæreditatis petitio, familiæ eriscunda actio; quædam generalia, ut tutelæ iudicium; plurima singularia, ut rei vindicatio, commodati, depositi, & similes actiones. Itidem vel in rem sunt, vel in personam, vel bonæ fidei, vel stricti iuris; & ut generaliter dicam, tot fere iudiciorum divisiones a DD. recensentur, quot sunt actionum. Ceterum de iudiciis latæ fuerunt leges Juliæ, altera privatorum, altera publicorum iudiciorum. Legis Juliæ privata iudicia concernentis, vestigia quædam in Pandectis supersunt; etenim ea cautum legitimus, ne iudex arbitrium ejus rei, de qua iudex est, recipiat, neve in se jubeat compromitti, *l. sed si in servum 9. §. si quis iudex 3. ff. de receptis*, ne minor annis viginti iudicare cogatur, *l. cum lege 41. ff. de receptis*, ac denique de prorogatione jurisdictionis *l. concessisse 2. §. convenire 1. ff. b. t. 1.* Brissonius *antiquit. lib. 4. cap. 7.*

9. Constituunt iudicium personæ tres principales, actor, reus, & iudex. Præter quos etiam personæ minus principales sunt, vel actori & reo inservientes, quales advocati, procuratores, defensores; vel iudici, quales assessores, tabelliones, seu scribæ, apparitores & executores litium, alique similes. Quin & hodie illis in locis, ubi prætores iudicii interesse moris est, ut nomine Principis telam iudicii exordiantur & auctoritatem rei iudicatæ præstent, non a tribus, sed potius a quatuor personis iudicium constitui, videlicet prætore, iudicibus, actore, & reo, observatum a Lamberto Goris *advocariar. tract. 3. part. 1. cap. 6. num. 14.* Actor est, qui ad iudicium provocat; reus, qui provocatur: adeo ut sola provocatio in iudiciis duplicibus, in quibus uterque actoris, & rei partes simul obtinere dicitur, demonstret, quis actoris, quis rei munus teneatur obire; nisi simul provocatione per ambos facta, res sorte discernenda sit, *l. in tribus 13. l. 14. ff. b. t.*

10. In utroque necesse est, ut legitimam habeat personam standi in iudicio; unde non servi tantum, qui iure civili, pro nullis habiti, sed & impuberes, furiosi, prodigi, alique similes, a limine iudicii repellendi sunt; *tit. C. qui legit. person. standi in iudic. uti & collegia illicita, etsi tolerata sint, qualia se-*

clarum diversarum varia apud nos. Vide *tit. quod cuiusque universitat. nomin.* in hostico quoque belli tempore commemorantes, nisi speciatim ab Ordinibus generalibus, aut illius provincie, in qua lis movenda est, agendi licentiam obtinuerint; sic ut haud sufficeret, quod salvi conductus diplomate muniri præsentessent, *decreto Ordin. General. 2. Octobr. 1590. & decreto Ordin. Holl. 29. Octobr. 1590. vol. 2. placitorum pag. 2209.* Sim. van Leeuwen *cons. forens. part. 2. lib. 1. cap. 10. num. 13.* Responsa JCtor. Holland. *part. 1. consil. 289.* Groenewegen *ad tit. C. qui legit. person. stand. in iud. bab.* aut aliis suas tesserent actiones, exceptis solis actionibus ex mercatura, cum hostibus haud interdicta, natis, *d. consil. 289.* Filiisfamilias quod attinet, jure quidem Romano obtinuit, quod personali semper potuerit actione conveniri, sive illa ex contractu, sive ex delicto nata esset, uti ex omni causa (excepto mutuo) potuit ut paterfamilias obligari, *l. filiusfamilias 39. ff. de obligat. & action. l. licet 3. §. ex furtiva 12. ff. de peculio, l. tam ex contractibus 57. ff. b. t.* sed executio fieri haud potuit, nisi ille paterfamilias factus esset, quo sensu nomen filiofamilias morte patris dicebatur bonum fieri & Macedoniano Senatusconsulto, mutuum in filiofamilias improbane, cautum fuit, nullius posse filiofamilias nomen expellata morte patris bonum fieri, *l. 1. ff. de Senatusc. Macedon.* aut nisi haberet castrense vel quasi castrense peculium, vel adventitium, quatenus illud ei erat ex lege acquisitum, vel denique profectitium, cujus intuitu pater conveniri poterat peculio tenus, *d. l. 3. §. 11. ff. de peculio, §. actiones 10. Instit. de action.* Quod si in rem actio esset, si quidem rei intuitu, quæ in profectitio computabatur peculio, solus pater conveniendus erat; sin in castrensi, vel quasi castrensi peculio, solus filiofamilias, tanquam pro paterfamilias in hisce habitus. At si res adventitio pleno accensita fuisset, in filiofamilias adhibito patris consensu; si minus pleno, in patrem accedente consensu filiofamilias actio danda fuit, *l. ult. in fine pr. & §. 3. C. de bonis, quæ liberis.* Aggre vero potuit filiofamilias libere de castrensi, vel quasi, ut paterfamilias; de profectitio pater; de adventitio non pleno pater concurrente filiofamilias voluntate, nisi is minor esset; de pleno filiofamilias patre consentiente; qui & ad consensum interponendum a iudice adigendus fuit, *d. l. ult. in fine pr. & §. 3. C. de bon. quæ liberis.* Si tamen abesset pater, ac periculum in mora videretur, nec esset, aut ageret procurator ejus; soli filiofamilias liberum fuit has exercere actiones, *l. si longius 18. §. 1. ff. b. t. l. filiusfamilias 8. ff. de procuratoribus*, sub qua limitatione, ex jure veteri, & mutatione obmutata a recentioribus Imperatoribus peculiorum jura, intelligendum est, quod a Paulo traditum est in *l. 9. ff. de oblig. & action. filiusfamilias suo nomine nullam actionem habere, nisi injuriarum, & quod vi aut clam & depositi et commodati.* Scilicet nisi in aliis actionibus movendis pater absit, vel nisi talia sint peculia, de quibus filiofamilias experiri jure novo datum est, secundum leges ante adductas. Sed, cum nunc apud gentes plerasque, saltem viciniores, usu receptum sit, patriam potestatem majorrennitate, nuptiis, ac similibus aliis modis evanescere, quibus & tutela extingui solet, ut dictum sit.

de adoptione. consequens fuit, ut omissis istis peculiarium distinctionibus liberi, superstitute patre; si quidem minorennis sint, minorennium, sin majorennis, majorennium utantur jure in questione, an legitimam habeant in judicio standi personam.

11. Minores ipsos quod attinet, uti jure Romano, ita & nunc eos curatoris auctoritate destitutos a limine judicii repelli, obtinuit; sic ut, licet de jure civili minoribus invitis curator dandus non fuerit, ad litem tamen fuerit iisdem praesumendus, §. *item invitii*, 2. *Instit. de curator. l. in rebus* 1. *C. qui legiti. person. standi in jud. habeant, vel non*, Hugo Grotius *manuduct. ad jurispr. Holl. lib. 1. cap. 8. num. 6. et seqq.* Et quamvis momentaneae possessionis actionem a quacunque persona, adeoque & a minoribus exerceri posse, placuerit Imperatoribus, ad id, ut spoliatus ante omnia restituatur, vel adversarius in possessione turbare desinat, *l. ult. C. qui legiti. person. standi in jud. junct. l. unic. C. si per vim vel alio modo abentis possider. turbata sit, l. momentanea* 8. *C. unde vi*; nostris tamen moribus ne sic quidem minorennem sine curatore in judiciis admittendum esse, testis est Groenewegen *ad d. l. ult. Leeuwen censur. forens. part. 2. lib. 1. cap. 10. num. 8.* An autem urgente necessitate minores, & qui juris interpretatione pro talibus habentur, debitores suos aut res eorum sistere (seu arrestare) possint, auctoritate curatoris destituti, si de rato caveant, dixit *ist. de in jur. voc. n. 34.* Si tamen minor sive curator in judicio substituit, errore forte pro majore habitus, atque adeo nulla in personam ejus exceptione opposita exclusus, sententia quidem adversus eum pronunciata nullius momenti est, *l. cum et minores* 4. *C. si advers. rem judicat.* sed pro eo lata effectum sortietur: minoribus enim aetas in damnis subvenire, non in rebus prospere gestis obesse consuevit, *l. non eo minus* 14. *C. de procurator.*

12. Ceterum non minus in causis criminalibus, curatore demum auctore, in judicio subsistere minoribus datum fuit, sive accusatores essent, sive accusati, *l. clarum* 4. *C. de auctorit. praestanda*; sed cum nostro jure privatus nullus criminaliter accuset, sed soli praetores, advocati fisci, alique similes nomine publico; & exemplo filiorumfamilias etiam minores (si forte ad Praeturae contingeret eos ante legitimam admoveri aetatem) in publicis causis pro majorennibus habendi sint, arg. *l. filiusfamilias* 9. §. *de his, qui sui vel alien. jur. sum.* nihil vetat, quo minus sine curatore solemnes & publicas inchoent ac absolvant accusationes. Quin & minorem accusatum sine curatore in judicio stare posse & debere sic ut supervacua eo casu habeatur curatoris auctoritas, e pragmaticis invento traditum, ac statutis pariter, multorumque auctoritatis firmatum a Groenewegio *ad l. 4. C. de auctorit. praestanda.* Sim. van Leeuwen *cens. for. part. 2. lib. 1. cap. 10. num. 12.* Gothofredo *in not. ad d. l. 4.* Quod haecenus verum est, quatenus interrogati de crimine minores, ipsi de suis tenentur factis respondere, non curatoris sui, sed proprio ore; quo videtur per allusionem respexisse Hugo Grotius *manuduct. ad jurispr. Holl. lib. 1. cap. 4. in pr.* alioquin enim, quin ad defensiones in lite criminali faciendas curatoris auctoritas adhiberi possit ac debeat, dubitare non sinit constitutio Philippi Hisp. Regis, *ordinantiae op. de criminale juris-*

*ist. 9. Julii 1750. art. 61.* qua cautum, minori accusato curatorem assistere posse, ac defensiones pro eo proponere; usque adeo, ut, si curatore careat, judex ei debeat curatorem adjungere, qui pro ipso verba faciat ac intercedat; idque convenienter juris Romani dispositioni, secundum quam omnino pulsatis in criminali causa minoribus adesse jubentur curatores; cum cautius & melius sit, cum suasionem perfectissima responsa facere minores, crimenque discutere; ne ex sua imperitia vel juvenili calore aliquid vel dicant vel taceant, quod si fuisset prolatum, vel non expressum, prodesset eis poterat, & a deteriore calculo eos eripere, *l. clarum* 4. *C. de auctor. praestanda.* Jure quoque Canonico inductum fuit, eum, qui annum implevit quartum & decimum, in matrimonialibus, & beneficialibus, ac aliis spiritualibus, nec non ab eisdem dependentibus causis, perinde ac si major viginti quinque annis existeret, ad agendum vel defendendum per se, vel procuratorem admittendum esse, *cap. si annum* 3. *de judiciis in 6. cap. ex parte* 14. *extra, de restitutione spoliator.* Gothofredus *in not. ad l. 2. C. qui legiti. person. standi in judic.* Montanus *de suis lib. cap. 33. n. 610. et seqq.* Carpzovius *defn. for. part. 4. constit. 23. def. 14.* ut tamen tutius atque consultius nostri censeant pragmatici, ad causas hasce curatorem (si non sit) peti cujus auctoritate de negotiis hisce lis peragatur, quatenus judex arbitrari forte posset, eam debere intervenire.

13. Majoribus autem, legitimam personam standi in judicio habentibus, aequiparandi, qui aut veniam aetatis impetrarunt, aut per nuptias patriae vel tutoria fuerunt liberati potestate; secundum ea, quae latius *ist. de minoribus* fuere tractata, quae adeo vera sunt, ut & de rebus immobilibus in judicio post impetratam aetatis veniam subsistere sine curatore queant; non modo, si plenissima eis venia cum alienandi potestate tributa sit; sed & si secundum Romani juris normam eis indulta, ut quantum ad immobilium alienationem a minoribus ceteris distincti non sint. Neque enim illa minorum omnium exaquo circa immobilium alienationem, sive veniam impetraverint, sive non, in alio consistit, quam ut utrobique non sine decreto alienatio rata sit, *l. pen. C. de his, qui ven. aetatis*, nequaquam in eo, quod curatoris auctoritate vel ad alienandum, vel ad litigandum opus esset. Hocque facit, quod generaliter constitutum fuit adolescentem, cujus curator a sententia contra minorem lata appellaverat, suo posse nomine appellationem exercere, si interim veniam aetatis impetraverit, aut ad legitimam pervenerit, aetatem, *l. si actor* 10. *de appellat. Sande decr. Frisic. lib. 1. tit. defn. 12.* Groenewegen *ad l. ult. C. qui legiti. person. standi in judic.*

14. Ex adverso minoribus assimilatae nostris ac aliarum plurimarum gentium moribus mulieres majorennis maritis junctae, ac maritali subjectae potestati, de quibus *ist. de minoribus*. Quamvis ergo jure civili uxor aequae sine marito, ac maritus sine uxore potuerit in judicio subsistere in causis propriis, arg. *l. 1. §. de postulando*, sic ut & marito uxor proponatur mandasse litem suam in judicio peragendam, *l. non eo minus* 14. *C. de procurator.* nec uxor pro marito, vel maritus pro uxore potuerit conveniri, *ist. C. ne uxor pro marito;*

hodie tamen uxores pro se in iudicio stare non posse, sed pro his maritos, a quibus eas defendi æquum Justiniano visum, praxis quotidiana abunde dicat, sive actio intentanda, sive per alios mota, uxorio nomine excipienda sit, sive agendi ius stante de num matrimonio competere cæperit, sive nuptiis vetustius a muliere, aut in mulierem etiamnum in-nuptam potuerit exerceri, Christinzus ad *leg. Mo-chliniens. tit. 9. tit. 1.* Lambert. *Goris adversar. tract. 1. cap. 4. num. 5. 6.* Ant. Matthæus *de au-tion. lib. 1. cap. 5. num. 6.* (vide tamen de jure Saxónico *Carpiovium def. for. part. 1. const. 1. der. 31. 32.*) adeo ut sententia adversus mulierem sine marito, perpetuo tutore suo, litigantem lata, nul-lus plane momenti futura sit, perinde ac si adver-sus minorem indefensum lita esset, arg. *l. cum ex minore 4. C. si advers. rem judicatas.* Christinzus *vol. 2. dec. 153. num. 4.* Groenewegen *ad rubric. Cpd. qui legit. person. stand. in judic.* Rodenburch *de jure conjug. tit. 3. cap. 1. num. 1.* nec execu-tioni dari possit, non tantum, matrimonio duran-te, sed nec soluto eo, in mulierem, aut bona ejus; si modo illis in locis mulier cum viro domicilium soveat ac litigaverit, in quibus nec ex contractu, sine viri auctoritate celebrari posset, matrimonio soluto, inquietari, veluti in Hollandia. Nam si illo in loco degerent conjuges, litemque clam viro uxor sustinisset, ubi ex contractu sine viri auctoritate celebrato viduas, aut hæredes earum soluto matri-monio conveniri posse, lex municipalis indulsit; ut puta, Ultrajecti; rationem non video, cur non etiam ex causa judicati ipsa vel hæredes ejus, nup-tiis diremtis, executionem deberet subire: etenim in judiciis quoque quasi contrahi, lite contestata, & sententia subsecuta, sicut stipulatione contrahitur, tratatitium est ex *l. licet 3. §. idem scribit 11. ff. de peculio*, ac manifestum insuper, hac ratione non magis ex judicato, quam ex contractu ladi maritum, executione demum facta ex quo desiit maritus esse. Nec me movent, quæ a Rodenburgio dissentiente in medium adductæ, *tract. de jure conjug. tit. 3. cap. 1. num. 1.* a contractu enim proprie dicto ad judi-cia firmam argumentationem in omnibus non esse, uti libens concedo, quoties evidens apparet diversi-tatis ratio; ita, cum nulla suppedietur talis quan-tum ad questionem præsentem, sed ex dictis eadem utroque in casu militet, non est, cur a contractibus hac in parte descendens ex judicato obligatio separaretur, maxime si consideres, futurum alioquin absurdum illud, quod major privata mulierum con-ventioni tribueretur vis, quam publicæ rerum judi-catarum auctoritati; etsi longe magis ab actibus ju-dicialibus, quam extrajudicialibus abesse circum-scriptionem, adeoque minus in iudicio, quam extra illud, mulieres ex sexus sui fragilitate periclitari, in aperto sit. Frivolum vero est, quod de majore a rerum domesticarum curis avocamento in uxore li-gigante quam contrahente, adeoque majore præjudi-cio maritis per judicia, quam per conventiones in-ferendo, ibidem est traditum: postquam obtinuit litigantium præsentia in judiciis haud opus esse, sed & absentes & præsentem relinquare procuratoribus suis causarumque patronis litium suarum discussionem. De cetero in Hollandia ac Ultrajecti tam ampla ma-gis potestas est, ut & invita uxore litem pro ea,

ac nomine ejus instituere possit, aut excipere: ra-tumque futurum sit, ac non modo profuturum, si victor evaserit, sed & nociturum uxori reluctanti, si calculum deteriorem a marito litigante reportari contingat, nec iterato post solum matrimonium eadem de vidua, hæredesve ejus possint litigatum ire, Rodenburch *de jure conjugum tit. 3. cap. 1. num. 21.* Quod & alibi receptum esse testatur Chassa-neus *ad consuet. Burgund. rubr. 4. §. 5. in pr. num. 36. vel 37.* & ad verba, in *juribus possess. num. 37.* Tyraquellus *de retract. gentilit. §. 10. gross. unic. num. 11.* nec a Romani juris ratione alienum est; quo, cum nusquam minori tributa inveniatur facul-tas obloquendi suo curatori, litem curatorio nomi-ne movere desideranti, etiam nunc potestas ea mul-lieri, in minorum ordinem per nuptias redacta, & marito velut tutori suo obnoxia, asserenda non videtur. Ne dicam, sic viam apertam fore, qua læsionem haud levem sæpe subiret uxoria res; dum blanditiis, precibus, & lacrymis veris fictisque exoratus in misericordiam, etiam intempestivam, pro-nior muliebris animus, intercederet, ne prudens, ac invigilans commodis uxoris maritus, lites, non sine dispendio differendas, moveret. Et licet Ultrajecti immobilia uxoris bona sine consensu ejus alienare nequeat maritus, pro communi necdum beatus, nulla tamen inde legitima sequela deduxeris, cum ergo non nisi ex mulieris voluntate de lisdem posse litigare; cum utique manifestum sit, conservanda potius & retinenda rei causa, quam alienandi men-te, ad judicem iri. Nec est, quod quis hic a marito contra prohibitionem uxoris in lite subsistente col-lusionem prævaricationemque jure timeri, atque ita rerum uxoriarum dissipationem dolosam imminere prasumat: cum non modo bonus quisque in dubio credendus sit, donec contrarium probetur; sed & ipsa mulier, si indemnitatem quacunque ratione propter ista nequeat a marito exigere, sibi ipsi imputare debeat, quod sponte sese suaque viri talis tutela submisit. Dissentit Charondas *sur la consue-tude de Paris artic. 233.* Usque adeo autem hac de uxore ad litem non admittenda, deque marito velut tutore pro ea litigante, vera sunt, ut neque cessio bonorum a marito facta ullam hac in parte muta-tionem efficiat; cum maritus cedendo bonis, mari-talem tamen non cesserit potestatem, & jus tutelæ in uxorem ac bona ejus, Rodenburch *de jure con-jug. d. tit. 1. num. 13.* neque bonorum inter con-juges separatio, quæ non a magistratu, præmissa causæ cognitione, privata tantum conventionem con-tigit, jus hoc agendi marito tollat, Rodenburch *d. tit. 3. cap. 1. num. 14.* Neostadius *de pactis ante-nupt. observat. 8. in notis*, neque pacto dotali sive publico sive privato id agi effectum possit, ne maritus pro uxore in iudicio subsistat, sed ipsa sine viro, suo nomine suoque litiget arbitratur. Est enim jus illud publicum, nuptiis mulierem mariti potesta-ti ac tutela subdi, adeoque tanquam minorennem non habere legitimam personam standi in iudicio pro se; cui juri publico privatorum pactis derogari, leges non patiuntur, cum generaliter constitutum sit, servari non oportere pacta quacunque fuerint a jure communi remota, *l. juris gentium 7. §. et genera-liter 16. ff. de pactis*, atque insuper ad id, ut jure communi minorennis habeatur pro majorenni, re-

scripto principali opus sit, argumento eorum, quæ de venia ætatis, non nisi per Principem indulgenda, alibi dicta sunt; pro majorene autem haberi mulier viro juncta, ut videri possit habere legitimam personam in judicio pro se ipsa standi, Charondas *sur la coustume de Paris arit.* 233. Abr. a Wessel *de connub. honor. societas. tract.* 2. cap. 1. num. 111.

15. Sed nec uxorem ad litigandum sine viro idoneam reddet, quod ipsa forte, propter nuptias secundas a liberorum prioris matrimonii tutela administranda non depulsa, atque adeo in administratione quoquo modo perseverans, tutorio nomine experiri velit; aut tanquam executrix alienæ voluntatis supremæ testamento constituta; quodve ei, ut mercatrici publicæ, de rebus ad ipsam mercaturam pertinentibus controversia sit: sed potius in his omnibus virum ipsum oportebit in judicio consistere, & uxoris quocunque titulo munitæ partes causamque tueri. Quamvis enim in his omnibus mulierem non inutiliter administrare atque contrahere fatendum sit, ab administratione tamen & contrahendi licentia potestatem ad judicialia certamina subeunda non recte deduci, vel inde manifestum est, quod & de rebus æconomicis recte sine viri consensu uxor contrahit; nec tamen litibus ea occasione natis ipsa, sed maritus agit ac convenitur: quodque minoribus curatore carentibus de jure Romano contrahere permissum fuit, non item litigare, sic ut et invitus curator ad litem fuerit obtrudendus, §. *item inviti* 2. *Instit. de curator.* junct. 1. *si curatorem* 3. *C. de integ. restitut. minor.* ac denique filiisfamilias non raro libera peculii administratio indulta proponitur; cum tamen non ipsis nisi in subsidium, absente patre, sed ipsi potius patri de controversiis ad rem spectantibus pecuniarem jure experiendi facultas esset, arg. 1. *servus* 20. 21. 22. ff. *de jurejurando*, Rodenburch *de jure conjugum tit.* 3. cap. 1. num. 4. et num. 18. pag. dissent. Peckius *de jure sistendi cap.* 5. num. 14. Bessianus *ad consuet. Alvernæ cap.* 1. *art.* 9. Chasseneus *ad consuet. Burgund. rubr.* 4. §. 1. ad verba, *nisi sit mercatrix*, num. 9.

16. Mandante tamen, vel sciente & consentiente marito, uxorem in judicio subsistere posse, dubium non est, sive de suis propriis, sive de mariti sui rebus jure experiat. Sed & si ab initio consensus defuerit, subsequatam mariti ratihabitionem firma reddituram ea, quæ a muliere in judicio gesta sunt, ex vulgata ratihabitionis natura descendit, arg. 1. 1. §. *si ratum* 6. ff. *quod jussu*, l. *ult. C. ad Senat. sc. Macedon.* Christianus vol. 2. *decis.* 133. n. 4. Grotius *manuduct. ad Jurisprud. Holland. libr.* 1. cap. 5. n. 35. 36. Rodenburg *de jure conjugum d. tit.* 3. cap. 1. n. 6. 7. 8. 9. 10. Absente quoque marito, sive ex causa relegationis, sive voluntaria peregrinatione, audienda uxor est, si vel in sua, vel in mariti sui causa litem movere velit, cum appareat in mora periculum, nec tuta satis esset dilatio tanta, ut absentis mariti mandatum posset desiderari: sic ut eo casu implorata per mulierem judicialis auctoritas suppletura sit deficientem mariti absentis consensum. Eoque facit, quod & filiofamilias ob patris absentiam, & constitutum in mora periculum, experiri, ac in judicio stare jus nostrum concessit, ne aliquin impune fraudem patiaturs filius, aut pater, dum patris expectatur adventus, l.

*si longius* §. 18. 1. ff. *b. t. Adde Cortuy. van Antwerpen tit.* 41. *art.* 15. Sed si nullum ex modici temporis intervallo detrimentum immineat, necesse fuerit, ut absentis aut relegati mariti auctoritate expectata, lis ordinario jure moveatur, ac nomine mariti ipsius intentata decurrat. Neque hic distinguendum, utrum agere ipsa cupiat, an pro marito absente vocato intervenire, ejusque suscipere defensionem; licet jus Romanum non nisi pro solis parentibus mulierem in judicio intervenire permiserit, l. *famini* 41. ff. *de procurator.* ac æquum censere, uxores quidem a viris, non viros ab uxoribus suis defendi, §. *patitur* 2. *Instit. de injuriis*, Sande *decis. Frisic. libr.* 1. *tit.* 5. *def.* 1. & *lib.* 2. *tit.* 4. *def.* 4. Groenewegen *ad tit. Cod. de uxore pro marito num.* 6. Rodenburg. *de jure conjugum tit.* 3. cap. 1. num. 15. 16. Parens p. m. Paulus Voet *ad §. 2. Instit. de patria potestate num.* 7. *in med.* Quid juris sit in questione, an uxor absente viro debitorem sistere ac detinere, ut &, an ipsa sisti ac detineri arresto (ut loquuntur) possit, traditum *tit. de in jus vocando num.* 34. 36.

17. In criminalibus quoque uxorem ipsam criminis accusatam stare oportere in judicio obtinuit; cum in delictis maritalis aque, ac tutoria ac curatoria, conticescat potestas: etiamsi vero haud interdictum sit, uxori accusata ita assistere, ut minori criminis insimulato adesse curatorem jura Romana ac hodierna sinunt, prout ante dictum, Joh. Papon. *libr.* 7. *tit.* 1. *arrest.* 10. & 20. Christianus *ad leg. Molebiniens. tit.* 9. *art.* 9. num. 6. Argentæus *ad consuet. Britann. art.* 426. gloss. 1. Rodenburg. *de jure conjugum tit.* 3. cap. 2. Carpzovius *defin. for. part.* 1. *constit.* 1. *defin.* 55. Leeuwen *censur. for. part.* 2. *libr.* 1. cap. 10. n. 12. Et quamvis ex contractu uxoris sine viro auctoritate celebrato neque obligetur maritus, neque stante matrimonio ullam patiatur executionem, sive in suo, sive in proprio uxoris contrahentis patrimonio; tamen, si in penam pecuniariam ex suo delicto damnata sit, rectius sentire videntur, qui statuunt, executioni protinus dari posse sententiam in bonis dotabilibus aliisve a marito ad onera matrimonii sustinenda possessis, saltem usque ad concurrentem rei uxoris quantitatem; atque adeo contrahendo quidem mariti conditionem ab uxore non posse reddi deteriore, sed delinquendo, omnino, hætenus, ut matrimonio durante compellatur carere pecuniæ pœnæ nomine exsolvendæ utilitate. Nam & in servis id ipsum receptum fuit, ut contrahendo dominum obligatum non redderent, nisi haberent quid in peculio; delinquendo tamen eundem obstrinxerint ad damnum reparandum, aut noxæ deditionem, ac, in quantum illa noxæ deductio in damno reputanda erat, in tantum potuerint dominorum conditionem reddere deteriorem, l. 1. §. *quod igitur* 15. *in fine*, ff. *de vi & vi armata*, junct. 1. *melior* 133. ff. *de reg. juris*. Cui accedit, quod utilitas publica non patitur, delicta manere impunita, aut pœnas differri in tempus tam longum, ut, oblitterata sæpe per oblivionem memoria criminis, effectum deum essent sortituræ. Et uti corporalia supplicia cum infamia propter delictum irroganda non differri mariti aut matrimonii intuitu, quotidianum est, etsi magno maritus redemptam optaret uxoris infamiam, ad suum quoque contentum, & ignominiam.

haud leviter spectantem; ita iniquum videri non potest, si maritus uxorio nomine continuo subeat imposita multa executionem, atque ita a se, suaque, avertat poenā corporalis dedecus, cui uxor, multa non soluta, reddi posset obnoxia; in pelle quippe, si in ære non habeat, vel ex ære ejus non pendatur, luitura. Lenior sane viris honestis est & aequiore animo ferenda qualisqualis pecunia, quam existimationis jactura, Sande decr. Frisic. lib. 2. tit. 4. de fin. 4. med. Imbertus enchiridio juris Gallie, verbo vir & uxor etc. Rodenburg de jure conjugum tit. 2. parte altera num. 3. 5. 6. 7. pag. 303. & seqq. Wesel de connubiali bonor. societ. tract. 2. cap. 3. num. 65. 66. 67. & seqq. Ant. Matthæus de audien. lib. 3. cap. 7. n. 19. Neque in contrarium facit, quod peculiari Senatusconsulto opus fuit, ut maritus proconsul cum uxore proficiscens ex delicto uxoris conveniri posset, l. observare 4. §. proficisci 2. ff. de offic. procons. & legati, cui consequens videbatur, extra casum illum regulariter maritum non teneri ex uxoris delicto. Est namque d. legis 4. sententia, maritum de suo teneri poenam præstare; quod non ita vulgo obtineat, arg. l. 2. C. ne uxor pro marito, at nostra definitio est maritum usque ad concurrentem rei uxoria quantitatem ex uxorio delicto ad poenam obstringi. Non etiam adversatur l. si maritus minus 36. ff. soluto matrimo. cum non aliud velit, quam maritum soluto matrimonio æque gavisurum compent. & beneficio, si fiscus publicatam ex delicto uxoris dotem reposcat, quam si ipsa uxor eam repeteret; ne in perniciem mariti uxor punita videatur, dum ille plenariam ad peram & saccum usque pateretur executionem; qualis perniciēs metuenda non est, si dotem solam ex delicto solvere cogatur, quemadmodum etiam in d. l. 36. ob delictum publicata proponitur.

18. Quod si maritus in civilibus auctoritatem uxori accommodare, aut pro ea litem movere, de rebus uxoris malitiose detrectet, cum evidens apparet in lite movenda utilitas, grave contra ex neglecta actione immineret detrimentum; cogi quidem ipse nequit, ut invitatus auctoritatem accommodet, aut pro muliere litigatum eat, arg. l. si tutor 17. ff. de auctor. tutor. sed id non impedit, quo minus judex, cuius est malitiis haud indulgere, causa cognita, partes interponat, ac mulieri permittat experiri in suam utilitatem, sed & simul suo proprio, non mariti reluctantis periculo: adeo ut, tristiore calculo præter expectationem per uxorem ita litigantem relato, ipsaque tanquam litigatrice temeraria in expensas damnata, nihil eo nomine debeat marito decedere; verum executio potius in bona uxoris dirigenda sit, reservata marito fructuum inde percipiendorum facultate, salvisque juribus reliquis jure maritalis potestatis marito quæsitis, Joh. Papon lib. 7. tit. 1. arrest. 15. & ibi in notis, Argentæus ad consuet. Britann. art. 424. gloss. 1. num. 3. Christinzus ad Leg. Mechliniens. tit. 9. art. 4. num. 25. Choppinus ad leg. Parisiens. lib. 2. tit. 1. num. 15. Guerin ad Parisiens. art. 233. verb. & possessorer, Rondebruge de jure conjugum tit. 3. cap. 1. n. 11. 12. Plane, si maritus uxoris nomine in jus vocatus cedendum duxerit, uxor vero contradicendum credens a iudice impetraverit causa cognita (& amplitudine maritalis potestatis ex lege loci non impediēte) licentiam rei sue sine viro in judicio defendendæ, dum forte ma-

ritus levior videbatur pravariando velle causam adversario donare, tandemque ipsa succubuerit; non dubium, quin simpliciter in virum sententia, quatenus rei petitæ solutionem aut restitutionem imponit, executioni danda sit; eo quod non ad aliud eo casu maritus obstringitur, quam quod jam ante paratus fuerat, necdum ulla pressus judiciali auctoritate præstare. Præcipue vero in injuria, si quam uxor perpessa fuerit, nec ad animum voluerit revocare aut vindicare maritus, a judiciali auctoritate suppleri defectum maritalis auctoritatis æquum est, adeoque permittendum mulieri injuriarum suo nomine experiri, ne, dum maritus forte vilis & abjectus, famæque prodigus, contumeliam uxori honestæ illatam, ad suam metitur vililitatem, ad eamque connivet, probis quorumvis atque injuriis uxori impunitatis fiducia reddatur obnoxia, arg. l. sed si unus 17. §. interdum 13. & 14. ff. de injuriis, Christinzus ad leg. Mechliniens. tit. 9. art. 9. num. 8. Papon lib. 7. tit. 1. arrest. 10. in notis, Rodenburg de jure conjugum tit. 3. cap. 2. circa fin.

19. Quibus autem in casibus mulierem sine mariti auctoritate in judicio stare nefas est, in iis tamen si steterit contra juris prohibitionem, & victrix evaserit, rata erit sententia in ejus utilitatem pronunciata, idque tum exemplo sententiæ pro minore, curatore destituto, latæ, arg. l. non eo minus 14. C. de procurator. tum vi rathabitionis, quam maritus omni tempore potest interponere, arg. l. ult. C. ad Senatuscons. Maced. Tyraquellus ad leg. connub. verb. de son mary, gloss. 8. n. 75. Chassenæus ad consuet. Burgund. rubr. 4. §. 1. ad verba, contractus inter vivos n. 25. & seqq. Leeuwen cens. for. part. 1. lib. 1. tit. 7. n. 7. Sande decr. Frisic. lib. 2. tit. 4. de fin. 3.

20. Est autem in libero actoris cuiusvis arbitrio, an, & quo tempore, actionem intentare velit: dummodo caveat, ne elabi patiatur tempora ad agendum a jure præfixita, l. pure mibi 5. §. ult. ff. de doli mali & met. except. tit. C. ut nemo invitatus agere vel accus. teneatur, cœptum tamen iudicium prosecui tenetur; ne alioquin, si cesserit ante conclusionem in causa, instantia litis declaretur perempta; quod nostro jure hodierno fit, si anno integro a novissimis actis conquirent actor. Post conclusionem in causa, cum non ultra per moram actoris, sed iudicem stare videatur, quo minus lis finem accipiat, non potest instantia in poenam actoris declarari perempta, sed potius eo casu ad litigantium petitionem, & iteratam iudicis superioris admonitionem, lis tota evocationis jure ad tribunal superius transfertur terminanda, convenienter juri Romano in novell. 17. cap. si tibi quoque 3. de qua evocatione in sequentibus de foro competente latius. Vide Groenewegen ad l. 13. §. 1. C. b. r. ibique DD. & ad novell. 85. Wassenaar pract. jud. cap. 3. num. 24. et seqq. Appendicem decision. post responsa ICtor. Holland. part. 3. vol. 1. pag. 13. Leeuwen cens. for. part. 2. lib. 1. cap. 30. num. ult. van Alphens Papageay part. 1. cap. 12. et 13. Ut tamen adversus peremptam litis instantiam facilis sit impetratio in integrum restitutionis, usque adeo, ut ne memoriam quidem denegatæ hac in parte restitutionis extare testetur Neostadius Curia supr. decis. 92.

21. Cum autem in l. diffamari C. de ingenuis manumir. rescriptum esset; diffamari statum inge-

morum, seu errore, seu malignitate quorundam, per-  
iniquum est: præsertim, cum affirmet, diu præsidem  
unum atque alterum, interpellatum a te, vocasse  
diversam partem, ut contradictionem faceret, si de-  
fensionibus suis consideret. Unde constat, merito re-  
torem provincia commotum allegationibus suis, sen-  
tentiam dedisse, ne de cetero inquietudinem sus-  
tineret; dedit illud occasione Jurisconsultis exten-  
dendi d. legis quintæ dispositionem per interpretationem  
ad omnes illos, qui iniquis sermonum jactationi-  
bus existimationem alterius minutum aut elevatum  
eunt, quasi is aut crimen perpétrasset, aut debitor  
esset iniquusque rei alienæ possessor: tali enim dif-  
famatione posita, diffamato eandem probantur accom-  
modari solet actio ex d. l. diffamari, adversus dif-  
famatores, ut actionem, aut accusationem, si quam  
habere se putet, intra certum tempus instituat; aut  
alioquin ei perpetuum imponatur silentium. Cujus ac-  
tionis usum ac praxin in civilibus vide apud Myn-  
singerum cent. 3. observ. 78. Andr. Gayl. libr. 1. ob-  
servat. 9. 10. 11. 12. Merulam præf. civil. libr. 4.  
tit. 2. cap. 22. Wassenaar præf. judic. cap. 3. num.  
5. 6. 7. et seqq. van Alphen's Papegay part. 1. cap.  
5. pag. mibi 85. et seqq. in criminalibus, Instruct.  
Curiz Holland. art. 225. Ultrajectinz tit. pen. art.  
24. et seqq. Brabant. art. 618. Wassenaar præf. judic.  
cap. 4. num. 34. et seqq. et tot. cap. 23. van Alphen's  
Papegay part. 1. cap. 34. pag. mibi 514. et seqq. &  
novissime Petrum Bort van criminele saken tit. 3.  
Neque sufficientes video rationes, cur a communi  
interpretum opinione cum Francisco Sarmiento re-  
flectat. interpretat. libr. 1. cap. 2. recedendum foret;  
quasi iniquum esset, in omnibus promissæ causis dif-  
famatores ad agendum compelli; & ad summum ad  
questiones de jure servitutum diffamatio sufficeret,  
ideoque in iis negatoria actio prodita esset, etiam  
ei, qui possidet, accommodanda. Sane enim, si ut  
ille ait, servitutem intuitu jactantia sparsique rumo-  
res sufficiant, causam non animadverto, cur non  
longe magis pro asserenda proprietate rei, vel liber-  
tate ab obligatione ex contractu vel delicto per ru-  
mores sinistros in dubium vocata, invigilaretur, cum  
utique, quo magis, & quo majori de re, unusquisque  
periclitaretur, eo quoque magis ei defensiones conce-  
dendæ sint; præsertim, cum considerandum sit, ac-  
torem ex lege diffamari experientem, non inten-  
dere, nullum adversario jus competere (quod in rei  
vindicatione non habet locum nec prodesse potest,  
ut libr. 7. tit. 6. dicitur), sed id unum desiderare,  
ut adversarius diffamator actionem intra brevius tem-  
poris spatium moveat, si quam sibi competere putet;  
aut alias veluti in injuria per jactantiam allatæ po-  
enam perpetuo sileat; quod non repugnat naturæ ac-  
tionum in rem, multoque minus iis, quæ in perso-  
nam sunt. Nec leve haberi debet, si quis aut delicti  
auctor participesve esse spargatur, aut debitor dica-  
tur alterius, vel iniquus alienarum rerum possessor;  
præcipue inter mercatores, quorum ex fide, quam  
apud alios inveniunt, felicitas magna ex parte pen-  
det; quæ fides quantopere decrescere solet ex hujus-  
modi jactationibus non discussis, experientia testis  
est. Utique injuriarum teneri eum, qui vel non de-  
bitorem, vel debitorem appellaverit; vel pignus pro-  
scripserit venditurus, tanquam a me acceperit, cum  
ab alio accepisset, Servius & Ulpianus auctores sunt,

l. item apud Labonem 15. §. item si quis 32. et 33.  
ff. de injuriis, & fidejussorem idoneum a reo obla-  
tum, si acceptus non fuerit, tanquam de injuria sibi  
facta queri posse, Gajus refert l. si vero 5. §. 1. ff.  
qui satisd. cog. Quibus consequens est, ut nec iniquum  
aut injustum censi possit, si per legitimam exten-  
sionem d. legis diffamari remedium detur, per quod  
hujusmodi calumniantium ac diffamantium malitias  
occurratur mature, atque ita sugillata ac labefacta  
per jactantiam existimatio fidesque confirmetur.

22. Quod si diffamationem a se factam neget hac  
vocatus actione, ac in probatione deficiat, qui se  
diffamatum conquirebatur, vocato neque necessitas  
intra certum tempus agendi imponenda est, neque  
post temporis istius lapsum silentium invito injun-  
gendum: ne alioquin in debitorum quorumvis pote-  
state sit, inutile auctori reddere indultum a jure libe-  
rum agendi arbitrium; neve silentii poena imponatur  
ei, qui nulla peccavit lingue jactantia ac temeritate,  
Andr. Gayl. libr. 1. observ. 10. num. 7. et observ.  
11. num. 2. Volenti vocato ac consentienti quin si-  
lentium recte imponatur, dum sese nullam habere ac-  
tionem palam profitetur, dubium non est, si quis nulla  
certarum personarum facta designatione edicto vo-  
cari faciat omnes illos, qui actionem aliquam aut  
jus sibi competere arbitrantur, uti id hodie fieri ad-  
solet in decreti interpositionibus, quibus rerum vendi-  
tarum traditionem firmari consuetudo fert; uti &  
in iis, qui delicti alicujus insimulati rumore aut fama  
publica, purgare sese, & innocentiam adversus omnes  
tueri velle profitentur; quive jure suo novum opus  
facere desiderantes, metuunt, ne quis vicinorum aut  
operis novi interponat nunciationem, aut novum o-  
pus perfectum, ut non jure factum, interdicto quod  
vi aut clam, aliove simili juris remedio, subverti  
petat Verscheyde resolutien en decisiën van den Hogen-  
en Provincian Rade, port. responsa Jurisc. Holland.  
part. 3. vol. 1. pag. 12. post. med.

23. Intentanda hæc actio, ex l. diffamari in eo  
loco, in quo diffamans ex jure communi forum com-  
petens sortitur: quamvis enim nonnullis visum fue-  
rit, diffamante a diffamato ad proprium diffamati  
ipsius forum vocari posse, Mynsingerus cent. 6. ob-  
serv. 90. Andr. Gayl. libr. 1. observ. 9. num. 3. ve-  
rior tamen est sententia contraria; cum utique ac-  
tor rei forum sequi teneatur, in hac autem ac-  
tione diffamatus, tanquam provocans, actor sit, dif-  
famans vero, ut hoc provocatus judicio, reus, frustra  
que allegetur, diffamantem ex ipsa rei natura acto-  
rem esse, quippe quæ assertio erroneo hoc funda-  
mento subnixæ est, quasi unicum tantum diffama-  
tionis judicium esset; cum ex adverso separata duo  
judicia, actiones distinctæ sint, & altera quidem  
nihil aliud postuletur, quam ut adversarius expe-  
riatur, si quam sibi actionem quæsitam arbitretur;  
altera vero de principali debito disceptatio fiat. Unde  
& diversos apud judices utrumque hoc judicium, vel  
ut omnino distinctum, agitari nihil vetat, neque  
mota actio ex l. diffamari litis pendentiam inducit  
quantum ad controversiam principalem, Neostadius  
Curia supr. decis. 18. vers. verum Senatus. Diffamans  
scilicet in suo conventus foro, probata diffamatione



condemnandus est ad id, ut actionem instituat, non eodem in judicio, sed tali in loco, in quo diffamator principali in causa conveniendus fuisset, etiamsi nulla verborum jaſtantia interceſſiſſet. Sic fit, ut prima in lite diffamatus actor rei diffamantis ſequatur ſorem, in lite altera diffamans tanquam actor apud competentem diffamati, tanquam rei, judicem experiatur, quod & fatetur diſſentiens Gayllus libr. 1. obſerv. 11. num. 2. 4. 5. 6. diſerte cautum Inſtruct. Curiz Brabap. artic. 619. *proviſioneel accord ruiſſchen Holk en Zeland. 11. Junii 1674. artic. 16.* Neostadius *Curia ſupr. decis. 18. vers. verum ſenatus, et decis. 101.* Matthaus de Afflictis *decis. Neapol. 266* Langetus de exceptionib. part. 2. cap. 13. num. 14. et ſeqq.

24. Quia vero primum judicium ex l. diffamari ad perpetuum tendit ſilentium, & juris, ſi quod quæſitum eſſet, ademptionem, neque temere eo deveniendum eſt, hic unum citationem diffamatoris non ſufficere vulgo traditum. Duas ad minimum deſiderat Andr. Gayl. antequam ſe non ſiſtenti ſilentium, velut contumaci, queat imponi, d. l. 1. obſerv. 12. num. 4. et ſeqq. tres requirere videtur Neostadius, & quartam ex abundantia, non ad id, ut ad exemplum aliarum actionum actor libellum petitionis probationibus munitum judici exhibeat, ſed ut quantum citatus excipiat ſententiam, ſilentii perpetui præceptum continentem, Curia Holland. *decis. 44.* Imposito per judicem ſilentio perpetuo, an adverſus decretum tale reſtitutio in integrum cauſa cognita impetrari poſſit, tractatum *tit. ex quib. cauſ. majores n. 9.*

25. Porro actori, actionem in judicium deducere volenti, cavendum ſummopere fuit de jure Romano, ne plus peteret, ſive re, ſive loco, ſive cauſa, ſive tempore. Et enim minus quidem petendo actorem nihil periclitari placuit, ſed reliquum vel in eodem judicio, mutato libello, vel priore finito per novam litem, perſequi poſſe, §. *si minus 34. Inſt. de act.* neque enim uſpam prohibetur actor debitum: per partes petere: quo tamen caſu reus conventus jure deſiderare poſſet, ut uno judicio de toto diſceptetur debito controverſo, ne dividatur cauſæ continentia, & pluribus reus judiciis diſtringatur, Gomezius *var. reſol. tom. 2. cap. 10. num. 5. in med.* Chriſtinæus *vol. 2. decis. 157. num. ult.* At ſi plus petitiu fuisset, olim cauſa cadebat actor, non ipſo jure, ſed magis ope exceptionis, ut vult Ravardus, libr. 3. *varior. cap. 14.* Sane, cum actor non probaſſet, adeoque non appareret, reum vocatum debere id, quod in petitionem deductum erat, non alia quam abſolutoria ſententia ferri poterat: cujus vi reus perpetuam naſtus rei judicatæ exceptionem repellere potuit actorem iterato eadem de re litigantem, §. *temporales 10. Inſt. de exception. §. si quis agens 33. Inſtit. de action.* niſi actori juſtiſſima de cauſa reſtitutio daretur, d. §. *si quis agens 33. Inſt. de action.* Suetonius in *vita Claudii Cæs. cap. 14. in fine.* Jure novo in triplum damni dati actio comparata fuit adverſus actorem, re, loco, vel cauſa, plus petentem; ſin tempore plus petitiu eſſet, obtinuit, ut & inducias, quas ipſe actor ſponte indulgerat, vel natura actionis continebat, ab actore contemptas, in duplum haberent ii, qui talem injuriam paſſi erant; & poſt eas finitas non aliter lites ſuſcipiant, niſi omnes re-

ceperint litis prioris præſtare, adeoque temere motæ, impenſas, d. §. 10. *Inſt. de excep. §. tripli 24. §. si quis agens. 33. in fine Inſt. de action.* Adde *DD. tit. Cod. de plus petitionibus.* Quod & jure canonico evidenter conſtitutum in iis, qui, cum non ex certo die, ſed ſub conditione creditores eſſent, ante conditionis eventum judicio experti ſunt, *cap. unic. in fine extra, de plus petition.* Quanquam ne haſ quidem plus petitionis poenas amplius in foro vigere, verius eſt; dum reus ante tempus conventus ſimpliciter a judici observatione liberatur, actore quidem in expenſas litis damnato, ſed ſalva ei licentia rei iterum conveniendi, quam primum diem obligationis veniſſe conſtat. In ceteris plus petitionibus reo liberum eſt offerre plus petenti, quod ſe debere cenſet; quo non acceptato, ſi judex non ultra oblata condemnet, in expenſas actorem ut temere litigantem damnare poſſet, Chriſtinæus *vol. 2. decis. 157. ad tit. de plus petition. n. 10.* Groenewegen *ad d. tit. C. de plus petition.* Leeuwen *conſ. for. part. 2. lib. 1. cap. 26. n. 7.* Vinnius & parens p. m. Paulus Voet *ad §. 33. Inſtit. de action. ibique plures allegati.*

26. Quod ſi pendente debiti conditione debitum in judicio captum ſit peti, ac lite pendente exiſtat conditio, ne tum quidem reum condemnandum eſſe, ſed magis a judici observatione dimittendum, prima fronte ſuadere videtur juris regula, ſecundum quam non poſſet videri in judicium deductum id, quod demum poſt litem conteſtatam accidit; ut proinde alia interpellatione opus ſit, l. *non poſſet 25. ff. b. t.* Sed contrarium magis jure civili probatum eſſe, ex eo apparet, quod Ulpianus ſcripſit debitorem conditionale pendente conditione conventum actione ex ſtipulatu, vel petitione hæreditatis tanquam juris poſſeſſorem condemnari debere ſi modo rei judicandæ tempore conditio extiterit, atque ita venerit dies obligationis, l. *quod si in diem 16. pr. ff. de petit. hæredit.* Nec minus h nc confirmat ſententiam, quod ab eodem Ulpiano traditum eſt, eum, qui ante ſolutionem egit pignoratitia, licet non recte egerit, tamen ſi offerat in judicio pecuniam, atque ita lite pendente naſcatur agendi juſ, debere rem pignoratam, & quod ſua intereſt, conſequi, l. *si rem alienam 9. §. ult. ff. de pignorat. act.* nec refragatur d. l. 25. ff. b. t. quippe quam recte de illis caſibus intellexeris, quibus ipſa agendi cauſa lite demum pendente nata eſt, ſecundum ea, quæ occurrunt in l. *Anteus 14. §. ult. ff. de aqu. pluvi. arcend.* cum ex adverſo in noſtra quæſtione juſ agendi poſt litem quidem conteſtatam competere coepit, ſed cauſa agendi antiquior fuerit, ac ante ipſum extiterit exordium litis, Gomezius *variar. reſolut. tom. 2. cap. 11. numer. 25.*

27. Licet autem plerumque id obtineat, ut judicium in pendenti eſſe non poſſit, vel de hiſ rebus, quæ poſtea in obligationem adventuræ ſunt; nec liſ eſſe, priuſquam aliquid debeatur l. *non quemadmodum 35. ff. b. t.* caſus tamen ſunt, quibus & id, quod nondum eſt debitum, in judicium recte deducitur; puta, ſi futurum debitum connexionem habeat cum eo, quod jam vere debitum eſt. Quæ ratione recte actor petierit, reum non in præſentes tantum, ſed & futuri temporis uſuras damnari, donec condemnationi ad ſortis reſtitutionem ſatisfactum fuerit, arg. l. 1.

*Q. de sentent. qua sine certa quant. profertur.* Idemque in fructibus ac ceteris rerum principalium accessionibus statuendum est, arg. *l. uniusque* 16. *l. fructus* 33. *l. pen. ff. de rei vindicat.* uti & in annuis redditibus, arg. *l. 1. C. de fideicommissis, l. libertis* 18. *§. manumissis* 1. *ff. de aliment. & cibariis legatis.* Andr. Gayl. *lib. 2. observ. 74. Costalius ad d. l. 35. ff. b. t.* Similiter, si quis certam quantitatem debeat non simul & semel, sed annua, bima, trima die solvendam, ac in prima pensionis solutione moram faciat, jure creditor actione contendit, ut non ad primam tantum (in qua mora facta est) sed & ad secundam tertiamque pensionis exsolutionem condemnatio fiat, illis temporibus executionem habitura, quibus venerit pensionis cujusque debita dies, Costalius *ad d. l. 35. ff. b. t. Barbosa ad l. non potest* 23. *ff. b. t. de judiciis num.* 107. *et seqq. Sande dec. Frisic. lib. 1. tit. 4. defin. 3.* Alimentorum quoque annuorum aut menstruorum ex testamento vel contractu praestantorum intuitu efficaciter ad id agitur, ut condemnentur eorum debitor ad praeterita in contenti, & futura suis quoque temporibus solvenda. Sic fiet hisce in casibus, ut non teneatur creditor annis singulis litigare, aut de suo docere jure, sed sententia stato quoque tempore executioni mandanda sit sine nova plenior causa cognitione, *l. 1. C. de fideicommissis, l. libertis, quas* 18. *§. manumissis* 1. *ff. de aliment. et cibariis legatis, Costalius ad d. l. 35. ff. b. t. Gomezium var. resol. tom. 2. cap. 11. num.* 47. *Surdus dec. 120. Andr. Gayl. d. lib. 2. obs. 74.* Non etiam absurdum fuerit, ob praesentem adversarii jactantiam de jure sibi post tempus aut conditionis existentiam competituro, eundem actione ex *l. diffamari* ad id obstringi, ut de praesenti doceat de jure illo, quod sibi aliquando competiturum disseminavit, aut aliquo in perpetuum, etiam lapsa die vel conditione, silentium ei imponatur; cum non minor ex futuri, quam praesentis debiti jurisve jactantia diffamatio inferatur, Sande *dec. Frisic. lib. 1. tit. 4. defin. 3. in fine.*

29. Denique, si debitoris obarati bona, curatore dato, auctione publica intervenientibus haec solemnibus distracta fuerint, etiam creditor in diem vel sub conditione liberum est suum debitum profiteri, & de protopraxia cum ceteris ejusdem debitoris creditoribus disputare, ut, si debitum in diem certum sit, illud ipse suo ordine recipiat, deducto inde representationis seu praesentis solutionis emolumento, in quantum juxta jura vulgata plus accipit qui statim, quam qui post tempus accipit: sin conditionale sit, ei suum jus praelationis aut concursus cum ceteris creditoribus assignetur, executionem habiturum, cum conditio debiti extiterit, adversus eos, qui ex puro debito, sed debitori jure munito, suum receperunt sub cautione de reddendo, si qui emergerint potiora jura habentes, arg. *l. procuratoris* 5. *§. ult. ff. de tributor. actione, junct. l. grege* 13. *§. si sub conditione* 5. *l. quersitum* 14. *ff. de pignor. et hypoth. l. quid si in diem* 16. *ff. de petit. hered.* Eoque facit, quod, ubi bona defuncti creditoribus ejus sufficiunt, quae mixta bonis haredis non essent creditoribus defuncti pariter & haredis obarati suffectura, liberum creditoribus defuncti sit separationem impetrare, non illis tantum, quibus pure, sed & quibus in diem debitum, aut sub conditione, *l. creditoribus* 4.

Voet ad Pandect. Tom. II.

*ff. de separati on. vide Rota Gronae dec. 107.* Alioquin bonis debitoris necdum occupatis, creditores, quibus in diem vel sub conditione debetur, non nisi cautionem de debito suo tempore solvendo exigere possunt ac judicio persequi, cum debitor, qui contractus tempore idoneus erat, deinceps quocunque modo incipit suspectus esse: idque de jure Romano in solis bonae fidei judiciis obtinuit, non item in iis, quae stricti juris sunt, arg. *l. in omnibus* 41. *ff. b. t. excepta causa legatorum in diem vel sub conditione relictorum, tit. ff. ut legat. solum fideic. serv. causa caveatur.* Sed quia communiter usus magna ex parte ausultit, quas jus civile constituerat, differentias inter bonae fidei strictique juris actiones, ut notat Groenewegen *ad §. 20. Instit. de action. Vinicius ad d. l. 35. n. 4. in fine, Paulus Voet ad §. 30. Instit. eod. tit.* atque adeo etiam in stricti juris judiciis plenum judicantis arbitrium admittitur: verius est, hodie etiam in his posse per judicem, causa cognita, cavendi necessitatem debitori, in diem aut sub conditione debenti imponi. Confer Gomezium *var. resol. tom. 2. cap. 11. num. ult., & quae dixi tit. de in jur voc. num. 30. de arrestis rei servanda causa faciendis.*

29. Illud circa reos in judiciis observandum est, unumquemque de suo debito, sive ex contractu, sive ex delicto, conveniendum esse, neminem pro alio, adeoque nec uxorem pro debitis mariti, nec maritum pro debitis uxoris, *tit. C. ne uxor pro marito, nec filium pro patre, tit. C. ne filius pro patre*, ponis adversus eos constitutis, qui debitorum filios aut jure pignoris retinere, aut operas eorum elocare, aut aliter libertati eorum obesse sub paterni debiti obtentu ausi sunt, *nov. 131. cap. quia vero et 7. l. ult. ff. quae res pign. dari*, nisi pater fisci debitor fuerit ex causa primum pilari sive annonaria: de eo enim debito filium, licet patri haeres non extiterit, conveniri a fisco posse, utilitatis publicae intuitu jure singulari Romanis placuit, *l. ult. C. de pimplio.* Quo usque vero ex jure hodierno maritus pro debitis uxoris, uxor pro debitis mariti, vel stante matrimonio contractis, vel ipso conjugio antiquioribus teneatur, ac propriis in bonis patiat executionem, dicendum erit in materia nuptiarum ac pactorum dotalium. Quo usque pater vel dominus ex contractu aut delicto filii, vel servi, vel famuli ministrantis conveniri queat, exponetur *tit. de moralib. action. et tit. de peculio.* Longe minus extraneus pro extraneis alterius debito inquitandus, detinendus, aut judicio pulsandus est, licet ejusdem esset municipii civilis cum debitore: qualis agendi modus, pignorationis vocabulo designatus, quam a Justitia plerumque alienus sit, ex Justiniani verbis, quae adscribere libet, manifestum est? *Sancimus*, (inquit, *novell. 52. cap. 1.*) *nallam omnino pignorationem in nostra republica prevalere, neque in mercatis (hoc quod maxime ibi praesumptum invenimus) neque in civitatibus, neque in vicis, neque in civibus, neque in vicaneis, neque in agricolis, neque alio omnino quocunque modo vel tempore: sed praesumentem alium pro alio secundum pignorationis formam aurum aut aliquid aliud exigere, hoc reddere in quadruplum violentiam passo: & cadere etiam ab actione, quam habuit adversus eum, pro quo exactiorem fecit. Non enim habet rationem, alium quidem esse debitorem, alium vero exigere: sed nec, alteri mo-*

lesum esse pro altero tanquam invasionem aut injuriam committentem: & alium quasi vicaneum & vicinam eadi, aut injuriam sustinere & pati aliquid, quod omnino non competit, pro alio: & abique legitima occasione quamlibet perferre calumniam: imo, gravis est, secundum Lenonem in l. unic. C. ut nullus ex vicin. pro alien. vicin. debis. teneas. non solum legibus, verum etiam naturali aequitati contrarium, pro alienis debitis alios molestari. Adde l. nullam h. C. de executor. & exactor.

50. Et hac quidem verissima, si & debitor & creditor uni supremo subsint magistratui; sic ut creditor auctoritate judiciali implorat debitorem possit ad solutionem adigere. At si diversis sub Principibus debitorem & creditorem morari contingat, ac creditori, in rei foro jure experienti, denegetur justitia administratio, jure gentium invaluit, capi & detineri subjectos ejus, qui jus dicere recusavit, ut & bona eorum; idque auctoritate magistratus illius, cui subest is, qui ex denegata jurisdictione laesus est. Qualis apprehensio, si hominum esset, ἀνδραπολις ex Atheniensium instituto appellata, sin rerum ὑπερεπαιστος dicta fuit, barbaro vocabulo nunc repressaliorum veniens denominatione, impetrata ad id a Principe licentia ac *liveris marca* ut vocant, ita dictis, quod repressalia potissimum in regni aut reipublicae finibus exerceri solent, quos limites *marcas dici* a Germanico *mark* jam dudum a feudorum interpretibus observatum est. De hoc repressaliorum jure consulendi praecipue Grotius de jure belli & pac. lib. 3. cap. 2. Damhouderus praxi criminali cap. 100. Joh. Jac. a Canibus tract. de repressal. Andr. Gayl. tract. de pignorationib. cap. 1. 2. Christinzus vol. 5. dec. 183. Gudelinus de jure noviss. lib. 3. cap. 1. Leeuwen cens. for. part. 2. lib. 1. cap. 13. n. 13. & seqq.

31. Illud haud praetereundum, iudices ordinarios non posse cuiquam petenti indulgere hoc repressaliorum jus, sed solum illum, qui majestate praeditus est, & belli pacisque jure gaudet, cum ad modum belli justi hoc jus concedatur, & speciem belli praesferat, aut praeludium certe belli imminens sit. Insuper non peregrinis hominibus, sed solis subjectis hoc oportere concedi; cum Principis quidem intersit, nullam cives suos injuriam a peregrinis, ac lationem pati; nequaquam vero ad eum pertineat, si alieno in territorio peregrinis jus non reddatur: in quam sententiam judicatum extat apud Neostadium Curia supr. dec. 11.

32. Quod si actor aut reus legitimam secundum jam tradita habens personam standi in judicio, ac in lite subsistens, eadem pendente, in fata concedat, jure quidem Romano lis eodem, quo cepta erat, tramite adversus defuncti heredem occurrebat; ac, si procurator a defuncto constitutus fuisset, in eum tamen post mortem mandantis, tanquam dominum litis sententia dabatur, arg. l. si defunctus 15. l. post mortem 17. §. 1. ff. de procurat. l. nulla dubitatio 23. C. eod. tit. at nostro jure haeredes ejus ab adversario citandi sunt, ut ceptam cum defuncto litem continuant, eumque in finem renovent mandatum procuratori datum, quod mandantis morte extinctum fuit, cum procuratores hodierni non litis domini, sed tantum ministri; vulgo *tot berneminge van arrementen van den processe*; de cujus praxi vide sis, instruct. Curia supr. artic. 245. 246. 247. 248. 249. Hollandia

artice 114. Flandriae art. 325. Zypzrum notis. juris Belgici lib. 1. tit. de procuratoribus in fin. Andr. Gayl. lib. 1. observo. 109. num. 5. 6. 7. Merulam praxi lib. 4. tit. 83. cap. 4. 5. 5. Brunneemannum ad l. 15. ff. de procurat. Ant. Matthaeum de auctione. lib. 1. c. 11. num. 89. Berlichium part. 1. conclus. pract. 27. Groenewegen ad l. 23. C. de procurator. Wassenaar pract. judic. cap. 4. num. 25. & seqq. Nec refert, utrum haeredes simpliciter hereditatem adiverint, an adhibito inventarii beneficio; cum effectus ejus, ne haeres confectio durante inquietetur, ad novas tantum lites pertineat; at nullam iis moram injiciat, quae jam contra defunctum fuerant inchoatae: quippe in quibus non tam suo jure aut suo beneficio, quam potius eodem jure, quo defunctus utebatur, in judicio defendi debet, arg. l. si is; qui Roma 34. ff. de iudiciis, Anton. Faber C. lib. 6. tit. 11. defin. 38. Joh. Papon lib. 21. tit. 10. arrest. 8. modicum interim temporis spatium heredi tribuendum esse, ut deliberet, num litem defuncti nomine continuare cupiat, ratio jubet; quod in Gallia mense circumscriptionum esse testatur Papon d. loco, alioquin judicis arbitrio definiendum: denegatum saltem fuisse petitionem ejus, qui ipso die mortis mandatum ad resumenda litis a rma a defuncti vidua postulaverat; apparet ex collectis utriusque Curiae Hollandicae sententiis, *sententien van den Hog. en Provinc. Radedec. 43.*

33. Non tamen in finem superiorem citandi sunt defuncti actoris reive haeredes, quoties ante mortem jam conclusa fuit causa sic ut solum supersit officium judicis, sententiae pronuntiatione interponendum; quae licet jure Romano in mortuum ferri non debuerit, l. 2. ff. quae sentent. sine appell. rescind. sed magis in procuratorem ut litis dominum, secundum ante dicta: tamen hoc casu in ipsum, post conclusionem in causa demum fato functum, eandem dici, usus observat, haerede ad sententiam audiendam citato, Gayl. d. observo. 109. num. 3. 4. Matthaeus, Groenewegen, Wassenaar & reliqui allegati ad l. Longueque minus superiora observari necesse est, si post sententiam dictam mors demum litiganti proponatur supervenisse; eo namque casu magis est, ut haeres citetur eo fine, ut videat novas adversus se literas executionis decerni; vulgo *omme niuwe lusteren van executie te sien decerneren; of de sententie te sien verklaren executabel*, Ant. Matthaeus de auctione. lib. 1. cap. 5. n. 7. Sed & apud nos superiorum observatio remissa est, si post resumpta per haeredes propter litigantis obitum arma litis, unus ex cohæredibus rebus humanis eximatur; tunc enim absque ulteriore citatione hæredum hæredis litem cum ceteris hæredibus superstitibus ac litis ejusdem consortibus ita ad finem perduci, ut ipsi quoque cohæredi defuncto vincant in judicio illo, aut vincantur, diserte cautum fuit, *instruit. Curia supr. art. 149.* Denique nec interveniens pendente lite mors tutoris, qui pupilli nomine in judicio steterat, efficit, ut aut vidua ejus aut haeredes vocentur, litis per defunctum inchoata continuanda causa; eo quod morte tutoris extincta tutela, nec ad haeredes ejus viduamve transmittenda, sed alio in defuncti locum surrogato, litemque tutorio nomine curaturo ne volentes quidem tales pro pupillo audiendi essent, Berlichius part. 1. conclus. pract. 27. n. 26. 27. Amplissimus D. Someren Curiae Ultrajectinae Praeses di-

gnissimus de jure novercarum cap. 6. sed. 1. num. 10.

34. Præter actorem reumque, judicio contententes, quandoque fit, ut & tertius eadem in lite interveniat; seu, mota per alios lite, sese pro suo jure interponat. Intervenire autem quis potest vel ad id ut alterum experientem excludat, ac litem in se transferat, vel ut alterum juvet eique assistat in lite mota. Ut litem in se transferat, intervenit, quoties non ejus, qui judicio cepit experiri, sed sua principaliter interesse, contendit. Qua ratione, si pater, diremto filiz matrimonio, dotem a marito ejus repetere vellet, liberum filiz fuit intercedere, ne patri, sed sibi, tanquam patria potestate liberata, & suæ potestatis factæ, dos reddatur. *l. Titia divortium 34 ff. soluto matrimo.* Et generaliter illis in casibus, quibus ea de re, cujus actio vel defensio primum alteri competit, alius tanquam actor aut reus litem sustinere vult, & sententia adversus ipsum lata, ei est obfutura: qui dum sibi actio aut defensio primo loco competeat, sequentem judicio contendere passus est; veluti, si creditor debitorem experiri patitur de proprietate pignoris, aut maritus socerum vel uxorem de proprietate rei in dotem acceptæ, aut emtor ac possessor rei venditæ venditorem de rei emtæ proprietate, aut si quis alius de jure, quod ex capite alterius habet, illum ipsum, a quo id habet, litigare sinat, *l. cap. consilium 63 ff. de re judicat. arg. l. principaliter 19. Cod. de liberali causa, cap. veniens 38. extra de testibus.* Quibus autem in casibus ita intervenit, ut litem adversus alium motam, in se velut principalem transferri decideret, etiam jure ad eum judicium remitti postulat, declinato foro ejus, qui prius conventus erat, ut sibi intervenienti haud competente; veluti quando, conductore convento de rei proprietate, locator ut dominus intervenit, de proprietate cum act re disceptaturus, Mynsingerus *cons. 5. observ. 14. in fine.* Quisquis vero hoc modo intervenire vult, ut alterum litigantium a lite depellat, protinus ex quo cognovit, ea de re alium in judicio stare, intercedere debet, ac impedire, ne partes ad ulteriora tendant: nam si sciens passus sit, per alium fieri litem contestationem, invitum deinceps depellere nequit, sed inter eosdem, inter quos eo patiente ac sciente cepta fuit, ad finem suo tramite lis discursura est, ac sententia tertio sciente nocitura, *arg. l. 63. vers. scientibus ff. de re judic. And. Gayl. lib. 1. obs. 70. n. 25. & seqq.*

35. Contra, ut alterum juvet, eique assistat, intervenire quis potest duplici modo, puta, vel consentiente aut desiderante alterutro litigantium, vel utroque invito & reluctante. Desiderante alterutro intervenit auctor eversionis tentata, ac emtori imminentis, intuitu vocatus ab emtore, ut liti assistat, ac rei venditæ aliæ similis ex causa translata defensionem pareat, qua de re latius sit. de eversione. Debitor quoque principalis, a suo vocatus fidejussore; ut fidejussoris tertius sui conventi suscipiat tuitionem, cum ipse personali exceptione, quas a fidejussore convento opponi non poterat, tutus esset, *l. idemque 10. §. pen. ff. mandati.* Adde *Instruēt. Curia suprema art. 235.* Magistratus jurisdictionis suæ tuenda gratia, quoties ipsis subjectus alibi contra privilegia & jura jubetur liti-

gare, & declinatoriam opponit fori exceptionem, *Mævius de arrestis cap. 19. num. 5. 6.* Invito litigantium utroque intervenit, qui cum ejus quoque verteretur in ea lite dispendium, dum res inter istos duos contententes judicata ipsi quoque tertio nocitura erat, collusionis impediendæ causa sese litigantium alterutri socium addit, *Mævius d. cap. 19. num. 2. 3.* Quo fundamento olim legatario consultum fuit sese hæredi quæ relam inofficiosi patienti jungere, ad testamenti tuitionem, ne eodem, per querelam subverso, ipse quoque caderet legati spe; in quantum jure veteri non sola institutio, sed & legata omniaque reliqua ejus testamenti capita in irritum deducebantur, testamento inofficioso pronunciat; (licet id jure novo mutatum sit, ut *vis. seq. dicitur*) *l. si suspecta 29. ff. de inoff. testamenti. arg. l. a sententia 5. §. si heres 1. l. si peritiorio 14. ff. de appellatione.* Jure quoque novo, si res litigiosa legata sit, legatario facultas data, quod possit hæredem de ea re litiganti adesse, ne colludatur; dum solus ei legato tali reliquus videtur eventus litis, remque percepturus est, hærede vincente; eodem superato, nihil habiturus, *aut. h. nunc. §. C. de litigiosis, novell. 112. cap. 1.* Ad hæc fidejussores pro eo, pro quo intercesserunt; si debitor minus idoneus sit, & pravariationis in perniciem fidejussoris suspectus; præcipue fidejussor, qui pro eversione cavet, si emtori lis mota sit de re vendita, ac venditorem emptoremque non boni viri arbitratu rem defensuros credat, *arg. l. a sententia 5. pr. ff. de appellatione.*

36. Nihil autem refert, qualis sit iudex, apud quem tertius pro suo jure intervenire vult: sive enim ordinarius sive delegatus sive privilegiatus sit, æquum non est, continentiam causæ dividi, & diversos apud iudices ventilari, quæ inter se connexa per unum eundemque commodius terminari queant, *arg. tit. ff. de quibus rebus ad eund. iudicem eatur, l. nulli 10. Cod. b. r. Andr. Gayl. lib. 1. observ. 70. num. 2. 3. Neostadius curia sup. det. 18. vers. utroque, Responsa Jurisc. Holl. part. 5. cons. 147. in fine.* Non etiam interest, quo loco jam lis sit, cui quis sese adjungere desiderat; nam ante & post litem contestatam, imo & post conclusionem in causa, tertium sese liti alienæ pro jure suo immiscere nihil vetat, aut etiam post appellationem ab alterutro litigantium interpositam; apud iudicem superiorem, *arg. dict. l. 3. §. 1. & l. 14. ff. de appellatione.* cum utique, appellatione interposita, sic causa consideretur, quasi sententia necdum lata esset, & provocationis remedio extinguitur condemnationis pronuntiatio; *l. 1. §. ult. ff. ad Senatuse. Turpilian. l. furi 6. §. sed si 1. ff. de his, qui not infam. Andr. Gayl. lib. 1. observ. 70. num. 4. 5. Berlichius part. 1. comel. præf. 25. n. 36. & seqq. Carpvovius def. forens. part. 1. cons. 3. defin. 3. defin. 30. n. 5. & seqq.*

37. Non aliter tamen intervenire volens ac liti se jungere, audiendus est, quam si probabiliter sua interesse doceat, summaria saltem interposita causæ cognitione, condemnationem in expensis, damna & id, quod interest, si ex eventu litis appareat, jungentis nihil interfuisse, *Gayl. lib. 1. observ. 69. num. 3. & seqq. & observ. 70. n. 23. Rebuffus ad consil. reg. tom. 3. tract. de adjunctionibus art. 2. gloss. ult. num. 1. 2. & seqq. Carpvovius d. defin. 30. num. 9.*

Berlichius *d. part. 1. conclus. 25. num. 48.* atque insuper eandem cum eo, cui se jungit, habeat litigandi causam media eadem: nam si jus ejus separatim esset a jure actoris reive, cui se sociare in lite cupit, non permittendum ei foret, ut liti assistat, sed nova lites opus esset, ut ita unusquisque de jure suo separatim contendat; fieri posset, ut is, qui se jungere liti cupiebat, nunc seorsim experiundo, victoriam obtenturus sit, succumbente eo, cui se desideraverat adjunctum; at vice versa succumbiturus, vincente eo, cujus liti assistere tentaverat; dum alia atque alia sunt singulorum causarum merita, Neostadius *Curia supr. dec. 18. Andr. Gayl. d. lib. 1. observ. 69. n. 2. & observ. 70. n. 24.* Hinc, si duo rei proprietate contendant, tertius se dominum asserens frustra sese liti adjungi postulat; cum utique alia ex causa sibi dominium arroget, ac inepte se sociari illis cupiat, quibus vere adversarius est, ac jus proprietatis competere negat, arrogato sibi dominii jure: sed vel pendente lite priore, ipse adversus eundem possessorem rei vindicatione experiri debeat, vel ea finita adversus victorem de proprietate litigare, arg. *l. 1. r. a quo fundus 57. l. 58. ff. de rei vindicatione l. penult. ff. de petit. heredit. Rachineus lib. 1. controu. cap. 5. Ant. Faber Cod. lib. 5. tit. 1. del. 7.*

53. Impetrata vero a iudice hac interveniendi licentia necesse est, ut sese jungens causam suscipiat, litomque ingrediatur eo in statu, in quo illam invenit tunc, cum ad iudicium accedit; quod jure canonico evidenter cautum, *cap. ult. in fine, ut lite pendente nihil novi fiat, in 6. Gayl. lib. 1. observ. 71. num. 1. Ant. Faber Cod. lib. 3. tit. 1. defin. 7. & 37.* Cui consequens est, ut declinatoriam fori exceptionem opponere nequeat: nec litem ab eo iudice, apud quem res inter actorem reumque jam coepit, ad suum forum proprium revocare, *l. venditor 40. ff. b. l. Mynsingerus censur. 5. observ. 14. & can. 6. observ. 33. Andr. Gayl. lib. 1. observ. 71. num. 2. & seqq.* quavis ei haud videatur deneganda licentia redarguendi iudicem ut suspectum, si quis iustas allegare valeat suspicionis causas: etenim, si iudex actori reoque nec gratia nec beneficio nec odio notus, ei tamen, qui se alterutri litigantium adjungit, infestus ac inimicus sit, quis non durum arbitretur, huic necessitatem imponi, ut vel a juris sui, in ea lite versantis, prosecutione absteineat, vel inimici arbitrio permittat causam suam decisionem, *l. si pariter 9. ff. de liberali causa, Ant. Faber Cod. lib. 4. tit. 1. defin. 37. in fine, Andr. Gayl. lib. 1. observ. 71. num. 6. & 8.* De cetero adjunctum nec ex suo capite nova facta posse allegare, nec post conclusionem in causa testes novos producere aut instrumenta, nisi restitutionem impetrasset, quis nec principalis id potest, tanquam in praxi communiter receptum, tradit Rebuffius *ad constit. reg. tom. 3. tract. de adjunction. art. 2. gloss. unic. num. 12. Gayl. lib. 1. observ. 71. num. 12. & seqq. & num. 17.* Plura qui de interventione desiderat, videat *DD. ad l. 63. ff. de re judicata, Andr. Gayl. lib. 1. observ. 69. 70. 71. 72. Merulam praxi civil. lib. 4. tit. 47. cap. 1. Rebuffius ad constit. regis tom. 3. tract. de adjunctionibus, Damhouderum praxi civil. cap. 98. Berlichium part. 1. conclus. pract. 25. Wassenaar tract. judic. cap. 1. n. 97. 98. & seqq.*

39. Iudex est vir bonus & aequus, juris peritus per se vel assessores suos, auctoritate publica constitutus, cui causas cognoscendi & decidendi facultas competit. Plane exequendi potestas non omni iudici, non pedaneo, sed soli majori, & ei, qui dedit iudicem, tributa fuit, pertinentes quippe ad jurisdictionem, pedaneo iudici haud datam, *l. a D. Fio 15. ff. de re judicata, dixi sir. de iurisdic.* Primis Romae incunabulis ex lege Romuli iudicia penes senatum fuisse, dein lege Sempronii ab ordine senatorio ad equites fuisse translata; iterum postea per legem Servilliam senatorio ordini pariter & equestri communicata; variamque posterioribus temporibus fuisse in his factam mutationem variis legibus rei Romanae scriptores tradiderunt, quas leges compilatas vide apud Rosinum *antiquit. lib. 8. cap. 21.* Et olim quidem, tum in libera republica, tum sub prioribus Imperatoribus, majores iudices, velut praetor aliqui similes, juri dicundo praerant; ad eos fiebat in jus vocatio; apud eos editio; actionem dabant aut denegebant; dabant & iudicem, seu eum partibus ad dicebant ex iudicio decuritis, olim tribus, sed post sub Caligula ad quinarium numerum auctis; qui in stricti quidem juris iudiciis formula adstrictus erat, nisi partes consensissent in id ut a formula iudex recederet, vel libellus petitionis post litem contestatam mutatus esset, ut alibi traditum: t in iudiciis bonae fidei laxiorem habebat potestatem licentiamque recedendi a formula, propter additam formulae clausulam *ex bona fide* aut similem. De hoc vetere iudicio dandorum more ac instituto qui plura cupit, videat Carolum Sigonium *de iudiciis lib. 1. cap. 23. 24. Ravardum tract. de praedictis lib. 1. cap. 6. 5. 6. & ad leg. 12. tabul. cap. 7. circa fin. Julium Polletum historiae fori Romani lib. 3. cap. 8. 9. 10. 11. 16. & lib. 5. cap. 5. Rosinum antiquit. Romanar. lib. 9. cap. 14. D. Noodt tract. de iurisdictione lib. 1. cap. 6. 7. 8. & 13.* Dabantur autem hi iudices potissimum, si facti quaestio esset: nam juris quaestio magis in decemviri vel centumvirali iudicio fuisse disceptatas, qui decemviri litibus iudicandis aut centumviri erant quasi consilium praetoris, observat probatque Jul. Polletus *de foro Romano lib. 5. cap. 5. fere in fine, D. Noodt. tract. de iurisdic. lib. 1. cap. 9. fere in med.* De hoc vero iudicio centumvirali ac decemvirali plura tradiderunt ex professo Carolus Sigonius *de iudiciis lib. 1. cap. 8. & cap. 28. in med.* Sibrandus Siccama *peculiari libel. de iudicio centumvirali, Jul. Polletus de foro Romano lib. 3. cap. 13. 14. Rosinus antiq. Roman. lib. 7. cap. 50. & lib. 9. cap. 15. in med. D. Noodt de iurisdictione lib. 1. cap. 12.* Sed posteriori jure abrogatus fuit ille iudicium pedaneorum dandorum mos, ipsique magistratus de causis, quarum iurisdicchio ad eos pertinebat, iudicare jussi, ex constitutione Diocletiani & Maximiani; nisi vel propter occupationes publicas vel propter causarum multitudinem, omnia cognoscere negotia impedirentur; quo casu adhuc iudicis dandi licentia his reservata fuit: idque non de omnibus, sed tantum de humilioribus causis, *l. 2. l. 3. C. de pedaneis iudiciis.* forte quinquaginta aureos, jura novissimo trecentos, haud excedentibus, *l. 1. C. de defensor. civil. novell. 15. cap. & agi apud 3. in fine,* ad quas etiam humiliores causae cognoscendae Imp. Julianus potestatem dedit

praesidibus constituendi iudices pedaneos, improprie sic dictos, & ab antiquis pedaneis iudicibus ad singulas causas dari solitis distinctos; qui de hisce levioribus adiri poterant, ne expectato quidem aut adito provinciae moderatore, *l. ult. C. de pedan. iudic.* Zenonem Imperatorem deinceps certos unicuique praetoriorum iudices definisse Justinianus commemorat, *novell. 82. cap. 1. in pr.* ipse vero tandem duodecim constituit, quibus solis, & non aliis causae ad iudicandum committendae erant, si magistratus censuissent, eas aliis committendas esse; nisi maluissent consiliariis suis earum particulare examen demandare, ipsi deinde sententiam laturi, *nov. 82. cap. 1. 2.*

40. Admonendum tamen, fuisse quasdam antiquitatis causas, quae iudicium pedaneorum excedebant potestatem, ac a praetore ipso & aliis iudicibus maioribus expediendae erant, nec habebant ordinarii iuris executionem, puta, controversiae ac disceptationes extraordinariae de honorariis advocatorum, medicorum, similibusque, *l. 1. & tot. tit. ff. de extra ordinariis cognitionibus. fideicommissi persecutiones. Ulpianus in fragment. tit. 25. §. fidei commissi 12. in integrum restitutiones ex capite minorennitatis, l. quod si minor 24. §. ult. ff. de min. 25. annis: ultio injuriarum graviorum servis non in contumeliam domini illatarum, l. item apud 15. §. si quis sic fecit 35. ff. de injuriis. Causas liberales quod attinet, Constantini quidem Imperatoris constitutione praetor de his in urbe cognoscere jussus est, *l. 1. C. de officio praetoris*, uti jam ante in provinciis Reptori provinciae eadem status questionibus judicandi necessitas a Diocletiano & Maximiano fuerat imposita, *l. placet 2. C. de pedaneis iudicibus*, & utrumque a Justiniano confirmatum seu repetitum invenitur in *l. ult. C. ubi causa status agi debeat*. Olim tamen liberalem causam pedaneis quoque iudicibus potuisse committi, colligi ex eo potest, quod plures ad eandem iudicem dicuntur mittendi, quoties plures adversus unum de statu ejus contendendum putant, *l. cognitio 8. §. si plures 1. l. si pariter 9. ff. de liberali causa*, quodque apud Suetonium, Plautum, Cicero nem, recuperatorii iudicii, ac recuperatoris de liberali causa iudicantium, mentio est, ut pluribus docet Rævarius *libr. 3. variorum cap. ult.* Vinnius ad princip. *Instr. de actionibus n. 6. D. Noodt tract. de iurisdic. libr. 1. cap. 9.* nec his contrarium est, quod Paulus in *l. nec distinguemus 32. §. de liberali 7. ff. de receptis*, scripsit liberalem causam majores debere iudices habere: (quibus me motum aliquando scripisse memini, causas liberales non apud pedaneum sed majorem iudicem debuisse terminari) neque enim aliud voluit, quam quod arbitri compromissarii ad status questionem dirimendam non potuerint eligi, sed a iudicibus auctoritate publica constitutis ea deberit dijudicari; quales iudices appellantur majores etiam si pedanei sint, in quantum cum arbitris compromissariis collati, iisdem majores sunt.*

41. Sed de veteri iudiciorum apud Romanos ordine ac forma plus satis, quemadmodum nec pluribus exequi lubet, quis maioribus nostris per Hollandiam vicinasque regiones placuerit litigandi cognoscendique ordo, quare ratione per Ansingos alibi, alibi per Scabinos iura fuerint experientibus reddita: enarrata isthac plenius ab Hugone Grotio *Manduc.*

ad jurispræd. Hollan. lib. 2. cap. 29. num. 5. & seqq. ibique Groenevegen in notis numer. 6.

42. Iudex esse potest omnis, qui non est prohibitus, sive paterfamilias, quippe publicis in causis habitus pro patrefamilias, *l. cum praetor 12. §. ult. ff. b. t. juncta l. filiusfamilias 9. ff. de bis, qui sui vel alieni. jur. sunt*. Nec impedimento erit, quod cæcus sit, si modo de talibus disceptetur, quæ ocularem haud desiderant inspectionem, *l. cæcus 6. ff. b. t. mulieres, infames, servos, impuberes, furiosos repelli, non ambigitur, d. l. 12. §. non autem 2. ff. b. t.* Et quamvis dilucida habens intervalla, tunc judicare possit, etsi litigantibus eo tempore, quo furor eum corripuerat, additus sit, *l. cum furiosus 39. ff. b. t.* tamen, si datus fuerit sanæ mentis existens, consultius fuerit, eum furere incipientem removeri, *l. iudex datus 46. ff. b. t.* quia, ut Imp. ait, non est pene tempus, in quo hujusmodi vitium desperetur, nec raro in dubium trahi posset iudicii sinceritas, dum in furoris ac sanitatis confinio eum constitutum contendere posset is, qui sequiorem contra se sententiam exceperit, arg. *l. cum aliis 6. C. de curatore furiosi*. Quin & minore annis octodecim a iudicandi munere leges excluderunt: ac vero ætate major iudex esse potest, si vel litigantes eum admitterint, vel a Principe datus sit, *l. quidam 57. ff. de re iudicata, junct. l. disputare 3. C. de crimine sacrilegii*. Adde Lambertum Goris post adversaria ad *l. 19. ff. de offic. praetoris*, in verbis: *id enim non est constanti* &c. n. 7. & seqq. & quæ dixi tit. de receptis qui arbitri. recep. num. 7.

43. Denique minus idonei censendi, quotquot ex alia justa causa litigantium alterutri suspecti sunt; allegata scilicet ac probata justa causa specialis, quæ iudicem suspectum reddit. Quæ causæ specialis designatio, uti iure canonico ac nostris moribus ad remotionem iudicis imperandam necessaria est, *cap. cum speciali 61. extra, de appellatione, Zangerus de exceptionibus. part. 2. cap. 4. num. 18. Andr. Gayl. libr. 1. observ. 53. num. 16.* ita etiam iure Romano tum antiquo, tum novo, eam fuisse requisitam verius est, quicquid in contrarium anniti nonnullis placuerit, aliis quidem existimantibus, olim non fuisse allegandas probandasque suspicionis causas, iure novo id exigi: aliis contra, veteri quidem iure necessariam fuisse probationem causæ, sed Justiniani lege id fuisse remissum, Donellus *comment. lib. 17. cap. 25.* Etenim, cum libello recusatorem comprehendere iudicem suspecto porrigi, vel adito praeside in actis manifestam fieri, Justinianus præceperit, *l. apertissimi 16. l. ult. C. b. t.* ac veteri quoque iure lege Cornelia injuriarum facta invenitur enumeratio graduum cognationis affinitatisve, quibus quis litiganti alterutri junctus vetabatur judicare tanquam suspectus, teste Ulpiano in *l. lex Cornelia 5. ff. de injuriis*, ac legibus aliis aliæ peculiare suspicionis causæ enarratae sint; non alio sane hæc pertinere animadverto, quam quod excipienti de iudice suspecto docendum fuerit, ac iure novo exprimendum libello, aut actis publicis, aliquam ex probatis in iure suspicionis causis in eum cadere, quem tanquam suspectum, a iudicandi munere ea in lite ciebat depulsum. Quod & haud obscure Gajus innuit in *l. si pariter 9. ff. de liberali causa*, dum vult, eum, qui post litem, ab alio de libertate coactam, de hominis ejusdem statu

contendere vult, ad eundem judicem mittendum esse, nisi si justam causam adferat, quare ad eum mitti non debeat, forte si eum judicem inimicum sibi esse commendat. Et certe, si specialis causae allegationem ac probationem excipienti imponamus, idque secundum vulgatam regulam, qua excipiens quasi actor exceptionem probare debet, fateamur necesse est, impune ergo litiganti concessum fuisse, arbitrato suo calumniis judicem suspectum proscindere, causas fingere, & mendacia spargere sine poenae timore. Cui accedit, quod leges Romanae passim non fuerunt, in iis, quae contumeliosa videbantur, quemquam cum discrimine alienae existimationis vagari, sed designare & certum specialiter dicere jusserunt: quod uti de injuriis traditum in *l. prior edixi 7. ff. de injuriis*, ita & ad suspicionem, adversus judices publice probatos haud temere ac velut in vago jaetandam, merito ab interpretibus translatus est. Parum movet illud apud Ciceronem pro Cluentio, quod majores non modo de existimatione cujusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima voluerunt esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset; quodque in *l. si in judiciis 80. ff. b. t.* Pomponius meminit judicis ex conventionis ne litigantium additum. Civiliter enim ea verba intelligenda puto, quod scilicet invito nemini iudex suspectus obtrudendus fuerit; dummodo justa allegaretur suspicionis causa; cum paria merito habentur, non esse, & non apparere, seu non probari suspectum. Neque facit, quod ne in criminalibus quidem causis, ubi majus praedictum vertitur, libera potestas competit reprobandi judices sortitione lectos, sed tantum certum ex iis numerum, instituta deinde in remotum locum subortitione: de quibus latius *tit. de publicis judiciis*.

44. Plures autem justae suspicionis causae sunt, veluti inimicitiae inter judicem & actorem reumve, *l. si pariter 9. ff. de liberali causa*, arg. *l. non distinguamus 32. §. cum quidam 14. ff. de receptis qui arbitri. recep.* aut si lis similis judici cum alio intercedat, necdum decisa: in quantum vix est, ut non tale quisque jus tunc statuatur in alterum, quale in se, quaque in causa, statutum optat, *cap. causam*, *cap. 18. extra de judiciis*, ibique *DD.* Ant. Faber *Cod. libr. 3. tit. 4. defin. 2. num. 3. in notis*. Idemque est, si ante delatum sibi judicandi munus patrocinium praestiterit auctori reove eadem in lite, cum nec testis esse possit, *l. ult. ff. de testibus, leg. ult. C. de assessoribus*. Instructio Curiae Brabant. *art. 25*. Non idem dicendum videtur, si non ipse iudex, sed cognatus ejus alterutri litigantium administer in ea lite fuisse probetur, Papon *libr. 7. tit. 9. arrest.* 10. imo nec, si filius ejus neposve eadem obierit in lite advocati partes: neque enim uspiam illa in jure justis annumerata invenitur suspicionis causis; neque etiam tantus cujusquam erga rem clientis sui affectus praesumendus est, ut illius in gratiam cum dispendio honoris sollicitare velit parentem judicem ad ea, quae viro bono indigna sunt, & ejus religionem circumvenire, Merula *praxi lib. 4. tit. 40. cap. 4. num. 16*. Gratianus *discept. forens. cap. 100. n. 24*. Lambertus Goris *adversar. tract. 3. part. 1. cap. 6. dissent.* Maynardus *lib. 1. decis. 91.* Ant. Matthaeus *de judiciis disput. 7. num. 19.* Neque nostri fori jure aliud statuendum est. Quamvis enim instructione Curiae Supremae *art. 50.* cautum inveniam, ne senatores litium

istarum discussioni decisionique superstites sint, quae vel dominos vel vasallos tangunt, quibus liberi aut fratres senatorum a publicis aut domesticis sunt ministeriis, (*Officieren of Huysdienaari*) quamvis etiam prohibitum fuerit instructione Curiae Flandricae *art. 43.* ne ei praeparatorium litis conclusus examen & relatio committatur, cujus filius aut gener, frater vel affinis alterutri litigantium in judicio patrocinium praestitit aut procuracionem: non tamen haec superiorem evertunt sententiam; cum archies intercedat vinculum inter eos, quibus filius judicis ratione muneris collati aut ministerii domesticis subiectus est, quam quibus ut clientibus nudum in judicio accommodavit advocati officium: majus etiam periculum imminet ab eo, qui referendo statum litis & allegata probataque, ceteros judicatos insigni potest occupare praedictum, quam quidem ab eo, qui cum pluribus aliis post relationem talem judicandi partes impleturus est. Qua ratione aliquando Senatui Pedemontano placuisse refert Ant. Faber *Cod. libr. 3. tit. 4. defin. 3.* judicem ad privatum hospitium unius ex litigantibus ex itinere divertentem, haecenus quidem pro suspecto potuisse haberi, ut ex eo tempore neque instructio neque relatio litis ei demandari debuerit; judicandi tamen munere fungi idcirco non fuisse prohibendum.

45. Quid? quod urbani quoque judices ut suspecti recusari nequeant, si lis inter civitatem & civem, vel civitatem & peregrinum sit. Cum enim id, quod universitati debetur, singulis non debeatur, nec quod universitas debet, singuli debeant, *l. sicut. 7. §. 1. ff. quod cujusque universis. nomine*, apparet, eos non in sua, sed prorsus aliena, publica nempe civitatis causa, judicare, Neostadius *Curia supr. decis. 126.* Eodemque fundamento sancitum ab Hollandiae Ordinibus 23. Maii anno 1707. supremis curiae senatores idoneos in causis Societatis Indicarum judices esse, nec se excusare, nec ut suspectos a Societatis adversario argui posse ex eo, quod vel ipsi vel propinquiorum in aliquam venerint societatis istius partem: cum nec hic, quod societati debetur, singulis singularim debitum sit, nec societatis negotia singuli, sed publica constituti auctoritate curatores tractent; nec denique societas ista, ut privata, sed magis ut universitas quaedam publica, cui cum mercatoribus magistratus quoque delegati praesunt, considerata sit, Resp. Juriscons. Holl. *part. 3. vol. 1. in appendice definitionum pag. mibi. 17. in med.* Van Alphen. *part. 1. in formulario cap. 50. circa. fin.* Alioquin socium in causa, quae ei cum auctore reove communis est, judicem esse non posse, manifestum est, eo quod communis causa etiam propria est, arg. *l. 1. §. in propria 11. ff. quando appell. & intra qua tempora*.

46. Suspectus tamen jure Romano antiquo fuit iudex ille, quem pars altera nominatim petierat. Iudicem enim a praetore per litigantes peti moris erat; certum etiam ac designatum judicem ab utroque litigantium simul peti, non fuit inhibuitum, *l. si in judiciis 80. ff. b. t.* at ab uno litigante certum nominatum peti, iniqui credebatur exempli esse, nisi hoc specialiter a Principe, ad verecundiam petiti iudicis respiciente, permitteretur, *l. observandum 47. ff. b. t.* Adde Jul. Polletum *de foro Romano lib. 5. cap. 5. in fine*. Nec dubium, quin ut suspectus declinari possit, qui damnum ex ea lite metuit, lucrumve sperat,



De suz rei iudex sit, l. Julianus 17. ff. b. t. quive litigantium alterutri nimis propinquus sanguini aut affinitatis vinculo conjunctus est: nam uti sibi, ita & suis; puta uxori, liberis, domesticis, jus dicere quisque prohibitus est, l. qui jurisdictioni 10. ff. de jurisdictione. cautumque fuit lege Cornelia injuriarum, ne judicet, qui ei, qui agit, gener, socer, vitricus, privignus, sobrinusve est, propiusve eorum quemquam ex cognatione affinitateve attingit, l. lex Cornelia 5. ff. de injuriis, quod & Guria Hollandia placuisse anno 1538. 24. Februarii, notat compilerator decisionum, post resp. ICtor. Holland. part. 5. vol. 1. in appendice pag. 7. in fine. Sed postea haud contenti Hollandie Ordines remotione eorum, qui quarto sanguinis affinitatisve gradu sunt, ad sextum usque gradum prohibitionem prodixerunt, sic ut & sexto in gradu positus a judicando abstinere jussus sit, nisi uterque litigantium pari sanguinis aut affinitatis gradu judicii junctus sit; quo casu per affectionis ratio pellit presumptionem fraudis, arg. l. non solum 67. §. 1. ff. de ritu nuptiar. observante id Groenewegio ad l. 10. ff. de jurisdictione. & auctore d. appendicis decisionum pag. 50. Idemque cautum fuit Instructione Curie Flandricæ art. 6. Quin imo ad decimum usque gradum cognationis prohibitio extensa fuit, quoties iudex successionem ab intestato sperat, dum nullus alius gradu propiore litiganti junctus invenitur, decreto ordin. Holl. 23. Maii 1602. Groenewegen ad d. l. 10. Van Alphen in formulario part. 1. cap. 50. ad hæc ætissime culta inter Judicem alterumque litigantium amicitia, atque familiaritas suspicionis causam præbet, cap. ininuante 15. extra, de offic. & potestate judicis deleg. qualis censeri debet & ea, quæ ex convictu atque cohabitatione quotidiana inter commensales intercedere consuevit, Lambertus Goris ad l. 19. ff. de offic. prædior. ad verba, ne prædes provinciarum &c. n. 6. Quamvis de cetero frivolis ineptisque suspicionum causis, quas subinde vel calumniöse vel temere opponi contigit, haud indulgendum sit; cum potius credendum videatur, illos qui ob singularem industriam & gravitatem, explorata jurataque fide obstricti, ad judicandi munus evecti sunt, non ita facile levibusque de causis a recto deviatorum justitiæ tramite, ac contra animi sui religionem sententiam dicturos. Cui consequens est, ut non repellatur iudex ex eo solo, quod apud alterutrum forte litigantium invitatus cœnaverit pendente lite; quod contreraneus, quod spiritali cognatione junctus, quodve durus, aut severus, aut verbis acrioribus in alterutrum invehctus; quod familiaris illius, qui litigantis inimicus est; quod litigans iudicis, litem aliam foventis, advocatus aut procurator sit, aut emphyteusin ab eo, vel ædes fundumve conductam habeat, si de ipso reum illarum usu controversia non sit; quæque sunt alia hujus generis plura, apud viros graves flocci facienda, Anton. Faber Cod. lib. 3. tit. 4. defin. 1. 3. 4. 9. Lambertus Goris d. loco, Ant. Mattheus de judiciis disput. 7. num. 17. 18. Nec distinguendum puto ex jurisprudentiæ Romanæ principis inter majores ac minores iudices, quasi soli minores removendi forent, justa probata suspicionis causa, majoribus vero tantum esset adjungendus Episcopus; neque enim ea novellæ 86. cap. 2. sententia est; sed magis ibi quoddam in gratiam litigantium beneficium inductum fuit, ut scilicet addi-

tus iudici suspecto Episcopus simul cum eo sententiam ferat, ut non cogantur subiecti propter hujusmodi causas a propria parte recedere, d. nov. 86. cap. 2. & 6. Si ergo ne sic quidem sibi securitatem satis partam arbitretur, qui iudicem suspectum dicit, dum forte nec Episcopus, iudici adjungendus, extra suspicionem est, prohibendus utique non fuerit alios adire aut a Principe petere non suspectos, juri pro se introducto renunciare, arg. d. cap. 2. & 6. unde & in novell. 98. cap. 2. proponitur licentia concessa refusandi gloriosissimum iudicium, & alium morandi, apud quem conventionis pariter ac reconventionis lis exerceatur.

47. Quia vero nunc passim invaluit, non unum solum judicare, sed a toto collegio constitutorum publice iudicum lites decidi, sic ut, non nisi presente certo eorum numero, sententia lata valeat, veluti septenario in Guria suprema, ac Academico nostro consensu juridico, Instrucl. Curie supr. art. 1. Reglement op de Revision van d'Universiteit van Leyden anno 1656. 6. Octobris art. 2. 3. quinario in Guria Ultrajectina ac Flandrica, Instr. Cur Ultraj. tit. 1. art. 5. Flandrica art. 28. alibi alio, pro vario fori cuiusque usu vel lege; vix est, ut hodie adversus universum illud iudicum collegium tanquam suspectum excipiatur; non magis, quam apud Romanos suspectum argui potuit totum centumvirale aut decemvirale iudicium, aut totæ decurriæ, ex quibus pedaneos dæri iudices moris erat; sed magis singuli, in quos peculiaris credere creditur suspicionis causa, iudicis suspecti exceptione reprobandi sunt. Idemque est, si quis ad causam certam delegati suspicionem laboret, And. Gayl. libr. 1. observ. 33. num. 2. 3. Christinus vol. 2. decis. 148. n. 15. Responsa ICtor. Hollan. part. 3. vol. 2. consil. 63. num. 12. atque tunc reliquos ejusdem iudicii collegas de causis suspicionis judicare justum est; cum ipsi in eo definiendo nulla possint videri ratione suspecti: uti post Christinum vol. 5. dec. 181. in fine tradit Groenewegen, ad l. 16. C. b. t. usque adeo, ut pluribus ejusdem tribunalis iudicibus suspicionis insinulatis, non prohibeantur hi ipsi suspecti mutuas objectæ in singulis suspicionis causas discutere, deque iis sententiam dicere, quamdiu ipsi remoti non sunt, dummodo absit is, de quo removendo disceptatio instituitur; quia non eadem, sed diversa in singulis plerumque sunt aut esse saltem possunt suspicandi causæ; & si maxime eadem obijciantur, non tamen easdem singuli habent adversus objectæ defensiones, Anton. Faber. Cod. lib. 3. tit. 4. defin. 2. Quo posito, vix est, ut assentiantur Groenewegio aliisque ab eo allegatis ad d. l. 16. C. b. t. in fine, existantibus, eo casu, quo plures suspecti dicuntur, recusationis cognitionem ad iudices superiores spectare, aut alios non suspectis collegis adjungendos esse, per quos definiatur, utrum adductæ suspicionis causæ ad remotionem sufficiant, nec ne. Vix quoque, ut juris Canonici probemus dispositionem, secundum quam arbitri compromisso partium, aut iudicis ac partis, fuerunt eligendi, qui de suspicionis causa cognoscerent, cap. cum speciali 61. extra, de appellatione. Quorsum enim ad arbitros remissionem ubi iudex idoneus est, qui sua potest jurisdictione eam suspicionis litem componere ac definire? Si tamen non singuli iudices, sed universum iudicum col-

legium ea forte commiserit, quæ justissimum alteri litigantium metum incutiunt ac suspicionem generant, fore, ut contra, quam justitiæ ratio animique integri religio jubet, judicaturi causam non video, cur non eo casu totum collegium judicum, expositis apud judicem superiore Principemve causis, ut suspectum declinari posset. Vide Menochium *de arbitr. jud. lib. 2. cent. 5. casu 453.* Boerium *dec. 269.* Gregorium Tholosanum *synagm. juris civilis lib. 49. cap. 3. n. 24.* Zangerum *de except. part. 2. cap. 4. n. 15. & seqq.*

48. Opponenda autem judicis suspecti exceptio ante litem contestatam, *l. apertissimi 16. C. b. t. cap. inter monasterium 20. extra, de sentent. & de re judic.* nisi causa suspicionis per ignorantiam non supinam neque affectatam latuerit litigantem, ac lite demum pendente innotescat; cum ignorantia facti probabilis, etiam in prudentissimum quemque cadere valens, veniam mereatur, nec erranti nocere debeat, arg. *l. 2. 6. 9. & tot. tit. ff. de juris & facti ignorantia*, vel nisi demum post litem contestatam nascatur & emergat ratio suspicionis; dum forte alter ex litigantibus judicem ex asse vel ex parte scripsit heredem, *l. Julianus 17. ff. b. t. cap. ininuante 25. extra, d. offic. & potest. judic. deleg. arg. l. non distinguemus 32. §. cum quidam 14. ff. de receptis*, Ant. Faber *C. lib. 3. tit. 4. defin. 7.* Ant. Matthæus *de judic. disp. 7. n. 14.* Zangerus *de exception. part. 2. cap. 4. n. 5.*

49. Officium judicis est, lites dirimere, audita utraque parte, aditis illis, quorum interest, omnibusque observatis, quæ vel nobilis vel mercenarii officio ratio exigit. Mercenarium DD. appellant, quod actioni propositæ inhæret, & subservit, ac in cognitione usque ad sententiam præcipue consistit; quod officii genus ad antiquum judicum pedaneorum notionem proxime accedit. Nobile, quod nudæ notionis terminos egreditur, quo potissimum pertinent ea, quæ ad jurisdictionem & jus dicentis officium a Romanis legibus reducuntur, quorumque intuitu latissimum dicebatur esse jus dicentis officium in *l. 1. ff. de jurisdic.* Utrumque regulariter judex demum rogatus impertitur, arg. *l. dies 4. §. hoc autem 6. ff. de damno infecto*, quandoque tamen & non rogatus; sed frequentius in iis, quæ nobili, quam quæ mercenario officio adscribi solent. Etiam nobilis officii vi etiam sponte ea expedit, quæ ad publicam respiciunt utilitatem; in sceleratos inquirat, provinciam malis purgat hominibus, tutores fama publica fraudis insinulatos sine accusatione a tutela repellat, si ipsi ex apertissimis liqueat rerum argumentis, eos suspectos esse, quæque id genus alia plura sunt, *l. tutor 3. §. præterea 4. ff. de suspens. tut. l. congruis 13. ff. de off. præsidis.* Mercenarii officii intuitu judex non interpellatus concedere aut exigere aut jubere potest ea omnia, quæ in sua ipsius persona præcipue radicem agunt; veluti repudiare libellum male conceptum, exigere a litigantibus jurjurandum calumniæ, pronunciare de non petitis, quæ post litem ceptam emergunt, Lambertus Goris ad *l. 19. ff. de officio præsidis*, ad verba, *ut in aduendo quidem*, num. 6. 7. 8. Gothofredus in *not. ad d. l. 4. §. 8. ff. de damno infecto*, Socinus *Regul. Juris 245.* Parens p. mem. Paulus Voet *ad princip. Instit. de offic. judicis n. 3.* Ceterum ea, quæ sui origine a

litigantibus procedunt, nullo modo ab eo non interpellato fieri possunt; adeoque nec exceptionum non oppositarum, nec testium non productorum ratio habenda in sententiis ferendis: nisi quod in causis criminalibus hodierno jure incumbit judicibus sic instituere testium examina, ut non modo inquirant in criminis qualitates & circumstantias reum gravantes, sed & in eas, quæ ad ejus innocentiam comprobendam videri possunt pertinere; sive rei præsentis ac carceri mancipati sint, sive absentes profugique, *Ordonnans. op. de styl van Procureurs in criminale saken van Kon Philip. 7. Julii 1570. artic. 57.* His consequens est, judicem ea, quæ facti sunt, supplere non posse, si a partibus non allegentur, nisi notoria prorsus sint ex instrumentis illis, quæ probationis ergo in judicio prolata sunt: ne alloquin supplendo ea, quæ dubii facti sunt, non tam judicis quam advocati partibus videatur fungi, & patrocinariorum potius quam judicare, Ant. Faber *Cod. lib. 2. tit. 7. defin. 1.* Perezius ad *tit. Cod. ut, quæ derunt. advoc. partium, jud. suppleat.* Aulus Gellius *Noct. Attic. lib. 14. cap. 2.* Si tamen omissa causam relinquant obscuriorem, ac difficiliorem ejus determinationem, potest judex per sententiam interlocutoriam monere litigantes, ut plenius instruant litem pendentem; nec est, quod ea propter quisquam eos habuerit jure suspectos, Busius *de offic. judic. cap. num. 34. & seqq.* Quod si a partibus eorumve patronis prætermissa fuerint quæ juris sunt, recte ea judex suppleverit; utpote quæ apud judicem allegari solita, tamen & non allegata oportet ei nota esse, sic ut & jurium certorum, utut non allegatorum, rationem habere in judicando teneatur, *tit. C. ut quæ derunt advocatis partium judex suppleat*; ibique DD. Neostadius *Curia Holl. dec. 1. vers. de gedaagde.* Qua ratione nihil vetat, quo minus judex consuetudinem quoque, quanquam non allegatam, in lite finiendam sequatur, si modo inveterato usu jus tale inductam constet, arg. *pr. Instit. de offic. judic. l. 1. l. 3. C. quæ sit longa consuetudo*, Lambert. Goris *adversar. tract. 3. part. 1. cap. 12. num. 25.* Vel etiam ex causis justis suspectum habeat instrumentum exhibitum, etsi adversarius nullam ei opposuerit instrumenti suspecti exceptionem, Neostadius *sup. Cur. dec. 66. vers. in quo.* Appellationem quoque declarat desertam, parte licet adversa nec allegante nec petente, in quantum, appellatione deserta, confirmata est ipso jure judicis inferioris sententia, quæ per desertam appellationem non ultra potest suspensa dici, *Clementina si appellationem 6. de appellationib.* Mynsingerus *cent. 2. observ. 59.* Sed & exceptionum, quæ meri juris sunt, neglectarum perinde judex rationem habere debet, ac si a parte objectæ essent; si modo ita facta in judicio commemorata fuerint, vel instrumenta talia producta, ut ex iis exceptiones sponte resultent, Parladorius *rer. quotidianas. lib. 2. cap. 10. num. 8. 9. 10.* Ant. Faber *Cod. lib. 2. tit. 7. defin. 2.* Cancarius *variar. resolut. part. 1. cap. 18. n. 20. 21. 22. 23.* Zangerius *de exceptionibus part. 3. cap. ult. num. 15. & seqq.* Quid enim, si ex allegatis constet, filiumfamilias fuisse testatorem, ex cujus testamento actio movetur? certe cum juris manifesti sit, invalidum præcipue testamentum esse, si is, qui testamentum fecit, caruerit testamenti factione, *l. si queramus 4.*

ff. qui testam. facere possunt, iniquus plane iudex fuerit, si sciens ista, auctori adjudicaverit, quæ nullo fuerant jure petita, Ant. Faber C. de lib. 2. tit. 7. defin. 2. Idemque juris est, si non fuerit a reo convento obiecta auctori agenti præscripto actionis, quæ convenitur, quoties ex allegatis indubium est, elapsa esse tempora actioni tali movendæ præfinita, Grotius *manud. ad jurisprad. Holl. lib. 5. cap. 46. num. 7.* Zangerus *de exception. part. 3. cap. ult. num. 20.* Mynsingerus *centur. 3. observ. 28.* Christinaus *ad l. Maculinians. tit. 10. art. 9. num. 6.* Joh. a Sande *dec. Friic. libr. 1. tit. 7. defin. 5.* Carpzovius *definit. forens. part. 1. constit. 25. defin. 1. 2. 3.* nec aliud statuendum in exceptione divisionis, quæ & ipsa meri juris est, ab Hadriano concessa, adeoque satis sub appellatione & persona fidejussoris in iudicium deducitur; hoc scilicet ipso ei competens, quod fidejussor est, ut ait Vinnius *quæst. reat. lib. 2. cap. 40. post med.* quoties creditor non probat, absentem aut inopem esse confidejussorem, Ant. Faber C. lib. 8. tit. 28. defin. 35. Neque rationem animadverto, cur aliud dicendum foret de ordinis seu excussionis exceptione, quoties ex instrumento fidejussionis, ex quo creditor agit, simplex fidejussio sine ulla beneficiorum renunciatione interposita deprehenditur, nec auctoris reive conditio aut ipsius debiti natura hoc beneficium de jure excludit. Si enim exceptionum illarum, quæ insunt actioni, (veluti, quæ nascuntur ex pacto contractui in continenti adjecto) ratio habenda sit in judicando, licet obiectæ non sint, uti id frequentiori interpretum calculo comprobatum esse docet Cancervius *var. resolut. part. 1. cap. 18. numer. 22.* habenda quoque est ratio exceptionis ordinis, quippe quæ post inductum hoc beneficium perinde fidejussioni inest ex juris dispositione, ac si pacto expresso id actum esset, ne fidejussor ante principalem excuteretur. Sane si fidejussionem non ex scriptura, sed vel testium depositione, vel ex confessione ipsius fidejussoris, in iudicio probatam concipiamus, vix est, ut tunc iudex jure jubeat, prius principalem excuti, ordinis beneficio per reum non allegato; eo quod tunc non adeo ex probationibus adductis iudex certus esse potest, beneficium isti non fuisse renunciatum; dum non omnes rei gestæ circumstantias rogati testes, reive in jus vocati, sua vel confessione completi solent vel depositione. Ac de hoc casu accipiendos puto interpretes, quibus placuit, hujus exceptionis omissionem haud posse judicantium officio suppleri, inter quos est Andr. Gayl. *lib. 2. observ. 27. num. 2. 3. 4. 5.* Gayl. Ant. Faber *Cod. lib. 8. tit. 28. defin. 35. num. 8.* & seqq. Sande *decir. Friic. lib. 1. tit. 7. defin. 2.* Quidquid fuerit, minore saltem præjudicio hanc nostram premit sententiam, quod ab Ant. Fabro d. loco adducitur, fidejussorem forte, si præsens in iudicio foret, nolle tali beneficio juvari, quin & consulto potuisse præmittere, ut citius a litis molestia sumtuque prolixiore liberetur. Isto enim, quod ea forte fuerit fidejussoris conventi sententia; quia tamen ea hæcenus iudici ignota est, notum autem, talem fidejussori exceptionem competere de jure, incerta illa fidejussoris mens atque intentio, quæ facti est, non impedit, quominus interim suppleat iudex ea, quæ juris sunt, donec reus manifestaverit, se isto nolle beneficio uti. Nam

Voet ad Pandect. Tom. II.

& in aliis omnibus, quæ tanquam meri juris, a iudice suppleri posse & debere inter omnes constat, idem evenire potest, ut reus consulto jurium prætermiserit allegationes, aut consuetudinis indubiæ mentionem, dum causam suo donare vult adversario, atque ita pugnare, tanquam qui victoriam referre reformidat: neque tamen ideo vel leges vel interpretes iudici denegarunt in hisce potestatem supplendi ea, quæ advocatis partium videbantur deesse. Alla de supplendis aut non supplendis iis, quæ desunt partibus, vide a me tractata in *tit. de edendo num. 13.*

50. De cetero necesse est, ut iudex caveat, ne per minorem causam majori cognitioni præjudicium fiat, cum major questio causam minorem ad se trahat, l. per minorem 54. ff. b. t. Vide Ravardum *de præjudiciis lib. 1. cap. 7.* Sed & in judicando rationem habeat allegatorum probatorumque, ac secundum ea sententiam ferat, l. illicitas 6. §. veritas 1. ff. de offic. presidis, simul tamen secundum conscientiam; quæ si allegatis probatisque contraria sit, vetus jam olim, teste Gellio *Noct. Attic. lib. 14. cap. 2.* disputatio fuit, oporteatne secundum ea, quæ comperta habet, an secundum ea, quæ aguntur, judicare. Etenim improbus utique fuerit, si secundum allegata iudicans, absolveret eum, quem sciebat nocentem aut debitorem esse, vel condemnaret, quem insontem esse, nihilvæ adversario debere, privatim certus est. Contra quoque iniquus ac legum, juxta probata judiciali voluntium, contemptor dicendus, si, spretis allegatis probatisque, sequeretur in lite definienda propriam scientiam; nec dubium, quin ita ingens porta malitias aperienda foret, dum aliquando, quo magis selecti iudicis arca patet, eo magis a simulatis Curis, Catonibus, Aristidibus, conscientia venalis obtentu plus lificantibus lis addiceretur. Non aliud proinde in tali allegatorum ac scientia privata pugna superest, quam ut deponat iudicis officium, jurato asserens, sibi de causa non liquere, ac veritatis detegendæ gratia testis partes assumat, arg. l. Pomponius 36. ff. de re judicat. l. omnes 12. §. 1. C. b. t. Gellius sane, cum iudex a prætore datus, debitum certo consideret, quod tamen debitum haud probabatur, iudicatu illo solum se fuisse commemorat, jurando sibi non liquere, lib. 14. cap. 2. in fine. Confer Covarruviam *var. resolut. lib. 1. cap. 1.* Busium *de offic. iudicii cap. 4. n. 39.* & seqq. Cograium *miscell. lib. 4. cap. 20.* Bronchorst *enanti. cent. 1. assert. 14.*

51. Nec minus secundum id, quod legibus, & moribus, & constitutionibus est proditum, ac secundum omnem æquitatem iudices judicare fas est: neque enim ei, qui iudicandi munere fungitur, quodcumque libuerit, licet in causa litigiosa statuere, nec suo definire arbitratu cerebrino, sed legem, æquitatem, religionem simul in consilium adhibere convenit ac sequi, pr. Instit. de offic. iudic. novell. 8. in fine; quapropter & olim iudices, antequam iudicarent, in leges jurabant; de qua jurandi solemnitate vide Ravardum 5. *varior. cap. 8.* Nec est, quod distinctio adhibeatur inter iudices majores minoresque; quam licet præ se ferat *auth. bodio C. b. t.* refellitur tamen ex d. novell. 8. cap. 12. in fine, & cap. ult. in fine, novell. 24. cap. 2. & novell. 82. cap. 13. in quantum omnibus, etiam summis iudicibus, præcipitur ex le-

gum dictamine judicia proferre. Etsi inficias haud sit eundem, quin æquitate stricto juri teneantur in judicando præferre. Qua de quaestione latius actum sit. de justitia & jure n. 6. Quia vero regionum, civitatum, vicorum varia, imo contraria sæpe jura sunt, observandum est, quantum quidem ad ordinem judicii formamque attinet, judicem nullius alterius, sed sui tantum fori leges sequi: sed in litis ipsius definitione, si de solemnibus contractus, testamenti vel negotii alterius quaestio sit, validum pronunciare debet ac solemne negotium, quoties adhibita invenit solemnia loci, in quo illud gestum est, licet alia aut majores in loco judicii ad saltem actum solemnitatis requisita essent. Si de successionum jura, secundum leges loci, in quo res unaquæque sita est, aut esse fingitur: convenienter generalibus juris fundamentis in materia statutorum a me adgructis in tit. de constitut. principum. Adde Joh. a Sande decisi. Eritic. lib. 1. tit. 12. defin. 5. in med. Lamb. Goris advers. tract. 1. cap. 6. numer. 2. Mynsingerum cent. 4. observat. 82. Ant. Fabrum Cod. libr. 3. tit. 1. defin. 22. Paulum Voet de statutis sect. 10. num. 8. nader provisioneel accord tusschen Holland en Zeeland. 11. Junii 1674. art. 30. Sed & necesse, ut in causarum definitionibus rationem habeant legum illarum, quæ negotii gesti tempore lata erant, non vero earum, quæ postea demum fuerant conditæ; eo quod leges futuris solent formam dare negotiis, nec ad præterita trahi, nisi id nominatim cautum sit, ut dictum tit. de legibus n. 17. Quin imo, si lite secundum legem antiquam definita ac appellatione interposita, legem deinde novam pendente appellatione promulgare contigerit, quam legislator ad præteritos quoque casus jussit trahi, ne tum quidem appellationis iudex secundum novum, at omnino juxta veteris juris præscriptum judicare obstructus est: neque enim alia iudicis, ad quem provocatum, partes sunt, quam ut examinet definitaque, utrum inferior iudex recte an perperam sententia sua motæ se controversiæ finem fecerit, & si perperam iudicatum animadvertat, statuatur id, quod in prima instantia fuisset statuendum, novell. 115. cap. 1. Zoësius ad Pand. tit. de legibus n. 45. in fine, Gudelinus de jure novis. lib. 5. c. versu 2. prædicta in med. Paulus Voet de statutis sect. 8. c. 1. n. 2. p. 289. 290.

52. Superioribus, quod nempe secundum leges judicandum sit, consequens est, nullum in iudiciis admittendum esse casum pro amico, ut dici solet, quasi in causis dubilis admodum ac ancipitibus potestas iudici esset adjudicandi litem ei ex colligantibus, qui amicitie vinculo iudicem contingit. Contra etenim, si quid ambigui occurrere contingat, vel iusjurandum a iudice litigantium alterutri tunc deferendum erit, l. admonendi 31. de iurejurando. Vel reorum, vel libertatis, vel dotis, vel causæ alterius cujuscunque favor, legibus inductus ac probatus, aliaque circumstantiæ potiorum facient ac victorem alterutrum litigantium, l. inter pares 33. pr. & §. 1. ff. de iudic. l. in ambiguis 70. ff. de jure dot. l. semper in obscuris 9. ff. de reg. juris. Adde plura de non admittendis casibus pro amico, tradita, in de Batavische Arcadia in notis, pag. mibi 810. & seqq.

53. Ne autem lites immortales essent, dum litigantes mortales sunt, Romanis placuit certa legibus præfinire tempora, intra quæ lites judiciali finirentur

tur determinatione. Etenim criminalibus quidem causis finiendis anni spatium ante Justiniani tempora fuisse præstitutum, patet ex l. 1. 2. C. Theodos. ut intra annum crimin. quart. terminetur, l. reus 7. ff. de muner. & honor. cuius contrarium non recte evincitur ex l. in Senatusconsultum 15. §. qui post 3. ff. ad Senatusc. Turpillian. quippe quam interpolatam fuisse a Triboniano in verbis vel biennio, a viris doctis jam observatum, Gothofred. ad d. l. 15. §. 5. Wissembach ad l. 13. C. b. t. in pr. Civilibus olim nullum temporis spatium invenitur propositum, non certe anni, neque triennii, uti perperam censuere Raguelus, atque Rævardus 4. varior. cap. 14. ille quidem in errorem inductus per versum Juvenalis non recte intellectum; hic vero, corrupto Sidonii Apollinaris loco, in quo triennium pro tricennio positum fuisse, sequentia ejusdem auctoris verba satis evincunt, observante hæc Wissenbachio ad d. l. 13. §. 1. C. b. t. Sed Justinianus novissime litibus finiendis præscripsit biennium in criminalibus, in civilibus triennium a lite contestata, l. ult. C. ut intra cert. temp. crimin. questio terminetur, l. perpetrandum 13. §. censemur 1. C. b. t. coercentis maioribus minoribusque iudicibus, actoribus, reis causarum patronis, procuratoribus, tutoribus, curatoribus, per quos steterit, quo minus intra tempus legitimum lis decurrerit, d. l. 13. passim C. b. t. de quibus vide latius Ant. Matthæum de iudiciis disp. 5. num. 19. & seqq. Wissemb. & Brunnemannum in Cod. ad d. l. 13. Ratio diversitatis inter civilia & criminalia iudicia est, quod brevius tempus desideret gravis misereque reorum, quin & accusatorum status, qui non est sine squalore, & luctu; dum & custodiæ similitudinem subit uterque, & vel reo convicto, vel accusatori calumnianti ex inscriptione supplicium par imminet, l. C. de accusatione. atque adeo utrumque tristes urget pœnæ expectatio, quæ ipsa sæpe pœna molestior est; urget carceris horror squalorque, cui eos vel festinata absolute vel veloci supplicio subduci, ratio nisi erat, ne carcer ad puniendos magis, quam ad continendos homines videretur adinventus, l. de his 52. C. de custod. reorum, junct. l. aut damnatum 8. §. solent 9. ff. de panis, cui accedit, quod obscuriores sæpe sunt causæ civiles, aut certe intricatiores, magisque involutæ, quam ut tam brevi possent extricari; maxime si in familiæ eriscundæ, vel tutelæ iudicio, aliisque similibus generalibus verseremur, Cujacius libr. 17. observ. 23. Nec moribus nostris ab illo biennio, causis criminalibus terminandis præfinito, recessum est; usque adeo, ut & cautum invenitur rarissime, ac non nisi in causis maxime arduis, litem criminalem in biennium trahendam esse, ne rei tadio carceris & squalore nimis premantur, Ordonnantie op. de criminele justitie 5. Julii 1670. art. 30. & 31. vol. 2. placior. Holland. pag. 1021. & ordonn. op. de styl van procederen in criminele saken 9. Julii 1570. art. 71. d. vol. 2. p. 1060.

54. Remanserunt tamen ex iurium anteriorum dispositione causæ quædam, quas vel publica utilitas, vel personarum quarundam favor, effecit tempore breviori terminari, nec d. legis 13. sanctioni subjacere; sic enim ipsa illa lex in §. 1. causas fiscales & eas, quæ ad publicas pertinent functiones, exceptit; quarum illa quidem intra sex menses fuerunt, absolvendæ, l. ult. C. de jure fisci, hæc vero intra tres,

*l. generali 44. C. de decurion.* adhuc causæ excusationum a tutela intra menses quatuor a nominatione *l. quinquaginta 30. ff. de excusat. tut.* naufragiorum ac naufragorum lites anno, si levato velo cognoscere; biennio, si ordinario jure, *l. si quis navicularius 2. l. de submersis 5. C. de naufragiis*, denique jure novissimo crimina adversus clericos intentata bimestri spatio; ne ut Justinianus ait, propter hujusmodi causas sacris amoveantur obsequiis, & cum oporteat Deum placari, & decencia sacerdotibus agi, auditoriis detineantur, & litigantium tumultu turbis-que, *novell. 83. in prefat. & cap. 1.*

55. Ne autem triennii hujus lapsus totam causam perimat, an vero solam litis instantiam, dubium est. Multis placere video, solam litis instantiam triennio periri; causam ipsam in judicium deductam totis quadraginta annis durare, ex *l. ult. C. de præscript. 30. vel quadrag. annor.* quod tamen alii in civilibus tantum admittunt; in criminalibus biennii lapsu interveniente, nullo prorsus modo litem eam, tanquam intermortuam, resuscitari patiuntur; Cujacius *libr. 9. observat. 22. in fine*, Mynsingerus *cent. 3. observ. 50. Ant. Matthæus de judiciis disput. 5. n. 34. in fine*, Brunnemannus *ad d. l. 13. C. b. t. in pr.* Mihi contra nihil certius videtur, quam quod ea Justiniani fuit sententia, totam causam periri, post lapsum triennii nullatenus de novo movendam. Cum enim antea actiones perpetua redderentur per litis contestationem, nullo temporis quanticumque spatio deinde intermorituræ; licet ante litem contestatam fuissent tantum temporales, *l. ult. in fine ff. de fidejuss. & nominat. & bared. tut. l. omnes actiones 139. ff. de reg. juris, l. nam postquam 9. §. si is 3. ff. de jurejurando*. Justinianus primo quidem aliquam huic malo, litium nempe perennitati, medelam adhibuit, ut, quæ actiones olim ex litis contestatione efficiebantur perpetuæ, deinceps annorum quadraginta spatio a novissimis actis computando extinguerentur, reprobata illorum sententia, quibus persuasum erat, actiones in judicium deductas æque annorum triginta curriculum præscribi, ac si non fuissent intentatæ, *l. ult. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* Tandem vero, cum secunda illam *l. ult.* evenire posset, ut actiones totis septuaginta viverent annis, actore actionem brevi ante impletam tricennalem præscriptionem in judicium deducente, ac dein lite contestata quiescente, eamque quadragenariam ex eo tempore efficiente, illud in posterum propiciendum putavit, ne lites penæ fuerant immortales & visa hominum modum excederent, ideoque cum jam ante constitutione ad Mennam præfectum prætorio data, criminales causas biennio conclusisset, sancivit, civiles causas non ultra triennii metas post litem contestatam esse protrahendas, ut habet *d. l. 13. in pr. & §. 1. C. b. t.* quem sane scopum finemque haudquaquam dici posset assecutus, si non lapso triennio lis ipsa finem accepisset. Nec obscure hanc suam mentem Justinianus exponit in *d. l. 13. §. hujusmodi 5. C. b. t.* dum ait, *hujusmodi autem sententia in prope finem triennii præferatur, pro quo & præsentem legem inducimus; si enim in anteriori tempore (in quo larga superest temporis dilatio, & res absenti relicta fuerit revertendi) alterutra pars cesserit, in sola expensarum datione, & absolute non forsitan præstetur poenalis sententia; non autem tunc*

mors litis & condemnatio in absentem introducatur; qua in his tantummodo casibus accidit, in quibus triennii effluentis imminet formido. Similiter in *§. ult. d. l. 13.* dum minores pupillosque, lite intra triennium per desidiam tutorum non terminata, causa cecidisse ait, litisque interitum, non obstante minorrennitate, manere firmum, quod indigitat, dum ait, *litem* (scilicet jam triennii lapsu finitam) *nihilominus suum habere vigorem, omnem autem jacturam, qua ex hac causa oritur, ad tutores, curatores &c. redundare; nisi pupillis vel minoribus non sufficeret eorum substantia ad indemnitatem: tunc enim in id, in quo fuerint detrimentum perperis, in integrum restitutionis auxilium iis superesse voluit.* Causa ergo ceciderunt minores, non nisi in subsidium favore minoris ætatis per restitutionem revictura. Causa enim cadere, nihil aliud est, quam rem amittere, interprete ipso Justiniano in *§. si quis agens 33. in pr. Institut. de action.* eodem modo, quo & antea ex constitutione Honorii ac Theodosii, non definitis intra biennium naufragii questionibus, navicularius quidem reus propter vitium judicii litem non terminantis pro absoluto habebatur; sed rerum submersarum æstimationem iudex & officium ejus cogebantur inferre, *l. de submersis C. de naufragis*. Nec hisce adversatur, quod in *d. l. 13. §. & si quidem 2. C. b. t.* jubetur iudex, absente per contumaciam actore, *acta apud se confecta inspicere, & si quidem nihil sufficiens actitatum est, ex quo posset termino causa fieri conjectura, fugientem ab observatione judicii relaxare.* Perinde enim est, ac si Imperator dixisset, nullis apparentibus actoris absentis allegatis probatisque, etiam pleniora a iudice institui non debere causas cognitionem, sed simpliciter reum a judicio & petitione actoris liberandum esse; juxta illud vulgatum, quod actore non probante reus absolvendus sit. Quibus omnibus circa sententiam *d. legis 13.* ita firmatis explicatisque, consequens est, ut dicamus abrogatam esse dispositionem *legis ult. C. de præscript. 30. vel quadrag. annorum*, per nostram legem *13.* quatenus illa lites quadragenales faciebat post litem contestatam. Etsi enim *d. l. ult.* caret die & consule, eam tamen ante nostram *l. 13.* fuisse conditam, inde recte collegeris, quod *lex ult.* ad Demosthenem præfectum prætorio data est, *lex vero 13. C. b. t.* ad Julianum præfectum prætorio, Demosthenem posteriorem, Lampadio scilicet & Oreste consulibus; cum constitutiones aliæ ad Demosthenem datæ cum consulis & diei additamento, Decio consule inveniantur datæ; ut patet ex subscriptione *legis ult. C. de assessoribus*, & collatione inscriptionum subscriptionumque, quas habent *l. 30. 31. 32. 33. 34. 35. 36. 37. C. de inoffic. testamento*, ex quibus leges *30. 31. 32. 33.* ad Mennam vel Demosthenem directæ, Justiniano alterum consule Decio; contra vero *l. 34.* & sequentes ad Johannem aut Julianum præfectos prætorio, Lampadio & Oreste consulibus, vel post consulatum Lampadii & Orestis anno primo, aut anno secundo: quæ similiter confirmantur ex collatis inscriptionibus & subscriptionibus, quæ sunt in *l. 33. 34. et ll. seqq. C. de donation. uti & in l. 10. & seqq. C. de liberis naturalibus*. Omnem denique dubitandi rationem, an posterior sit *l. 13. C. b. t.* quam *d. l. ult. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* tollit, quod Justinianus in *l. 1.*

§. 1. C. de *annali except.* laudet suam constitutionem, qua actiones, in iudicium deductas, annis quadraginta durare sanciverat, ac ex illius legis primæ subscriptione appareat, eam emissam fuisse xv. Calend. April. Lampadio & Oreste Consulibus; cum ex adverso le. 13. C. b. r. data sit vi. Calend. April. Lampadio et Oreste Consulibus, adeoque novam diebus post d. legem primam, quæ tamen jam mentionem habebat d. legis ult. C. de *præscript.* 30. vel 40. annor.

56. Neque ab hoc jure civili recessit jus Pontificium, cum & ibi illa triennii exceptio inveniatur proposita; licet in casu speciali ob id rejecta, quod his per subterfugia adversariorum & cavillationes fuerat ad triennium prorogata, cap. *venerabilis pen. extra de iudiciis*. Nostris vero ac multorum aliorum moribus non ultra tempus illud in finiendis litibus observatur, Brunnemannus ad l. 13. pr. & §. 1. C. b. r. licet anni lapsu a novissimis actis apud nos instantiam litis perimi, sed restitutionis auxilio facile redintegrandam, jam supra b. r. monitum sit. Ambages interim litium morasque quantum fieri potest industria curaque iudicum impediendas esse, vetus monitum est: uti ex opposito vetusta quoque de iis de industria tractis ac protelatis, deque rebus longo sufflamine litis attritis querela, tum per turpes caudiciorum artes, tum per nimiam iudicantium segnitiam, aut remissionem, Juvenalem vide, jam tum sui seculi mores carpentem, *Satyræ* 16. *versu* 55. & *seqq.*

... Convallem ruris aviti

Improbis aut campum mihi si vicinus ademit,

Et sacrum effodis medio de limine saxum,

Quod mea cum parulo coluit puls annua libo:

Debitor aut sumtor pergat non reddere nummos

Vana supervacui dicens cyrographa ligni:

Exspectandus erit qui liter inchoat annus

Totius populi, sed tunc quoque mille ferenda

Tadia, mille mora; toties subrellia tantum

Seruntur, jam facundo ponente lacerna?

Cadicio, & Fusco jam miserrime, parati

Digredimur, tensaque fori pugnamus arena.

Quibus adde de tollenda eadem apud nos litium diuturnitate egregia in de *Batavische Arcadia*, cum nox, pag. mibi 575. & *mult. seqq.*

Hinc &, si iudicium negligentia lites jam plene ventilata diutius & quasi de industria indecisa remaneant, petente alterutro litigantium, post repetitam superioris iudicis admonitionem, ut inferior huius finem sententia sua imponat, lites ad superiorem iudicem evocari, terminandas ab eo supra monui. Præsertim vero peregrinis hominibus expeditissima via jus dicendum est, ne cum dispendio cogantur diutius abesse a re familiari, arg. l. 2. & 5. C. de *naufragiis*, Perezus in *Cod. d. tit. num.* 9. Brunnemannus ad d. l. 5. *Cod. D. Noodt de iurisdic. lib. 1. cap. 10. in fine*, quod ipsum plenus ex peculiari fori cuiusque praxi hauriendum. Quemadmodum & illud, quoniam tempore iudicandum sit, in quantum alibi non nisi oriente sole, adeoque matutino tempore, alibi etiam sole jam declinante, iudicare licet, quod pluribus excussum vide apud Ant. Matthæum de *action. lib. 1. cap. §. num.* 12. Romanis plane placuit, omni quidem hora lucis cognosci iudicarique posse, at non de nocte; imo matutinis horis cognitionem institui,

post meridiem litem sententia finiti debuisse, jam olim dictaverat lex 12. tabularum, his verbis, *ante meridiem causam coniciunto, quam perorant ambo presentes, post meridiem præsentem litem addicito, sed occurus suprema tempestas esto*, teste Gellio *Noct. Attic. libr. 17. cap. 2. in med.*

57. Reliqua quod attinet iudicum officia, in quantum illos, qui de rebus dubiis consultant, teste Julio Casare (*apud Sallust. de bello Catilin. cap. 61.*) ab odio, amicitia, ira, atque misericordia, addam & avaritia, vacuos esse decet; dum haud facile animus verum providet, ubi illa efficiunt, quæ & Jurisconsultus iis tantopere commendata censuit in l. *plebiscito* 18. l. 19. de *officio prædis*, consulto prætereo; cum ista plenus oratione publica officio iudicis sim executus.

58. Quod si male iudex iudicaverit; si quidem dolo, ex gratia vel odio, infamis est; & ei, quem sua læsit sententia, veram præstare tenetur litis astimationem; ex vero quippe delicto jam obligatus, l. *fiusfamilias* 15. §. 1. ff. b. r. l. ult. *Cod. de pena iudic. qui male iudicavit*, imo si pretio corruptus per sordes iudicasset, lex duodecim tabularum perndiam iudicis talis, contra omnia jura divina & humana iurjurandum suum pecunia vendentis, capite puniri iussit, Gellius *Noct. Attic. lib. 20. cap. 1.* Justinianus vero convicto in causis civilibus dignitatis amissionem, & dati triplum, imposuit; in criminalibus exilium ac bonorum publicationem, data litiganti, qui dedit, sed ipse detexit, venia delicti, ne salva ei actione, cuius amissione Antonini constitutio eum multaverat, l. 1. & *autb. novo jure Cod. de pena iudicis qui male iudicav. novell. 124. cap. si quis autem 2.* Sed si sine dolo, sola imprudentia, perperam sententiam ab eo dictam appareat, non nisi ex quasi delicto tenetur, quanti religioni iudicantis æquum videbitur pœnam subiturus, pr. *Instit. de oblig. quæ quasi ex delict.* ut tamen imprudentia assessoris, qua aliter ius dictum fuit, quam dici oportuit, non magistratui officere debeat, sed ipsi assessori, l. *hoc edicto 2. ff. quod quisque juris in aher. statuerit*, quod & tunc obtinet, cum dolo assessoris per sordes ius male iudicantis suggestum est. Nec immerito Romanis assessoribus eos assimilaveris causarum patronos, a quibus hodierni iudices litis pendentes dirimenda gratia responsum petierunt; etsi enim a responsis eorum recedere, iudici haud videatur inhibendum, (vide *Berlichium conclus. part. 2. conclus. 59. num. 26. & seqq.*) tamen quia extra dolum est, si illud sequatur, dum ipsius religio responso doloso circumventa est a consultoribus, æquum est, ut non iudici, sed magis ipsis malignum noceat consilium, atque ita ex proverbio consultoribus ipsis pessimum sit, arg. l. *consilii 47. ff. de regul. iuris*. Nostris vero ac multorum aliorum moribus rarius est, ut iudex male iudicando litem suam faciat: eo quod ex sola imperitia aut imprudentia eum non teneri, tralatitium est, sed demum ex dolo, qui difficilis plerumque probationis est: male namque ageretur cum iudicibus, præsertim inferioribus, juris imperiis, si in tam diffusa juris & praxeos scientia, in tanta opinionum varietate, tantaque causarum moram non ferentium ac obruentium multitudine, ipsi singulorum litium periculo tenerentur obnoxii, quoties &

psorum iniqua sententia non a dolo, sed errore, imperitia, vel imprudentia, originem habet: ut ratiocinatur, ac plurimum auctoritate firmat Groenewegen ad pr. Instit. de oblig. qua. quasi ex delicto Ant. Matthæus de auctonib. lib. 1. cap. 15. n. 2. Parens p. m. Paulus Voet ad pr. Instit. d. tit. de oblig. qua. quasi ex delicto. n. 3. Leeuwen cons. for. part. 2. lib. 1. cap. 8. num. ult.

59. Uti autem advocati & procuratores alique similes litigantibus adsunt, ita & plures iudicibus vel opem ferunt, vel a ministeriis sunt. Opem præcipuam ferre toti iudicantium ordini videtur is, cui litis jam instructæ preparatorium examen committitur, ut causa merita ante definitivam sententiam collegis referat, de cujus officio videri potest instruct. Curiz Holland. art. 149. & seqq. Curiz supremæ art. 41. & seqq. ad art. 49. Ultrajectinæ tit. 1. art. 15. 14. 15. Ac nominatim in Hollandia cautum, ne ulli hoc demandetur, cujus filius, aut gener, aut frater, aut affinis, advocati vel procuratoris munere in illa lite functus est, Placito Ordinum Holland. 23. Martii 1669. vol. 3. placit. Holl. pag. 662. in fine.

60. A ministeriis fuerunt Romanis iudicibus, scribæ, apparitores, accensi, interpretes, præcones, lictores, viatores, carnifices; quorum & nomina & officia ex antiquitate historiarum Romanarum collecta vide apud Rosinum Antiquit. Romanar. libr. 7. cap. ult. Demsterum in notis ibidem, & ad lib. 8. cap. ult. circa med. Polletum Historia fori Romani libr. 5. cap. 12. 13. 14. Meyerum collegio Argentinor. ad Pand. b. 1. n. 108. & seqq. ad numer. 118. Et his similia munera etiamnum hodie in superioribus ac inferioribus iudiciis obiri, vel lippis notum est. Graphiariorum & Secretariorum officia exhibet Instructio Curiz Holland. art. 29. & multis seqq. Curiz supremæ art. 64. & seqq. ad art. 94. Ultrajectinæ tit. 5. Brabantinæ art. 126. & multis seqq. Flandricæ art. 87. & seqq. Leeuwen cons. for. part. 2. lib. 1. cap. 8. Adde tit. de edendo n. 20. & seqq. Apparitorum & executorum quæ munia, quæ partes sint, enarrat Instruct. Curiz Holl. art. 91. & seqq. supremæ art. 105. & seqq. Ultrajectinæ tit. 6. & 7. Brabantinæ art. 363. & seqq. Flandricæ art. 204. & seqq. Leeuwen cons. forens. d. part. 2. lib. 1. cap. 9. præcipue vero prolixum Curiz Hollandicæ decretum de officiis apparitorum & executorum 28. Martii 1680. Carnificis officia nec non salaria ex parte definita occurrunt in decreto Curiz Holl. 11. Aug. 1607. & 5. Novembr. 1608. vol. 2. placit. Holl. p. 1505. & seqq. quæ per indicem retulisse suffecerit. Quantum vero graphiariorum acta mereantur fidem; quantum, & in quibus, relationes apparitorum, infra dicitur tit. de fide instrum. & tit. de testibus.

61. Illud de graphiariis haud prætermittendum, non prorsus a ratione alienum esse, ut tanquam suspecti reprobentur, quo minus vel acta conficiant, vel deliberationi iudicum adsint, alique officii nomine expedit in litibus, quæ ipsis cum alio intercedunt, quæve inter tales exercentur, quorum alteruter sic sanguinis vinculo iis iunctus est, ut & in tali cognationis gradu iudex posset tanquam suspectus recusari. Uti enim in iudice metuendum, ne gratia & affectione ductus aliter iudicet, quam exi-

git iustitiæ ratio; ita quoque pari ratione merito quis vereatur, ne per graphiarium ita conjunctum arcana, veluti testium depositiones, & alia, aut nullo modo aut tardius revelanda, pandantur maturius adversæ parti ita conjunctæ. Quam rationem secuti Ordines Generales federati Belgii, id disertis sanxerunt verbis in instructione Curiz Flandricæ art. 90. etsi contra iudicatum fuisse a Curia Hollandicâ anno 1559. 23. Februar. referat compilator decisionum post resp. ICron. Holl. part. 3. vol. 1. pag. 11. in fine, van Alphen part. 1. in suo formulario cap. 50. in fine.

62. De apparitoribus quoque sciendum, illos, dum suo funguntur munere, non ex propria persona astimandos esse, sed iudicem repræsentare, cujus mandato instructi sunt. Quibus consentaneum est, ut, qui apparitoribus in officio versantibus violententer resistunt, injuriis, plagis, vulneribus excipiunt, æque graviter arbitrio iudicis coercendi veniant, atque si hanc ipsi iudici intulissent læsionem. Si enim injurias uxori, filiofamilias, aut servo illatas, in marito aut patris aut domini contumeliam redundare, certi juris sit, quia vel affectui vel potestati subsunt, l. 1. §. item 3. l. eum qui 18. §. ult. ff. de injuriis, §. patitur 2. & seqq. Instit. de injur. si legatorum violatio ita juris interpretatione credatur in Principum eosdem mittentium facta contemptum, ut latius tradidi israel. de jure militari cap. 1. numer. 23., quis non pari ratione animadvertit, iudicem videri ea passum, quæ apparitori iussu iudicis exequenti illata sunt? Aliud dicendum foret, si vel mandato destitutus esset, vel excederet mandati fines, atque ita sordidas exerceret concussionones: tunc enim non minus ei, quam privato cuique res nostras diripiendi resisti posset, arg. l. prohibitum 5. C. de jure fisci, leg. 1. ff. de concussionibus; etsi tutius fuerit atque consultius, præsentii violentiæ cedere, ac apud iudicem querelas exponere, ne qua tumultus oriarum occasio, indeque fiat, ut defensio, quæ primo iusta & honesta videbatur, in injuriam tandem, modèramine inculpata tutelæ non omnifariam observato, declinet, arg. l. non est. singulis 176. ff. de regul. juris, Ant. Fab. Cod. l. 7. tit. 20. defin. 15. confer. tit. de iurisdic. num. 50.

63. Ceterum tum iudicibus, tum ministris eorum sportulæ debent. Ita pedaneis iudicibus per litigatores præstandi fuerunt duo aurei in ingressu litis, totidemque in fine, si modo lis ea aureorum centum superaret quantitatem, novell. 82. cap. ne autem 9. De sportulis vero apparitori solvendis definitio quantitatis in obscuro est, dum cum codice priore intercederent constitutiones eandem præscribentes. Vide §. tripli 24. Instit. de action. l. ult. §. ult. C. de sportulis; Cujacium l. 12. observo. 22. immunes sane ab huiusmodi sportulis apparitori solvendis sunt Episcopi in causis suæ ecclesiæ; ac minores, quam vulgo, sportulas clericis in propriis suis exsolvunt causis, novell. 123. cap. sportularum vero 28.

64. Hæc de prima tituli parte, quæ erat de iudiciis; restat explicanda altera, ubi quisque agere vel conveniri debeat. Omni etenim in iudicio id præcipue observandum, ut in foro competente lis moveatur: de quo regula generalis est, actorem sequi forum rei; adeo ut juris ordo converti dicatur, si quis postulet, reum ad actoris venire forum, l.



*juris ordinem* 2. C. de *jurisd. cap. cum sit generale* 8. *extra, de foro compet.* Sufficit autem, quod litis initio reus in eo loco, quo convenitur, forum competentens sortiatur: cum enim illic, ubi acceptum est semel iudicium, etiam finem accipere debeat, *l. ubi acceptum* 30. ff. b. 1. non potest reus desiderare, item ad alium transferri iudicem, si forte lite pendente incipiat cessare ratio, quæ eum tali iudici, ut competenti, reddiderat obnoxium; veluti si domicilium mutet, aut militiæ nomen det, aut militia solvatur, aut pupillus vel vidua esse desinat nuptiis aut majorennitate, *d. l. 2. C. de jurisd. omnium jud. l. pen. ff. de jurisd. l. si quis, posteaquam* 7. ff. b. 1. cap. *proposuisti pen. extra, de foro compet.* Andr. Gayl. lib. 2. observ. 36. num. 13. Considerandum enim, non nisi in exordio litis opponi posse declinatoriam fori exceptionem, antequam actum fuerit, aut publice dictatum, arg. *l. pen. C. de exception. seu præscrip.* Nam, etsi verum sit, reum cavendo desistendo, quoties secundum jus hodiernum arresto detentus est, sibi non præjudicare, quo minus forum adhuc declinet; tamen sibi nocet, si vel exceptionem aliam dilatoriam opposuerit, vel ab adversario exegerit cautionem; cum ita videatur in iudicem consensisse, ut latius dixi *tit. de jurisdictione num. 21. 22.* Ubi exposito, exceptione hac per reum objecta, actor die condicto ad eam non respondens, tacite censetur assensum præbere in id, ut ad forum aliud reus remittatur: cum ante omnia illa de foro competente quæstio discutienda sit, & scribi debeat, utrum sententia, postmodum pronuncianda, firmitatem habitura sit, an ob defectum jurisdictionis futura sit ipso jure nulla, arg. *l. si crimen* 3. C. de *ordin. cognit.* quod & cautum *Instruct. Curia: suprema art. 243.* usque adeo, ut is, qui qualitatem quandam allegat, qua posita iudex est competens, qua deficiente incompetens est, eandem protinus in litis ingressu teneatur docere, quicquid in contrarium nitiatur. Mynsingerus *cent. 2. observ. 9.* Quid enim si quis Titium, velut studiosum, ad tribunal vocet Academicum, vel tanquam militem & ad iudicium militare, cum Titius se vel militem esse negaret, vel studiosius adscriptum? aut quid si Caja quasi vidua, vel Mævius ut minorennis, adversarium vocet ad tribunal superius ex privilegio viduabus ac pupillis dato, is autem actorem aëtricemve viduam aut minorennem neget; absurdum sane fuerit, litigantem ad subeundas litis molestias compelli, antequam constet, utrum sententia, post discussionem causæ principalis interposita, effectum sortitura sit, nec ne. Quin potius, uti in quæstione, an valeat testamentum, in primis animadvertendum est, an is, qui fecit testamentum, habeat testamenti factionem, deinde, si habuerit, an secundum regulas juris civilis testatus sit, *l. si queramus* 4. ff. *quæ testam. fac. poss.* Ita quoque, si dubitatur, an talis iudicis jurisdictio sit, an vero vocatus ad aliud forum revocandi jus habeat, iudex ante omnia debet causæ cognita id statuere, & ad aliud iudicem protinus litigantes remittere, si constiterit, in ea illos esse causæ, ut remittendi sint, *l. cavensisse* 2. ff. *sed si dubitatur* 6. *l. si quis ex aliena* 5. ff. b. 1. Andr. Gayl. lib. 1. observ. 31. num. 2.

65. Iudicem certe ipsum, cuius jurisdictio declina-

tur, de eo cognoscere, dubium non est, *d. l. 2. §. 6. C. l. 3. ff. b. 1.* adeo ut in expensis quoque actorem temere vocantem condemnare queat, si semet ipsum pronunciet non competentem; cum enim in ista cognitione, quæ de re fori competentia est, ipse competens iudex fuerit, sequitur, ipsum in expensis quoque, istius quæstionis intuitu factas, posse damnare, etsi in principali negotio incompetens sit, cap. *statutum* 11. §. *cum vero* 1. *de rescriptis in 6. Clement. 1. de rescriptis*; eodem modo, quo expensarum damno iudex appellationis mactare potest appellanrem, si pronunciet, desertam fuisse ab eo appellationem cap. *reprehensibilis* 28. *extra de appellat.* Andr. Gayl. lib. 1. observ. 34. Sed an is, qui vocatus est ad iudicem non competentem venire teneatur, ut id doceat, an vero impune non venire possit & vocationem contemnere, non aequè expeditum. Ut huic quæstioni satisfiat, distinctione opus est: si enim reus tantum ex privilegio quodam possit forum declinare; alioquin ibi iudicandum, ejus erit, non contemnere prætoris auctoritatem: nam & legati, ceterique, qui revocandi dōmum jus habent, in ea sunt causa, ut in jus vocati, veniant, privilegia sua allegaturi, ut Ulpianus ait *in d. l. 5. ff. b. 1. l. ex quacunque* 2. ff. *si quis in jus vocatus non ierit*, ne alias silentio videatur privilegio renunciassse ac prorogasse jurisdictionem. At si iudici non competat certo certius potestas iudicandi de tali negotio vel re vel quantitate, potest reus impune non venire, sic ut & sententia in eum absentem lata ipso jure nulla sit, juxta vulgatum illud, supra jurisdictionem suam aut extra suum territorium jus dicenti impune non pareri *l. ult. ff. de jurisd. l. contumacia* 53. §. *ult. ff. de judic.* Ant. Faber C. lib. 3. tit. 12. *defin. 3. C. 4.* Andr. Gayl. lib. 1. observ. 43. num. 7. *C. seqq.* Rebuffus ad *constit. regiar. tom. 3. tit. de contumac. C. defect.* art. 8. *gloss. 1. num. 7. §. 8. g.* Mynsingerus *cent. 6. observ. 7.* Leeuwen *const. for. part. 2. lib. 1. cap. 25. num. 1.* Magis etenim iudicis ipsius officium erat, item illam, quam sciebat ad suam non pertinere jurisdictionem, sponte ac sine ullius rogatione, a suo amandare tribunali; non vero sese immiscere rei ad se non pertinenti, arg. *l. culpa est* 38. ff. *de reg. jur.*

66. Multis vero modis reus forum competentens sortitur; puta, ratione delicti, contractus, prorogationis, rei sitæ, reconventionis, continentia: causæ, originis, domicilii, & privilegii, cui ex moribus addi debet forum competentens ex causa arresti seu detentionis personæ aut rerum, quod late patet, ac facile actori est, ea via ad suum proprium forum reum pertrahere, ut late dictum *tit. de in jus vocando.* Quod si in pluribus locis reus forum competentens sortiatur, in actoris arbitrio est, quo in foro reum convenire velit, sic ut is in foro competente conventus, frustra ad alium iudicem sese consideret, *l. ult. in fin. Cod. de jurisd. omn. judic.* arg. *l. arbitraria* 2. §. *Savola* 3. ff. *de eo quod certo loco, Covarruvias variat. resol. lib. 1. cap. 18. n. 6. C. præd. quæst. cap. 7. n. 5.* Brunnemannus ad *d. l. ult. C. de jurisd.* responsa Actor. Holl. part. 14. *confil.* 291.

67. Delicti quidem intuitu forum competentens sortitur reus in loco, in quo crimen commissum, vel

saltem inchoatum est, sive illic invenitur, sive non, *l. C. ubi tenet. vel clariss. l. 1. C. ubi de criminib.* adeo ut & criminum graviorum rei, alibi intercepti, ad locum, in quo facinus perpetratum erat, remittendi fuerint, penam ibi subituri, ut & conspectu deterreantur alii ab iisdem facinorosis, & solatio sit cognatis & affinis interemptorum eodem loco poena reddita in quo latrones homicidia fecissent, *l. capitalium 28. §. pen. ff. de penis, l. desertorem 3. ff. de re militari, & licet illa reorum transmissiones hodiernis moribus inter illos, qui eidem non subsunt Principi, comitatus potius, quam necessitatis sint, ut plenius dicitur *tit. de custod. & exhib. reorum*; tamen cessans transmissionum necessitas non impedit, quo minus nunc iudex loci, in quo scelus perpetratum est, cum illic nec inveniretur delinquens, nec domicilium foveret, nec alibi detentus esset, aut accusatus, edictis publicis absentem adesse jubeat, ut sese sistat, ac adversus accusationem taceatur, ni tanquam contumax condemnari malit, arg. *d. l. C. ubi de crimin. auth. si vero criminis, C. ad l. Im. de adult. viis & stupro, l. ult. ff. de accusat. junct. l. 1. §. praevidet 2. ff. de requirend. reis, Carpovius praet. criminal. part. 3. quæst. 110. n. 45. 46. 47. & seqq. Groenewegen ad leg. 1. C. ubi de criminib. circa fin. Brunneemannus ad l. 7. ff. b. t. num. 5. Jubent sane Impp. in d. l. 1. criminis persecutionem fieri vel ubi commissum est, vel ubi reperiuntur rei: si vero id fieri non posset in loco delicti, nisi illic præsentem reo, totum illud, ubi commissum vel inchoatum est crimen, inutile esset, ac sufficere, reos conveniri posse ubi reperiuntur, sive in domicilii loco, sive in quovis alio, in quo oberrant forte vagabundi. Neque hanc evertunt sententiam ea, quæ plures in contrariam traxerunt opinionem, inter quos est Zangerus de exceptionib. part. 2. cap. 1. n. 449. Berlichius dec. 142. Radelantius Curia Ultraject. dec. ult. pag. 286. & seqq. Quod enim constitutum est, ut in criminali causa actor rei forum sequatur, *l. in criminali 5. C. de jurisdict. omn. jud. quid, quæso, ad questionem nostram, an non & in delicti loco forum competens sit? sequitur actor rei forum etiam tunc, cum eum absentem in loco delicti accusat, quin delicti locus delinquenti forum competens, est sine distinctione, d. l. 1. Cod. ubi de crimin. nihilo plus juvat l. si quondam 15. C. ad leg. Jul. de adult. l. absentem 6. C. de accusation. cum non aliud ibi cautum sit, quam quod in causis capitalibus absens solemniter accusari nequeat; sed adnotari debeat requirendus. Cum vero nostris multorum moribus receptum sit, accusari absentes, ac probatione sufficiente convictos damnari, causa nulla superest, cur non & in loco delicti perpetrati adversus absentem accusatio institueretur, ac decerneretur supplicium, tunc executioni dandum, cum rei damnati copia erit: suadentibus etiam id ipsum iisdem rationibus, propter quas jure Quiritium transmissiones reorum inductas fuisse, paulo ante dictum est. Adde Petrum Bort. van criminale saken, *tit. 1. n. 23. & seqq.****

63. Sed & quocunque alio in loco, in quo reperitur delinquens, eundem recte accusari, Romanis placuit, *d. l. 1. Cod. ubi de criminibus, l. Præses provincie 3. l. congruit 13. ff. de offic. præsidis, Donellus comment. jur. civil. libr. 17. cap. 16. versu hucusque,*

Cancerius var. resol. tom. 2. cap. 2. num. 65. 66. 67. Carpovius praet. criminal. part. 3. quæst. 110. num. 72. & seqq. Jacob. Thomingius dec. 5. circa fin. confer Psittacum Holland. part. 2. *tit. 25. van appol post libellum supplicem 13. pag. mibi 260. & seqq. Petrum Cort van crimin. saken tit. 1. num. 37. & seqq.* ac proinde etiam in loco domicilii, sive ibi, sive extra domicilii locum alibi deliquerit, Struvius ad Pand. b. t. num. 47. Anton. Matthæus de crimin. lib. 48. *tit. 20. cap. 2. num. 8. Qui domicilii locus ad criminum persecutionem usque adeo Hollandis commodissimus visus est, ut constitutum fuerit, incolas Hollandiæ, criminis instimulatos, non nisi a suo iudice ordinario (baren dagelijksen rechter) apprehendi aut judicari posse, quoties neque fugitivi sunt neque flagranti in delicto deprehensi, Placito Ordin. Holland. 15. Sept. 1677. vol. 3. placit. pag. 1385. Petrus Bort. van criminale saken *tit. 1. n. 35. & seqq.* Quod tamen de criminibus extra domicilii quidem locum, sed intra Hollandiam ab Hollandæ commissis intelligendum est: nam si extra Hollandiam deliquisset Hollandus, nihil vetat, quo minus apud iudicem, in cujus territorio delictum perpetratum fuit, quique Batavicus legibus adstrictus non est, accusatus & absens legitimis evocetur edictis juxta ante adstructa; aut etiam detineatur in alio quocunque extra Hollandiam loco, etsi in Hollandia tunc crimen commissum esset, uti cautum a Philippo Hisp. Rege, Hollandiæ tunc Comite, Ordinantio op. de criminale justitia 5. Julii 1570. art. 74. 75. vol. 2. placitor. pag. 1038. 1039.*

69. Plane ad forum competens in criminalibus constituendum haud sufficit, quod delinquens bona immobilia aliquo in loco possideat; si de cetero illic neque domicilium habeat, neque deliquerit, neque apprehensus sit. Etenim rei quidem sita locus forum competens esse potest in civilibus, quoties ea ipsa de re quæstio est, seu res illa petitur, *tit. Cod. ubi in rem actio*; at non, si alterius rei, vel poenæ persecutio sit. Et licet hodierno jure competens iudex fieri possit ex eo, quod adversarius adversarii bona in territorio aliquo invenit, ac publica sistit auctoritate; quia tamen ipsum sistendi jus exorbitans est a jure communi tanquam species quædam executionis ante sententiam, & præcipue ad fovenda intergentes commercia inductum, ut dixi *tit. de in jus voc.* vix est, ut ad crimina jure porrigamus hoc singulare & odiosum rerum sistendarum jus, solius jurisdictionis fundandæ contemplatione. Et sane, si sola ratio possessionis, seu possessio domus alteriusve rei in aliqua civitate neque domicilium faciat, neque idonea sit civilibus possessori muneribus injungendis, seu ad id, ut is ad eum vocetur locum, munera civilia obiturus, *l. libertus 17. §. sola ratio 5. & §. sola domus 13. ff. ad municipalem* etiam sufficiens videri non potest ad id, ut delinquens ad eum citatus locum, criminis diluendi causa teneretur venire: cum non minus intersit reipublicæ munera geri civilia, quam fontes puniri. Parens p. mem. Paulus Voët de statutis sect. 11. cap. 1. num. 7. Nec obstat, quod a nonnullis traditum est, reo ob crimen condemnato, & publicationem bonorum patiente, res ejus immobiles extra territorium condemnantis assit cedere fisco Principis illius, in cujus regione sita sunt. Cum enim id tantum fiat in conse-

quentiam sententia ab alio iudice competente lata, pro cuius iustitia & æquitate dum alii præsumunt locorum aliorum iudices, executionem ejus in suo faciunt territorio quantum ad bona illic sita, non est, quod sana ratione ex eo solo forum competens adstruxeris: quam frequenter enim literis (ut appellat) requisitorialibus rogati iudices exsequantur sententiam a competente iudice alibi latam, ut ut ipsi in causa ipsius cognitione incompetentes manifesto fuerint, quotidiana experientia abunde docet.

70. Quoties autem pluribus in locis secundum jam tradita reus criminis conveniri potest, in tali fori multiplici concursu præventioni locum fore, ratio- nis est: ut enim in aliis, ita & hic, vigilantibus jura scripta sunt, *l. pen. in fine ff. quæ in fraud. credit. sunt ut restitut.* nec immerito huc illud tra- duxeris, quod de popularibus actionibus jure civili traditum, occupantis seu litem contestantis meliorem esse conditionem; nec ceteros amplius ad agendum admitti quam primum unus e populo cœpit iudicium populare movere, *l. sed si 3. ff. de popular. action. junct. l. ut si cui 12. ff. de verbor. signif.* Prævenisse vero censendus est, qui reum criminis depre- hensum aut carceri inlucit, aut alteri qualicumque custodiæ commisit: cum enim in jus vocatio præ- ventioni locum faciat, *l. ult. C. de in jus vocando, l. si quis, posteaquam 7. ff. b. r. eo quod lis ibi fi- nem accipere debet, ubi initium habuit, l. ult. acce- ptum 30. ff. b. r. initium autem habuit a facta in jus vocazione, §. ult. Instit. de pana temere litigant.* non potest non videri prævenisse, qui hanc fecit manus injectionem ac detentionem, adeoque rigido- rem realem in jus vocacionem, Ant. Faber *Cod. lib. 3. tit. 14. defin. 3.* Quin immo, si iudex alius, ve- luti domicilii, reum criminis absentem edicto jam citaverit, alius itidem competens, velut iudex loci, in quo delictum perpetratum est, eundem post fa- ctam priorem citationem apprehenderit, placuit potio- rem fore causam ejus, qui apprehendit, licet verbalis in jus vocatio per alium facta tempore prior sit; cum nova caput sequatur, & crimen personam ubique comitetur, *l. 1. in fine ff. de privatis delictis*, ac non decernendæ tantum, sed & infligendæ poenæ pote- statem habet, qui delinquentem tenet; dum is, qui citationem fecit, supplicium quidem in absentem constituere potest, at haudquaquam executioni dare. Nisi tamen probari possit, reum sponte talem affe- ctasse apprehensionem, poenæ gravioris evitandæ, aut transactionis facilioris ineundæ spe, Jacob. Coren. *consil. 30. Appendix. decis. post. respons. JCor. Moll. part. 3. vol. 1. pag. 23. in pr. Cancreri var. resolut. part. 2. cap. 1. num. 208. 209. Damnouderus præmi- cularum cap. 33. n. 5. 6. Jul. Clarus lib. 5. senten- tiarum §. fin. quest. 34. num. 7. Responsa Jurisc. Holland. part. 2. consil. 319. Carpovius præf. cri- minal. part. 3. quest. 119. num. 93. 99. 100. Brun- nemannus ad l. 7. ff. b. r. num. 5. Quod si iudex alius in crimen quidem jam inquisiverit, sed nec ci- taverit delinquentem nec apprehenderit, alius vero eundem vel injectione manus captivum duxerit, vel abse- tem jussu editis adesce, potior in fori com- petentis & præventionis questione erit, causa ejus, qui prior citavit, cum non a nuda inquisitione, sed ab ipsa in jus vocazione, iudiciorum omnium prin- cipium derivandum sit, *d. §. ult. Instit. de pana te-**

*more litigit.* Anton. Faber *C. lib. 3. tit. 14. defin. 3.* Plura de præventioni in materia criminali vide apud Petrum Bort. *van criminale saken tit. 2.*

71. Neque tantum præventioni huic locus est, quando in dubium est, pluribus in locis reum cri- minis peragi posse, secundum jam exposita; sed & si incertum sit, qui ex causa loci, in quo delictum perpetratum fuit, iudex competens æstimandus sit, dum forte. in territorii duplicis confinio illud com- missum dicitur; nisi quis malit, junctim territorii utriusque iudicem cognoscere debere ac punire; quod tamen multis involutum difficultatibus vix in pra- xim deduci potest. Illum sane solum in tale casu competentem fore, in cujus territorio caput occisi invenitur, vel ubi pedes secundum alios, vel ubi cor, ut quibusdam visum est, ineptum adeo atque ridi- culum, ut resurre pigeat, nec refutationem mereatur. Vide Carpovium *præf. criminal. part. 3. quest. 110. num. 8. seq. ad num. 39.* Bachovium *Treutlerum vol. 1. disput. 19. ib. 4.* Quod si de jurisdictione in criminalibus inter duos iudices superiorem habentes contentio sit, & ea ratione diutius accusationem protelari, reum carceris tædio atque squallore macerari, crimenque suspensum aut impunitum manere contingat, seculo superiore in his regionibus consti- tutum fuit, litem illam criminalem ad tribunal su- perius evocandam esse, salvo cuique suo circa jurisdi- ctionem jure, *Ordinantie op de criminele Justitie 5 Julii 1570. art. 72. 73. Sententien van den Hoogen en Provinciale Rade sent. 45.*

72. Operæ pretium foret, obiter ex usu nostro sub-nectere casus quosdam notabiliores, in quibus crimi- na non promiscue, sed a certis tantum coercentur iudicibus; sed rectius ista inferius inter exempla & species fororum ex privilegio competentium recen- seabimus.

73. Ratione contractus forum competens sortitur reus eo in loco, in quo contractus vel quasi contra- ctus celebratus seu perfectus est, *l. heres 19. §. 1. & seqq. l. 20. l. de eo autem 26. l. argentarium 45. pr. & §. 1. ff. b. r. si modo reus illic invenitur, aut bona habeat quæ possint eo absente ibi iudicis au- thoritate possideri, d. l. heres 19. pr. & §. 1. 2. ff. b. r. cum quo & ius Canonicum consentit, cap. 1. §. contrahentes vero, de foro compet. in 6. & mores hodierni; adeo ut ne ex speciali quidem jurisdictio- nis prorogatione contractui addita contrahens ibi conveniri possit, nisi ipsi aut bonis ipsius in eo loco repertis injecta manu (arrestum dicunt) jurisdictio stabilita sit, Andr. Gayl. *lib. 2. observ. 36. num. 14. Sande dec. Frisic. lib. 1. tit. 1. defin. 3. Ant. Faber Cod. lib. 3. tit. 15. defin. 4. Groenewegen ad l. 2. Cod. de jurisdict. omn. judic. & ad tit. C. ubi convenitur, qui certo loco dare promissit, Struvius ad Pand. b. r. num. 42. Respons. JCor. Holland. part. 3. vol. 2. consil. 174. In eoque forum competens ex contractu distare ab eo, quod est ex delicto, notat Donellus *Comment. jur. civil. lib. 17. cap. 16. vers. alterum est.* Jure tamen singulari inter Hollandos Zelandoque quid convenerit de debitorum Zelando- rum bonis in Hollandia per Hollandos jurisdictio- nis gratia non sistendis, de debitoribus tamen Ze- landis in Hollandico contractus loco repertis ad lit- tis contestationem adigendis, & vice versa, dixi tit. *de in jus vocando.* Vide *Provisione l. accord. tur-***

*ibidem Holland in Zealand 21. Junii 1674. art. 5. & seqq.* Quando vero contractus unusquisque censetur perfectus esse, ex varia contractuum natura, prout vel re vel verbis vel consensu constiterint, dijudicandum est. Plane, si contractus consensu constans inter absentes seu diversis in locis domicilia foveantes nuncio vel litteris celebrari contigerit, commodissimum fuerit, illic contractum censi perfectum ubi litera negotium concludentes acceptatae sunt. Cum enim ad perfectionem contractus requiratur utriusque consensus, eo demum in loco negotium, de quo concludendo tractatur, videri potest perfectum, in quo partis utriusque consensus coniungitur, nuncio aut litteris mittentem ipsum representantibus, perinde ac si ipse ad eum, ad quem absentem litteras dedit, profectus, consensum coram ac praesens praesenti exposuisset: eodem scilicet modo, quo & ex opposito renunciationem societatis per epistolam declarans absenti socio, non ante censetur suum dissensum manifestasse in socii detrimentum, atque ita a societate liberatus esse, quam per redditas litteras innotuerit socio renunciantis voluntas; non secus, ac si is socio absenti se stitisset praesentem, *l. sed & socius 17. §. si absenti 1. ff. pro socio.* Factique in hac sententia, quod vulgo traditum ab interpretibus, litteras, moriente eo qui contrahendi gratia eas miserat, antequam acceptatae essent ab eo, cui inscriptae erant, nec mittentem obligare nec acceptantem, aut alterutri prodesse; cum eo tempore, quo acceptabantur, scribentis mortalitas impedimento fuerit, quo minus concipi queat utriusque in idem placitum consensus, arg. *l. si cum 2. §. pen. ff. de donationibus*, ut pluribus auctorum nominibus confirmat Berlichius *dec. 33. n. 4. & passim.* Quod si, alibi consensu contrahentium interposito, alibi de tali conventionione, probationis gratia instrumentum conscriptum sit, non instrumenti confecti, sed consensus interpositi locus forum competens efficiet ex causa contractus; neque enim ex figura litterarum, sed conventionione obligamur, *l. non figura 38. ff. de oblig. & action. nec assumpta extrinsecus scriptura*, ut, quod actum est, facilius per eam probari possit, contractum aut facit, aut perficit, *l. in re 4. ff. de fide instrum. l. contrahitur 4. ff. de pignor. & hypoth. arg. l. exigere 65. ff. b. t. nisi*, ut contractus in scriptis fieret, placuisse constiterit: cum enim eo placito id efficiatur, ne contractus habeatur perfectus, nisi instrumentum subscriptione partium a liisq. requisitis firmatum, omnibus numeris absolutum sit, *pr. Instit. de emptione vend. l. contractus 17. C. de fide instrument. vix est*, ut non in instrumenti conscripti loco contractus talis credatur celebratus, Zangerus *de exception. part. 2. cap. 1. num. 111. 112.* Sed &, si alibi contractus perfectus sit, ad alium vero locum seu implementum conventionis destinatum, contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur, in quo ut solveret, se obligavit, dummodo & ibi secundum antedicta inventus fuerit, aut bona habeat, *l. contraxisse 21. ff. de oblig. & action. l. put ibi 3. ff. de reb. auctor. jud. possid. l. bares. abiens 19. §. ult. l. exigere 65. ff. b. t. l. unic. C. ubi convenitur qui certo loco dare promissit*, Ant. Faber *Cod. d. lib. 5 tit. 15. def. 4.* Zangerus *de except. part. 2. cap. 1. num. 110.* Jacobus Coren *oberrat. 28. n. 35. & Voet ad Pandect. Tom. II.*

*seqq. Groenewegen ad tit. Cod. ubi convenitur qui certo loco dare promissit.*

74. Quibus porro in locis actione tutelae ad rationes reddendas, aut ex testamento ad legata aut fideicommissa solvenda, vel familiae eriscunda iudicio ad hereditatem dividendam & praestationes personales experiendum sit, ubi iudicium universale concursus inter creditores ventilari debeat, commodius tradetur *tit. familia eriscit. tit. de tutela & ration. distrab. tit. de legatis & fideicommissis. & qui pot. in pignore.* Non tamen ex loco contractus forum competens est, si id nominatim actum fuerit, ut non ibi, sed alibi conveniretur, *l. bares 19. §. proinde 2. ff. b. t.* aut cum advena contractum sit, qui in loco contractus nec domicilium habens, nec tabernam vel officinam conductam, confestum inde discessurus est, sciente id adversario quocum contraxit, *d. l. 19. §. 2. ff. b. t. cuius exemplum etiam est in l. exigere 65. ff. b. t.* quod tamen postremum, inducto per mores sistendi iure, nunc non servatur.

75. Est & forum competens *iurisdictionis prorogatione*, de qua ex professo actum *tit. de iurisdictione num. 14. & sequent. ad num. 38.*

76. Ad hanc ratione rei sita recte de rei proprietate vel possessione quisque experitur in rem actione eo in loco, in quo res, propter quas contenditur, sita aut constituta sunt: sive singulari vindicatione, sive universali hereditatis petitione earum persecutio facienda sit, *l. 2. l. 3. C. tibi in rem actio, l. unic. C. ubi de hereditate agitur*, sive de mobilibus sive de immobilibus agatur rebus; cum & in mobilibus ex praesenti possessione actio sit, *l. non alias 24. §. ult. l. quod legatur 38. ff. b. t.* iure sistendi secundum mores hodiernos adhibito, rebusque in loco, ubi sunt, arresto gravatis, ac possessore alibi degente solemniter citato, Groenewegen *ad l. unic. C. ubi de hereditate agitur.* Neque enim interest, utrum reus ibidem praesens sit, nec ne: nam si legitime citatus possessor sese non sistat, nec rei controversae suscipiat defensionem; in rei indefensa possessionem actor a iudice mittendus est, *d. l. 2. C. ubi in rem actio*, hodie lis etiam principalis post rei contumaciam ex allegatis ab actore ac probatis terminanda, ex notissima praxi. Constat enim, in hac fori competentis causa non tam personae, quam potius rei, quae petitur, rationem haberi, neque reum ad se defendendum, cum ab ejus persona nihil petatur, sed ad defendendum rem venire. Unde & eos, qui alioquin fori gaudent privilegio, de proprietate vel possessione conventos in rei sita loco, non posse per oppositam fori praescriptionem litem ad suum privilegium revocare forum, verius est. Clericum sane hac ratione conventum de re seculari apud secularem iudicem in rei sita loco, teneri ibidem litem excipere, traditum ad Andr. Gayl. *lib. 1. observ. 37. num. 4.* Mynsingero *cent. 1. observ. 22.* Struvio *ad Fand. b. t. num. 49.* Vinnio *select. quart. lib. 1. cap. 13. in pr. Brunnemanno ad l. 3. C. ubi in rem actio.* Et academicum de re in loco studii vocatum ad iudicem ordinarium, ad Rectorem iudicemve Academicum remittendum non esse, post alios scripsit idem Vinnius *d. loco*: quod & Academiae Leydensis statutis articulo 39. cautum est.

77. An autem cum hoc rei sita foro concurrat etiam forum ex domicilio rei possidentis, non adeo expeditum est. Non concurrere, sed præcise tantum in rei sita loco ventilandas esse de proprietate vel possessione controversias, multis contendit Donellus *comment. jur. civil. libr. 17. cap. 17. Stockmans Curia Brabant. decis. 136.* Contra, concursus admittendum esse, electione auctori data, an in domiciliis an situs loco expeiri desideret, aliis placuit, inter quos Joh. Deckherus *lib. 2. dissert. 10. n. 15.* Menochius *de adipiscenda posses. remed. 4. num. 402. 403.* Struvius *ad Pand. b. t. num. 52.* Vinnio *quæst. libr. 1. cap. 18.* Brunnemannus *ad l. 3. C. ubi in rem actio*, ab utrisque recedit ex parte Cujacius *lib. 5. observ. 19.* Neque religio mihi est, medium quodammodo hic ingredi viam. Etenim mobilia non in loco tantum, in quo sunt, sed & alibi, ubi forum competens reus sortitur, rei vindicatione peti posse, evidenter colligitur ex §. 2. & 3. *Inst. de off. judic. l. si res mobilis 10. l. 11. & 12. ff. de rei vindicat.* in quibus dum Jurisconsulti quarunt, ubi restitutio rei mobilis vindicatz faciendâ sit, ac definiunt, eam, si præsens non sit, nec lite pendente dolo malo rei ab eo loco, in quo lis contestata, translata fuerit, restitui posse vel in loco, ubi agitur, vel in loco, ubi res est, & ubi eam tum bonæ tum malæ fidei possessor natus est; hoc ipso dolo distincta considerant loca, alterum, in quo res est, & in quo non erat actum, alterum in quo de re mobili absente litis contestatio facta erat. Commodior autem non erat agendi locus de re mobili extra situs locum, quam in quo possessor domicilium fovebat; quippe cum aliis plerisque concurrat specialibus fori competentis causis. Et hanc ipsam fuisse mentem Imperatorum in *l. ult. C. ubi, in rem actio*, persuasum habeo; ajunt enim: *Autor rei forum, sive in rem, sive in personam sit actio, sequitur. Sed et in locis, in quibus res, propter quas contenditur, constituta sunt, jubemus in rem actionem adversus possidentem moveri.* Agunt de rebus, quæ in aliquo loco constituta sunt, quod mobilium est, aut personarum, quæ in loco, in certa provincia, constituta perhibentur in *l. 1. C. ubi in rem actio*, non item immobilium, quippe quæ minus accurate, minus saltem proprie, in aliquo loco constitui aut constituta esse dicuntur; rectius, *sita esse, l. 2. C. eod. tit. ubi in rem actio.* De his mobilibus in certo loco constitutis ajunt, *auctorem sequi forum rei, sive in rem, sive in personam actio sit; sequitur vero auctor forum rei, cum eundem in domiciliis loco interpellat, hanc enim interpretationem ea verba recipere patet, tum ex l. juris ordinum 2. C. de juridict. omn. judic. tum ex eo, quod conjunguntur in d. l. ult. actiones in personam & in rem; at, quin in personam actiones in domiciliis loco jure optimo moveantur, dubium nulli est. Sed ne solus domiciliis locus videretur ad forum competens constituendum idoneus, subjungunt Imperatores in d. l. ult. & alterum, in quo res controversæ constitutz sunt; conjunctione illa; *sed & in locis illis, in quibus &c.* Nec abhorret hæc sententia a juris rationibus: nam, cum mobilia nulli certo loco alligata sint, sed restitutionem ubicunque recipiant, arbitrio judicis aut etiam rei victi, de loco in locum transferenda, po-*

tuit efficaciter judex reum, domiciliis intuitu sibi subiectum, ad restitutionem rei mobilis in quocunque idoneo, ac vel ipso domiciliis loco, faciendam dammare; *d. l. 10. 11. 12. ff. de rei vindicat.* Eoque facit, quod ab interpretibus communiter est traditum, mobilia personam comitari; ac censeri illic esse quantum ad effectus juris, ubi dominus ipsorum domicilium fovet, etsi naturaliter alibi constituta essent. Neque hanc de rebus mobilibus opinionem evertit *l. quod legatur 57. ff. b. t.* Etenim Vinnio in *d. lib. 1. select. quæst. cap. 18.* responderi potest, Jurisconsultum, agentem, etiam ibi peti debet, ubi res est, vim & effectum solutionis respicere; quia, si alibi petatur, hæres tamen eo loco, ubi res sine hæredis facto est, solvere eam potest, convenienter *d. leg. 10. 11. 12. ff. de rei vindicat.* Constat utique; in *d. l. 33. id quod in fine legis dicitur, peti debere ubi res est*, in principio ejusdem legis expressum esse per *actionem*, quæ ad *exactionem* sequi debeat, *ibi, ubi res est.* Contra se res habet in immobilibus, quæ certo adstricta locò, situm ex possessoris voluntate judicisve decreto mutare, vel aliorum transferri, natura vocat. Cum ergo non alibi, quam ubi perenniter sita manebunt, ratione naturali possint restitui, etiam congruum fuit, non alium competentem actionis, quæ in rem immobilem est, judicem esse, quam qui imperio & jurisdictione sua posset possessione spoliare reum, contumaciter judicato satisfacere detrectantem, adhibita etiam militari manu; juxta *l. qui restitueret 68. de rei vindicat. l. si quis mixtus 3. ff. de viis publicis, qui in possess. erit.* Qua ratione etiam a Paulo traditum, eum, qui possidere jubetur, eo loco jussum videri, *cujus cura ad jubentem perinet*, dum non erat in jubentis potestate inducere manu militari in possessionem rerum, nisi quæ in territorio ejus sitæ erant, *l. cum unus 12. §. si qui possidere 1. ff. de reb. auctior. jud. possid.* Et his convenienter a Constantino in *l. 2. C. ubi in rem actio*, rescriptum est, eum, qui alterius nomine quolibet modo possidentem immobilem rem, litem ab aliquo per in rem actionem sustinet, debere statim dominum nominare, ut is, sive in eadem civitate, sive in alia degat, intra certum tempus a judice definiendum, vel ipse in loca, in quibus prædium situm est, perveniens, vel procuratorem mittens, intentionem auctoris excipiat. Eademque Imperatoris sententia est in *l. unic. C. ubi de possessione*; dum ajunt, *convenire, ut adversus eum, qui possessionem turbavit, judicet judex loci, ubi vis facta dicitur, aut momentanea possessio postulanda est, intentato scilicet interdicto unde vi, in solis immobilibus locum habente, Neostadius Curia supr. decis. 114.* Adde Burgundum *ad consuet. Flandria tract. 5. n. 8.* Responsa Actor. Holl. part. 5. consil. 33. in pr. Neque turbatur hæc nostra de immobilibus assertio ex eo, quod hæreditatis petitio non tantum in loco, in quo res hæreditariz sita sunt, sed & ubi domicilium reus habet, intentari possit, *l. unic. C. ubi de hæreditate agatur*, si modo consideremus, hæreditatis petitionem non esse meram in rem actionem, sed & simul in personam, adeoque mixtam; mixta ergo hujus actionis personalis ratio efficit, ut ita ab Imperatoribus responsum sit. Uti enim de hac ipsa actione mixta alibi rescriptum fuit, longi temporis

prescriptione eam non summoventur, eodem modo, quo non summoventur longi temporis prescriptione plerique in personam actiones; addita etiam ratione, quod mixta personalis actionis natura id respondere compellat; cum contrarium in ceteris specialibus in rem actionibus servaretur, *l. hereditatis 7. C. de petit. hered. l. 1. C. de annali except.* ita, cum ex obligatione conveniri regulariter unusquisque posset in domicili loco, etsi nec res praestanda illic inveniretur, nec contractus esset celebratus, *l. heredes 19. §. ult. ff. b. t. l. juris ordinem 2. C. de jurisdiction. omn. judic.* justum fuit, ut hac actio, etiam ex obligatione nata, haecenus personalis, in eo quoque ceteris exzquaretur in personam actionibus, ut non modo illic, ubi res sita est, sed & in loco domicili rei posset moveri, & ita res ipsa simul cum praestationibus personalibus in alterutro loco peti, *Langerus de exception. part. 2. cap. 2. cap. 1. num. 294. & seqq. Meyerus colleg. Argentorat. ad Pand. b. t. numer. 237. 239. 240.*

78. Reconventio insuper, seu mutua petitio, qua reus vicissim quid ab actore petit ex eadem vel diversa causa, forum competens efficit: aequum enim visum fuit, ut iudicem tanquam idoneum agnoscat unusquisque tanquam reus, quem tanquam actor etiamnum agnoscit; (nisi eum in causa reconventionis possit suspectum arguere, *nov. 96. cap. illud quoque 2. frustra dissentiente Carpio, dum exceptiones iudicis non competentis & iudicis suspecti imprudenter confudit, defin. for. part. 1. constit. 7. defin. 3.*) in tantum, ut & tanquam actor repellendus sit, qui causam reconventionis excipere tanquam reus recusat, neque reus ultra procedere teneatur in causa conventionis, si conventus nolit ad mutuam respondere petitionem, *l. si idem 11. §. sed & si 1. ff. de jurisdiction. l. cui non cogitur 22. ff. b. t. l. cum Papinianus 14. & auct. & consequenter. C. de remiss. & interloc. omn. judic. d. nov. 96. c. 2.* Quin etiam adversus eum non respondentem in reconventionem, ut contumacem, reus causam tum conventionis cum reconventionis urgere potest: neque enim actori liberum est, liti a se inchoata renunciare, ut reconventionis iudicium declinet; & si maxime a sua petitione in universum desistat, mutuas tamen petitionis intuitu apud eundem iudicem teneretur litigare, quasi praeventus, Matthaeus de Afflictis decis. 173. numer. 5. Christinus vol. 4. decis. 94. n. 5. Sande decis. Friic. libr. 1. tit. 18. defin. unic. Wassenar pract. judic. cap. 3. num. 4. etiamsi id usu inductum inveniretur, ut causa reconventionis non nisi post finitam conventionis causam agitanda foret, ut id in Saxonia obtinuit, Berlichius part. 1. conclus. pract. 22. num. 64. & seqq. Nec refert, una an pluribus actionibus uno libello cumulatis (quod hodie licere, dictum sit de edendo) reus actorem reconvenire velit. Uti nec interest, utrum ex conventionem, an ex delicto reconventio fiat, aut etiam ex crimine publico, in quantum sit, qui latus est, adversus delinquentem ad penam pecuniariam sibi ex juris Romani praecipis applicandam, vel ex nostro usu ad id quod interest, contendit, *l. 1. C. rerum amotarum, arg. l. si ambo 10. §. quotiens 2. ff. de compensat. Berlichius part. 1. conclus. 22. n. 30.* Qua ratione etiam in actione injuriarum mutuas petitiones, admitti

apud nos receptum est. Vide van Alphen's Papegay part. 1. cap. 1. cap. 8. circa fin. pag. mibi 96. uti & apud Saxones, teste Carpiovio defin. for. part. constit. 7. defin. 13. idque in quantum actione injuriarum conventus contendit, se magis injuriam perpassum esse, quam intulisse; nam ut in injuriarum actione conventus, non ex injuria, sed vel ex contractu, vel alia simili causa, reconventionem faceret, haud visum fuit permittendum; alioquin enim, (ut cum Juliano Ulpianus eleganter ait) impune contumeliis & damnis homines afficerentur, aut erit in potestate cujusque, pulsando eos, subjicere eos jurisdictioni, dum se vindicant, *l. consentire 2. §. item in extra 5. ff. b. t. Cancerius var. resolut. part. 2. cap. 13. num. 59.* Non etiam impeditur unus ex pluribus reis, puta cohæredibus simul conventis, reconvenire actorem ex negotio, quod ipsi soli cum actore intercessit, nec ei cum ceteris ejusdem litis consortibus commune est. Et vice versa idem obtinet, si unus a pluribus cohæredibus actione quadam hæreditaria conventus, unum ex heredibus alia ex causa vicissim debentem, mutua velit impetere conventio. Cum enim nomina & actiones ipsa jure inter cohæres divisa sint, ac singuli separatim pro portione hæreditaria debeant, ipsive debeatur, *l. 2. §. ult. l. 4. l. 25. §. 9. 13. ff. famil. ercisc.* consequens est, ut etsi simul agant aut conveniantur, perinde tamen considerandi veniant, ac si singuli seorsim actionem intentassent, aut excepissent intentatam; tot denique videri debeant actiones motæ, quot personæ simul agunt aut conveniuntur, sic ut & singuli hæredes separatim pro sua quisque parte ager ac conveniri queant, *l. 1. §. si pecunia 36. ff. depositi, l. 1. C. de exception. arg. §. quot. 18. Instit. de inutil. stipulat. l. scire debemus 29. l. quod dicitur 86. ff. de verbor. oblig. l. quia dicitur 32. ff. de eviction. Berlichius part. 1. conclus. pract. 22. num. 14.*

79. Observandum interim, neminem invitum constringi posse, ut apud eundem iudicem, coram quo conventus est, vicissim ab actore petat. Cum enim supra monitum sit, actoris electionem esse, quo in loco reum, pluribus in locis forum competens sortientem, convenire malit; atque insuper in ipsius rei conventi utilitatem excogitatum sit reconventionis faciendæ jus; absurdum fuerit, eum hac privari electione, aut invitum ad id adigi, ut suo uteretur beneficio, cui unusquisque secundum juris principia potest renunciare. Si tamen reconvenire nolit, ius Romanum hanc ei imponit necessitatem, ut litem alio coram iudice non ante moveat, quam post litis prioris illatz finem, *novell. 96. cap. 2.* Jus quoque canonicum eandem necessitatem reo videtur imponere, nisi iudicem illum in reconventionis causa suspectum habeat, *cap. dispendia 3. de rescriptis in 6. Quæ, an & nostris moribus conveniant, haud immerito addubites; cum inter duos eodem tempore plures diversis in locis lites intercedere, quotidianum sit. Vide Merulam praxi, lib. 4. tit. 43. cap. 1.*

80. Sed nec illud negligendum, neque omni tempore, neque adversus omnes actores, neque apud omnem iudicem, nec denique omni in actione, reconventionem promiscue admissam esse. Tempus quod attinet, etsi consultius reo sit, statim in ipso litis ingressu reconventionem facere, ad id ut pari passu

lis utraque procedat, de quo in sequentibus *num. 88.* tamen & postea in quavis iudicii parte eandem fieri nihil vetat dummodo meminerimus, tunc non ita eadem sententia litem reconventionis simul dirimendam esse: durat enim, pendente conventionis lite, eadem aequitatis ratio, quae reconventionem introduci suavit; ut nempe actor iudicem non dedignetur tanquam inidoneum in reconventionem, quem in conventionem ut idoneum agnovit. Quae sententia, uti juri canonico conveniens est, *cap. dispensa 3. de rescriptis in 6.* quo scriptum est, *reum, si durante eodem iudicio actorem sibi obnoxium dixerit, reconventionis beneficio apud eundem iudicem experiri*; ita & juri civili congruit; dum generaliter definitum, *eum, qui non cogitur in aliquo loco iudicium pati, si ipse sibi agat, cogendum actionem accipere, l. qui non cogitur 22. ff. b. t.* neutro scilicet jure distinctio temporis invenitur proposita, sed utrobique generalis definitio est, *durante iudicio, & si ipse agat*, adeoque non tantum in litis exordio, sed & in omni iudicii parte, Ac ne Justinianus quidem distinctione temporis circa reconveniendi potestatem usus est, sed & ipse simpliciter eam ad forum competens constituendum admisit, *l. cum Papinianus 14. C. de sens. & interlocut. omni. judic.* denique verbis satis manifestis id Papinianus significat, dum ait, in rem suam datum procuratorem, *post litem contestationem si vice mutua conveniatur*, compensationis aequitate usurum, *l. in rem suam 14. ff. de compensatione.* illa enim verba, *post litem contestationem*, neque recte conjunguntur cum primis legis istius verbis, quasi sensus esset, tum compensationis locum esse, cum post litem contestatam, quibus procurator in rem suam datus est. Neque etiam cum postremis, quasi Ictus voluisset post litem demum contestatam posse obijci compensationem ab eo, qui in rem suam procurator constitutus est: nam & ante litem contestatam recte quemque in rem suam constitui procuratorem, certum est, & compensatione uti, dicitur *tit. de compensatione*, ac colligi potest arg. *l. si delegatio 3. Cod. de novat. l. procurat. 55. ff. de procurat.* Ut proinde non aliud restet, quam ut *litem contestationem* ad ipsam referamus mutuam petitionem, tanquam lite jam contestata adhuc permissam. Quod autem in *novell. 96. cap. 2. ab Imperatore constitutum est*, reum, si sibi obnoxium arbitretur eum, a quo conventus est, eundem *mox a principio* debere reconvenire, non alio pertinet, quam ad id, ut lis utraque simul decurrat, seu, ut Imp. ait, *similiter lit utraque exerceatur.* Et si ergo reconventio, post litem demum contestatam cepta, illud non operetur, ut simul utriusque disceptationi eodem temporis finis imponatur; efficit tamen, ut actor nequeat declinatoriam fori exceptionem sese iudicis ejusdem cognitioni subducere ac jurisdictioni. Vide varie sentientes Berlichium *part. 1. concl. praef. 22. n. 43. & seqq.* Canevium *var. resolut. part. 2. cap. 13. num. 2. & seqq.* Christinum ad *leg. Moabitin. tit. 1. art. 24. n. 4. & seqq.* & *vol. 4. dec. 94. num. 6. 7. Merulam praei lib. 4. tit. 43. cap. 2. & 4. Carpiovium defn. forens. part. 1. constit. 7. defn. 2. Zangerum de exception. part. 2. cap. 1. num. 583. Leeuwen cons. for. part. 2. lib. 1. cap. 27. num. 4.* Post litem conventionis, jam judicialia sententia terminatam, reconventionem frustra fieri, inter omnes fere convenit: neque enim

ullo tempore mutuae petitiones dici possunt, quarum una jam finem habuit, antequam alterius initium esset, *Sande decr. Friis. lib. 1. tit. 6. defn. 2.* Sed nec in appellatione a sententia definitiva, si praetermissa fuerit in prima lite, *Psitracus Hollandiae tit. 25. van Appel. pag. mibi 303. in pr. non ea quidem ratione, quae est apud Ant. Fabrum Cod. lib. 8. tit. 24. defn. 2. in fine*, quasi reconventio ante litem contestatam fieri debeat, per appellationem autem iudicatum quidem, at non litis contestatio extinguitur: contrarium enim jam demonstratum est: sed potius, quod iudex in appellatione de eo tantum cognoscere debeat ac definire, utrum a iudice inferiore recte an perperam iudicatum sit, atque adeo officium ejus haudquaquam sese possit extendere ad ea, de quibus in prima lite neque cognitio interposita, neque sententia lata est. Confirmatque hanc sententiam Papinianus ac Ulpianus, dum ajunt, illum, qui provocationis interposita gratia Romam venit, non adigendum, ut aliam illic litem excipiat, sed jus revocandi domum habere; ratione addita, quoniam ob aliam causam eo venerat vel evocatus erat, *l. consensisse 2. §. legis 3. vers. si quoque ff. b. t. l. ad cognitionem 13. ff. quib. ex causis in possess. eatur.* Berlichius *part. 1. praef. conclus. 22. num. 22. Sande decr. Friis. lib. 1. tit. 6. defn. 1. Leeuwen cons. for. part. 2. lib. 1. cap. 27. n. 5.* Quibus non adversantur quae a Wilhelmo Grotio in manu duct. ad praxin Batavic. *lib. 1. cap. 9. num. 24.* tradita & usu quotidiano evidenter sunt, posse scilicet eum, adversus quem appellatio ad iudicem superiorem facta est, etiam vicissim appellatione uti, & ita quasi reconvenire appellantem, ubi non omnia sibi ex voto adjudicata videt, (vulgo *grieven a minima proponeren*) neque enim ista reconventionis species appellationi adversa est; cum hic iudex superior non de aliis iudicium interponat quam quae prima fuerant lite decisa. Circa tempus tamen reconventionis faciendae (ut hoc addam) Instructione Curiae Flandricae *art. 303.* cautum invenio, post litem plene contestatam admittendum non esse reum, invito actore, ad faciendam reconventionem. Contra, jure Saxonico, non nisi finita lite conventionis, reconventionem fieri placuit, teste Berlichio *conclus. praef. part. 1. concl. 20. n. 53. & seqq.* Carpiovius *def. for. part. 1. constit. 7. defn. 7.*

31. Non etiam adversus omnes actores reconventionem institui posse constat, sed demum, si nomine proprio actionem intentaverint. Proinde etsi tutor, curator, procurator, administrator, alique similes pro pupillis ac aliis, quorum curant negotia, agentes, reconveniri quidem possint de eo, quod vicissim pupilli ac reliqui, pro quibus in iudicio consistunt, reo convento dicuntur debere; non tamen de eo ad quod dandum, faciendum, praestandum, restituendum ipsi nomine suo proprio, non qua tutores aut administratores, obligati sunt; ne, dum forte reconventionis metu ipsam conventionis litem intentare reformidant, ac differunt, commoda pupillorum, eorumque, quorum res gerunt, neglecta deperant. Uti vice versa tales suo nomine proprie experiuntur reconventionem pati non tenentur de eo, quod, reo convento debitum ab his, quorum tutelam aut negotia tractant. Eoque facit, quod tutori, pupillorum nomine petenti, nullo jure obijciatur compensatio pecuniae, quam ipse tutor



suo nomine adversario debet, *l. pen. ff. de compensat. Caneius varior. resolut. part. 2. caput. 13. numerum 51. & seqq. vers. quarto secundo*, Berlichius *d. part. 1. concl. pract. 22. numerum 12. 13. Carpovius defin. forens. part. 1. constit. 7. defin. 6. Brunemannus ad l. 33. §. 3. & 4. ff. de procurat. Lecuven cons. for. part. 2. liber 1. caput 27. numerum 6.*

82. Sed nec unus ex sociis, communi societatis nomine actionem movens, reconventionem pati tenetur nomine ejus, quod ipse privatim, non societatis intuitu, reo debet; aut vice versa tum, quia nec compensationem in tali casu admitti censent, ut dicam *ut de compensat. tum*, quia non ita singuli socii, ut quidem heredes singuli secundum ante dicta, tanquam actores separati considerari possunt, nec pro sociorum numero multiplicati censentur actores aut actiones, quando societatis nomine lis movetur, sed magis una actio est universitatis sociorum; quemadmodum non multiplex, sed una tantum obligatio & actio est, cum non res singula, sed rerum universitas in conventionem deducta est, *l. scire debemus 20. l. quod dicitur 86. ff. de verbor. obligat. tum denique*, quia universitati sociorum debitum non singulis, quia singulis, debitum est, *arg. l. sicut 7. §. 1. ff. quod cuiusque universit. nomine*, nec reus conventus tam cum actore, quam potius cum societate contraxisse videtur; ac proinde alia qualitate reconveniretur actor quam qua Primitivus cepit experiri; agendo scilicet societatem ac socios conjunctim representans, in conventionem autem ex propria tantum persona privatim consideratus. Berlichius *d. part. 1. concl. pract. 22. num. 15.*

83. Similiter nec actor reconventionem pati tenetur ab eo, quem reus ad sui defensionem vocavit, ut puta, si emptor aliisque similis de re sibi vendita, aut aliis ex causis quæ sita litens auctori demanciaverit, ut sibi assistat, aut se defendat, ac ab ea actione, qua convenitur, præstet indemnem. Cum enim actor in conventionem nullam auctori, sed emptori similibusque litem moverit, absurdum esset, auctorem nulla lite ab actore interpellatum, reconventionem facere, quæ utique præcedentem supponit ac requirit conventionem, Caneius *varior. resolut. part. 2. cap. 13. circa fin. num. 61. & seqq. versau. tandem*. Secus quam obtineret, si auctor ab emptore, & similibus vocatus, ut liti assistat, vocantem ipsum vellet reconvenire: est enim eo casu emptor non alio quam actoris loco habendus, auctor vero considerandus tanquam reus; adeoque deesse tunc nequaquam videntur termini habiles ad mutua petitionem movendam, Christinus *vol. 4. dec. 94. n. 5.*

84. Quod si in rem suam constitutus, procurator actione cessa agat, non aliter reconventionem, quam cedens pati debuerat, ipse pati, ac defendere cessionarium tenetur, quam si in fraudem eorum, qui invicem agere vellent, negotium gestum sit; si modo hic procurator in rem suam non cassis directis, sed utilibus actionibus, experiat. Sciendum enī, eos, quibus nomen aut venditum aut donatum aut legatum est, non modo procuratorio nomine directas actiones, ex cessione sibi quasitas, in iudicium deducere, sed & utiles velut sibi proprias suo nomine posse intentare; sive hereditate vendita de actioni-

ubi quisque &amp;c.

bus hereditariis quæstio sit, sive singulare nomen titulo singulari fuerit translatum, *l. emptor hereditatis 5. l. 7. l. 8. l. 9. C. de hered. vel act. vend. l. si cum emptore 16. ff. de pactis*. Ubi ergo utilibus cessionarius contendit actionibus, cum non alium representet, sed suo nomine in lite subsistat, æquum visum non fuit, eum reconventionem adstringi ad subeundam cedentis defensionem, cujus personam non sustinebat in conventionem; nisi fraude probata, cui nullum a legibus patrocinium est, *arg. l. si quis in rem 34. ff. de procurator*. Sed si in rem suam constitutus procuratorio nomine, atque adeo directis actionibus mandatis, agat; distinguendum, utrum necessitate cogente, an ex libera voluntate cessio facta sit. Si ex necessitate, reconventionis causam, qua cedenti poterat moveri, suscipere non compellitur, *l. servum 33. §. ul. ff. de procurat.*, veluti si iudicio familia eriscunda nomina hereditaria uni ex heredibus adjudicata sint, *l. plane 3. ff. famil. erisc.* vel uni ex pluribus tutoribus aut fidejussoribus solidum solvere parato per pupillum aut creditorem actiones contra reliquos contutores aut confidejussores cessæ fuerint; vel alia quacumque ex causa contingerit actiones mandari, ad id, ut vel indemnitate consequatur mandataris, vel damni, alioquin ob cessionem non factam imminens, periculum evitet. Neque hæc juris nostri definitio ratione destituitur: etsi enim regulariter mandatas exercens actiones eo jure uti debeat, quo is, cujus persona fungitur, *l. emptor 5. C. de hered. vel. act. vendita*, novum tamen non est, ut subveniat hominibus, ex necessitate quid facientibus, quibus, non succurreretur, si sponte sua accessissent ad illud faciendum; uti id evincunt exempla in *l. si fidejussor 7. §. 1. l. de die 8. §. tutor 5. ff. qui satisd. cog. l. & si post tres 8. §. si qui caution. in jud. sist. causa facti. non ob temp. junct. l. stipulatio ista 33. §. alteri 19. de verbor. obligat. Sander de cessione actionum cap. 10. n. 4. & 5. Berlichius part. 1. conclus. practice. 22. n. 23.* Hæc ita in cessione necessaria; sin a libero processerit arbitrio actionum mandatum, nonnullis placuit, procuratori in rem suam indistincte impositam esse necessitatem excipiendi reconventionem, quæ ante cessionem ipsi potuerat cedenti inferri, Ant. Fab. *conject. lib. 14. cap. 10. Donell. comment. jur. civil. lib. 18. cap. 13. ante. mod. versau. sed tamen hoc*, Sander *de cessione actionum cap. 10. num. 3. 7. & seqq.* Sed ne vel emendationi temere nimis cum Fabro indulgeamus, vel cum Donello ac Sandio frustra simus in querenda cessionis necessitate, quæ vere nulla est in facti speciebus in *l. si quis in rem 34. l. pater filio 70. ff. de procurator. religio mihi fuerit*; a vulgata recedere interpretum sententia, distinguendum intercessionem voluntariam, quæ ex titulo oneroso, & eam, quæ ex lucrativo secuta est. Ut, si ex titulo oneroso interposita fuerit, non aliter reconventio & cedentis defensio cessionario imponenda sit, quam si in fraudem reconventionis actionum cessio fabricata doceatur: sin ex lucrativa causa, omni modo cessionarius ad causam quoque reconventionis ex capite cedentis defendendam compelli debeat. Priorem sane distinctionis assertionem satis evincit, *d. l. 34. ff. de procurat.* de emptore hereditatis tractans, qui, ut ex libera voluntate eam emit, nullo imminente rei familiaris dam-

no, etsi ab ea abstinuisset emptione; ita & sequelam venditionis, actionum nempe hæreditariarum cessionem & exercitium sponte sua obtinuisse credendum est, nisi quis eadem ratione omnium actionum venditarum cessionem acquisitioni ex necessitate factæ voluerit accessitum; quod, quantum a vero recedat, supervacuum est dicere. Posterius membrum evidenter apparet ex *d. l. pater filio 70. ff. de procurator. ubi* is cui nomen ex lucrativa fideicommissi causa relictum fuerat, non aliter mandata per hæreses actione uti potest, quam si eosdem defendat adversus eum ipsum debitorem, cui hæreses illi ex alia ejusdem defuncti testatoris hæreditaria causa, veluti tutelæ administratione, obnoxii fuerant. Et quid quæso justius, quam ut is, qui ex alieno capite commodum sentit, illudque in judicio persequitur, incommoda quoque sentiat, ac defendat eodem judicio eum, ex cujus beneficio ac liberalitate jus agendi habet; arg. *l. secundum naturam 10. ff. de regul. juris*, aut quid, obsecro, interest, utrum quis ex capite cedentis patiaturs reconventionem, an ex ejusdem cedentis persona doli exceptione opposita repulsam ferat; & tamen indubium est, eum quidem, qui ex lucrativa causa, non item eum, qui ex onerosa procurator in rem suam factus est, exceptione doli per cedentem commissi repelli posse, *l. apud Celsum 4. §. si cum legitima 28. in fine & 92. ff. de doli mali & met. excepti.* Neque hanc inter cessiones ex causa onerosa & lucrativa factas distinctionem impugnât Ulpianus in *l. servum 33. §. ult. ff. de procurator. generaliter definiens, procuratorem in rem suam ad hoc debere mandantem defendere.* Nam, cum illa regula restringatur limitatione una mox in eodem §. ult. subjuncta, *nisi forte ex necessitate fuerit factus procurator in rem suam;* atque insuper altera per Gajum in sequenti lege 34. proposita, scilicet, nisi bona fide & non in fraudem eorum, qui invicem agere vellent, cessio ex causa emtionis, adeoque titulo oneroso facta sit; consequens est, regulam illam Ulpiani, de procuratore in rem suam constituto conceptam, veritatem non invenire, nisi in cessionibus ex causa lucrativa factis, itemque in illis, quæ ex causa quidem onerosa, sed in fraudem reconventionis, ac ejus eludendæ gratia, erant interpositæ.

85. Sed nec apud omnem judicem reconventio recte fit. Etsi enim nihil intersit, utrum judex ordinarius an delegatus sit, aut etiam certis tantum causis judicandis constitutus, quoties reconventio etiam ex tali causa fit, quæ ejus potestati & cognitioni commissæ est, arg. *l. cum Papinianus 14. C. de sent. & interlocut. cap. 1. extra, de mutuis petitionibus, Andr. Gayl. lib. 1. observ. 35. num. ult.* Menochius de *arbitrar. judic. libr. 1. quest. 44. num. 2. & seqq.* non tamen indulgendum est, reconventionem fieri apud eos de causis talibus, quæ ne ex speciali quidem jurisdictionis prorogatione possent per eos determinari: veluti si conventus apud judicem ordinarium de re non feudali, adversarium vellet de re feudali (cujus peculiarem judicem esse, post dicitur) reconvenire; aut vice versa de re feudali apud judicem feudalem imperitus, eundem de negotio ad ordinarii judicis notionem pertinente tentaret vicissim interpellare. Quod & aperte constitutum apud Hollandos Instructione novissima Curie Feudalis Hollandicæ 7. Aprilis 1631. art. 9. vol. 2. placitor.

Holl. pag. 2643. si modo prima instantia, & non per appellationem, curia cognoscat. Idemque jus est in causis omnibus, quæ judicium ordinariarum jurisdictioni subduktæ, peculiarem ex legislatoris authoritate judicem sortitæ sunt, si de his non ita jurisdictioni judicis ordinarii relictis mutua petitio apud eum institueretur; aut contra, veluti in Hollandia alibique de causa possessionis, Carpovius definit. *forens. part. 1. constit. 7. defin. 3. num. 3. & seqq.* Berlichius *practic. conclus. part. 1. conclus. 12. num. 18. 19.* Neostadius *Cur. sup. decr. 127.* Menochius de *arbitrar. judic. lib. 1. cap. 44. num. 11. & seqq.* Mynsingerus *cent. 4. observ. 90.* Andr. Gayl. *lib. 1. observ. 40. num. 6. & seqq.* Zangerus de *exceptionibus part. 2. cap. 1. n. 373. & seqq.* hocque faciunt, quæ tradidi *tit. de jurisdictione*, circa prorogationem. Dissident. Cancerius *var. resolut. part. 2. cap. 13. num. 55. & seqq.* vers. *quæro decimo.* Quod si quantitatibus intuitu judicis potestas limitata sit, uti ex prorogatione per litigantes facta etiam de majori quantitate judicare potuit, *l. inter convenientes 24. ff. ad municipal. l. de qua re 74. §. 1. ff. b. s. ita & ex reconventionem;* sic ut is, qui quantitatem minorem petit, judicis potestatem non excedentem, recte mutua conveniatur actione, ad eam quantitatem tendente, quæ supra judicis istius jurisdictionem est, *l. si idem 11. §. 1. & seqq. ff. de jurisdictione*, nisi judicibus delegatis causæ minores demandatæ fuerint, justitiae promptius faciliusque expediendæ gratia, majoris quantitatis negotiis ordinario judici reservatis: tunc enim, uti prorogatio admittenda non est, per rationes in *tit. de jurisdictione num. 35.* propositas, ita nec reconventionem admitti, ex iisdem fundamentis praxis est, quoties praxis contraria non apparet, Carpovius *defin. for. part. 1. constit. 7. defin. 4. n. 3. & seqq.* Confer Christinum ad *leg. Moabliniens. tit. 1. artic. 16. n. 2. & seqq.*

86. Denique nec omnibus in causis reconventio probata est. Etenim, implorato tantum extra ordinem judicis officio, sic ut illa imploratio non sit actionis loco, neque tendat ad rei jurisve nostri persequutionem, sed tantum ad actum aliquem expediendum, velut insinuationem alteri faciendam, aut simile quid, reconventio admittenda non videtur; cum reconventio præcedentem requirat conventionem, conventio autem judicialis non sit, ubi nihil ab adversario petitur, nullave actio instituta, arg. *l. liberus 14. l. 15. ff. de in jus vocando, l. quarissimum 5. ff. ad Senatuscons. Turpellian. Sande decr. Frisic. lib. 1. tit. 6. defin. 3.* Sed si imploratio extraordinaria auxilii judicialis, actionem contineat, aut actionis vim, seu juris nostri a tertio persequutionem, nihil vetat, quominus mutua petitio admittenda foret, etiamsi causa petitionis non observato solito judiciorum ordine, sed de plano vel summarie expedienda veniat: nam & eum, qui vel interdictio vel præjudiciali actione experitur, vel legatorum aut damni infecti nomine cautionem postulat, reconventum, defendere cogendum, Ulpianus notat, *l. sed & hoc 35. §. non solum 2. ff. de procurat., & extraordinaria de salariis petitio apud presidem facta efficit, ut de mutuis quoque petitionibus idem jure judicet, l. 1. §. ult. ff. de extraord. cognit. Sande d. loco, ac quamvis in deposito, & causis momentaneæ possessionis seu spoli, compensatio non admittatur, ne retardetur, l. pen. C. de depositis l. ult. §. 1. C. de compensat.*

cap. 2. extra, de restit. spoliat. cap. ult. extra, de ordin. cognit. quo fundamento nonnullis placuit, reconventionem quoque denegandam esse: verius tamen est, et locum fore, cum generalis reconventionis æquitas & hic usum inveniat eatenus, ut depositi agens, aut restitui adversus spoliū desiderans, eundem debeat agnoscere iudicem, alia ex causā vicissim conventus, neque id uspiam nominatim inveniat prohibitorum; ac a compensatione ad reconventionem non omni ex parte argumentum procedat, Loesius ad tit. ff. de positi n. 10. 11. Similiter etsi alimentorum futurorum causa celerem desideret definitionem, adeo ut per appellationem suspendendi non videatur interposita de iis præstandis decreti executio, arg. l. ult. ff. de appellat. recip. vel non, nec compensatione objecta videatur interim mora præstationi eorundem injicienda, ut plenius dicitur tit. de compensat. tamen & hic reconventum fori exceptione declinatoria cariturum ratio superior adducta suadet. Generaliter namque tenendum est, tum in casibus jam enumeratis, tum in aliis quibuscumque summariis in iudicium deductis, reconventionem ad id saltem proficere posse; ut actor summaria agens actione, iudicem eundem agnoscat mutua conventus petitione, & ita competens ibi forum sortiatur, Berlichius part. 1. conclus. præf. 22. num. 31. & seqq. Quamvis eo casu neque pari passu lis utraque decurrere debeat, neque eadem pariter sententia finire, d. cap. ult. extra, de ordin. cognit. ne causa non privilegiata, quæ servatis omnibus litiū solemnibus ac dilationibus expedienda est, causa privilegiata officiat, moramque iniciat contra leges, celeritatem in ea terminanda præcipientes; lite scilicet reconventionis post latam in conventionem sententiam deinceps ulterius ad finem perducenda, sive victus in conventionem appellandum censuerit, sive sententia late acquiescendum: nisi causa reconventionis æque, ac conventionis, summaria, & privilegio celerioris expeditionis donata sit, Merula praxi lib. 4. tit. 43. cap. 6. n. 4. Ut præinde cavendum sit a Cancero aliisque ab eo allegatis, existimantibus, causam reconventionis ordinariam assumere naturam causæ conventionis, & pariter cum causa conventionis summaria, quasi & ipsa summaria esset, debere finire, Variar. resol. part. 2. cap. 13. vers. quaro septimo n. 39. & seqq.

87. Interim silentio haud prætermittendum, usui fori Hollandici reconventionem in interdictione quidem quorum bonorum, & aliis similibus adipiscendæ possessionis reprobata non esse; at nequaquam in interdictione unde vi & causa spoliū admissam, quoties quis adversus vim aut turbationem auxilium implorat, impetratis decretis, quæ appellant mandementen van spolie, & mandementen van maintainen en complainte: ita de praxi testante Wilhelmo Grotio in sua praxi fori Batavici lib. 1. cap. 9. num. 23. Alchenio in suo formulario part. 1. cap. 14. fere in pag. mibi 113. & cap. 15. pag. 119. vers. den gedaagde & cap. 16. pagina mibi 129. vers. in complainte. Adde Wasenaar præf. conclus. præf. 1. concl. 22. n. 20. ubi et num. 24. post Andr. Gayl. lib. 1. de pace publica observ. 12. definit in causa fractæ pacis publica cessare reconventionem.

88. In quibus autem causis hic reconventionis effectus est, ut pari passu unoque tempore & eodem sententia conventionis & reconventionis iudicium

finiatur, quandoque tamen ob quasdam circumstantias accidere potest, ut iudicis officio conventionis causa separaretur a causa reconventionis, & alterutra sola sine altera terminetur; puta, si iudici prius evidenter liqueat de una causa, cum altera illiquida prorsus esset, multisque ambagibus ac ambiguitatibus etiamnum involuta, Christinus ad leg. Mechliniens. tit. 1. art. 24. n. tertio. Mynsingerus cont. 1. observ. 10. Ut &, si reconveniens nihil deinceps urgeat, aut producat, Mynsingerus cont. 1. observ. 10. Neostadius Curia Holland. decis. 46. Van Alphen in formulario part. 1. cap. 1. n. 17. 18. 19. pag. mibi 39. in princ. aut si demum post litem contestatam reconventio facta sit, Zangerus de except. part. 2. cap. 1. num. 33. Christinus vol. 4. decis. 94. num. 6. Idemque obtinet, si quis semel, iterum, tertioque citatus, sui copiam non fecerit, deinceps autem ante sententiam sese sistens mutua actorem convenerit petitione; eo quod quæ post talem contumaciam hunt, perinde habenda sunt, ac si post litem vere contestatam facta essent, Ant. Faber Cod. lib. 3. tit. 1. defin. 25. Sed quibus in casibus definita conventionis lite, reconventionis causa adhuc pendens ac indecisa relinquatur, liberum tamen ex jure hodierno est reconvenienti jam condemnato, debitam ex condemnatione pecuniam consignare ac arresto (ut loquuntur) gravare pro eventu litis, ex reconventionem etiamnum pendens, donec ille idoneam præstiterit cautionem, sive civis, sive peregrinus sit, qui reconventionem impetitus est; etsi de cive id juris Saxonici interpretibus displiceat, Berlichius præf. conclus. part. 1. conclus. 22. n. 59. 60. Carpiovius defin. forens. part. 1. const. 7. defin. 19.

89. De cetero illum, qui mutua actione reconventus est, non posse rursus adversarium iterata instigare reconventionem, rationi conveniens est; ne alioquin in infinitum prope tentatis ac reciprocatis reconventionum vicibus, lites immortales redderentur, aut saltem varia illa litiū multiplicatio inter eosdem in iudicio confusionem pareret, summamque litiū finiendarum difficultatem, Merula praxi lib. 4. tit. 43. cap. 3. n. 3.

90. Forum præterea competens fecit causa continentia, quam separari, legibus interdictum est: neque enim visum fuit æquum, apud diversos ventilari iudices, quod in uno eodemque iudicio commodius poterat terminari, l. nulli 10. C. b. 1. Qua de re latius ad tit. de quibus reb. ad eundem iudicem eatur.

91. Amplius originis locus, seu patria jure civili forum competens effecit, sic ut vel in eo municipio in quo quis civis erat, seu originarius, vel in eo, ubi incola tantum erat, recte in jus vocaretur: municipali quippe jurisdictioni, in utroque municipio subjectus, l. incola 29. ff. ad municipale. Est autem originis locus, in quo quis natus est, aut nasci debuit; licet sorte re ipsa alibi natus esset, matre in peregrinationem parturiente, l. filios 7. G. de municipibus & originariis, l. 1. princ. & ff. seqq. ff. ad municipale, Maschardus de probat. conclus. 1147. n. 5. Christinus vol. 5. decis. 33. et ad leg. Mechliniens. tit. 5. art. 9. num. 5. (quem tamen vide si bene fere contrarium ad leg. Mechliniens. tit. 5. art. 4. n. 3.) & si ex vico ortus sit, eam patriam habere intelligitur, cui reipublicæ vicus ille respondet, l.

qui ex vico 80. ff. ad municipal. Nam & qui in insula nati sunt, ejus regionis originales dici possunt, ad quam ista insula pertinet: insulas enim Italiz esse partem Italiz sicut cujusque provinciz, Ulpianus scripsit l. insula 9. ff. b. r. sequiturque filius ex justis nuptiis quæsitus, patris, non matris originem, ac conditionem, nisi materna origo privilegio munita sit: vulgo quæsitus non aliam, quam matris originem sequi potest, d. l. 1. §. 2. ff. ad municipal. l. cum legitima 19. ff. de statu homin. Tametsi vero natiuitas demonstrat originis locum, ac eatenus nemo originem mutare potest, l. pen. C. de municip. & originar. l. assumptio 6. l. incolæ & bis 29. ff. ad municipalem; l. 1. ff. de decurion. tamen & ex juris fictione originarius quis esse creditur eo in loco, in quo neque natus est, neque nasci debuit. Nam & manumissio manumissum reddit originarium loci ejus, in quo patronus originarius est, adeo ut a pluribus manumissus, omnium patronorum originem sequatur, l. cives 7. C. de incolis, l. 1. adsumptio 6. §. ult. l. 7. ff. ad municipalem, quod minus miraberis, si consideres, manuissos frequenter tum nomen patroni sui assumpsisse, tum familiam ejus esse secutos, docente Brissonio antiq. lib. 2. cap. 14. pag. mibi 122. 123. Sande de prohibita alienas. part. 3. cap. 6. numer. 8. Nec minus illud adoptio operatur, in quantum adoptato adicitur per adoptionem originis novæ temporarium jus in loco, ubi adoptans originarius est, duraturum usque ad adoptionis dissolutionem, d. l. 1. l. ordine 15. §. ult. l. 16. ff. ad municipalem, d. l. 7. C. de incolis. Denique & communem originis locum, seu patriam omnibus civibus Romanis, ubicunque natis, Romani Romam constituerunt, l. Roma 33. ff. ad municipalem, considerantes scilicet ingentem hominum ex propriis patriis undequaque ad maximam illam & pulcherrimam urbem confluxum. Aspice, ægedum, (inquit Seneca consol. ad Helviam matrem cap. 6.) hanc frequentiam, cui vix urbis immensa tellus sufficiat. Maxima pars illius turba patria caret; ex municipiis & coloniis suis, ex toto denique terrarum orbe confluerunt. Alios adducit ambitio, alios necessitas officii publici, alios imposta legatio, alios luxuria, opulentum & opportunum vitii locum querens, alios liberalium studiorum cupiditas, alios spectacula; quorundam traxit amicitia, quosdam industria latam ostentanda virtuti nacta materiam: quidam venalem formam attulerunt, quidam venalem eloquentiam: nullum non hominum genus concurrat in urbem & virtutibus & vitiiis magna prælia ponentem. In hac ergo communi patria (licet in materia in integrum restitutionis milites, qui Romæ militabant, pro reipublica causa absentibus habitos fuisse, Ulpianus tradat, l. miles 7. ff. ex quib. caus. majores.) unusquisque conveniri potest, nisi jus revocandi domum habuisset; quales erant, qui tutelæ reddendæ causa vel appellationis, vel restitutionis petendæ, vel testimonii dicendi gratia, Romam venerant, l. consensisse 2. §. legatis 3. et §. 4. ff. b. r. Præcipue legati, qui Romæ, aut alio in loco legationis causa existentes, ibidem cum effectu conveniri nequeunt, dum funguntur legatione, de debito in sua civitate aut provincia sua contracto, d. l. 2. §. 3. et §. item si extra 5. l. si quis in legatione 8. ff. b. r. l. cum

quaritur 3. ff. de legation. Imo, licet simpliciter quæ eorum ante legationem promississet, se Romæ soluturum, tamen ipso legationis tempore frustra Romæ conveniretur, l. cum, qui 5. §. Julianus 1. ff. de constit. pecunia, d. l. 2. §. omnes autem 4. ff. b. r. secus quam obtineret, si ante legationem specialiter promississet, se legationis tempore soluturum, l. cum quaritur 3. ff. de legation. aut tempore legationis deliquisset, aut contraxisset principaliter in loco legationis: non enim habet jus revocandi domum, ibidem durante legatione conventus; ne alioquin potestas detur legatis sub hac specie res alienas domum auferendi, d. l. non alias 24. §. 1. l. si legationis 25. ff. b. r. idemque est, si in arbitrium compromississet, l. non distinguamus 32. §. item si 9. ff. de receptis, vel pro alio fideiussisset legationis tempore & loco, l. cum furiosus 29. §. 1. ff. b. r. non item si tempore legationis constituisset simpliciter sine loci adjectione, se soluturum, quod ipse in provincia ante legationem debuerat, l. si quis in legatione 8. ff. b. r. de questione plenius ad r. de constituta pecunia in fine. Quin & legatum Romæ reconveniri posse ibidem agat non injuria sibi illata vindicandæ gratia l. consensisse 2. §. item si extra 6. ff. b. r. aut divortio intercedente legationis tempore, uxori ab eo dotis petat restitutionem, dotis favore, l. si uxor 42. ff. b. r. Ut &, quatenus in munere legationis non impeditur; quo fundamento si legationis tempore hæreditatem adierit, ad solvendum quidem haud recte convenitur a creditoribus aut legatariis, sed tamen ad satisfaciendum compellitur; uti & ad cautionem damni infecti nomine interponendam; alioquin missionem passurus in bonorum hæreditariorum aut rei vitiosæ possessionem, l. de eo autem 26. l. 27. l. 28. §. 5. ff. b. r. Ceterum nostris & plerorumque moribus originem & mutabilem esse quantum ad effectus, & non tribuere forum competens, quoties ibidem reus non invenitur, excepto solo majestatis crimine; notat post alios Ant. Matthæus de auction. lib. 1. cap. 7. n. 11. Zangerus de except. part. 2. cap. 1. n. 68. et seqq. Responsa Jct. Hol. part. 5. vol. 1. cons. 196. n. 2. Burgundus ad consuet. Flandr. tractat. 2. n. 3. et seqq. Argentæus ad consuet. Britann. art. 9. not. 1. n. 3. Andr. Gayl. lib. 2. observ. 36. n. 7. et seqq. Struvius ad Eand. b. r. n. 19. Brunnemannus ad l. 3. C. de immunit. in fine.

92. Domicilium quoque intuitu conveniri quisque potest, in eo scilicet loco, in quo larem, rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet, undeque cum profectus est, peregrinari videtur, l. cives 7. C. de incolis, l. senatores 2. C. ubi senat. vel clar. seu, Alfenuus ait, ubi quisque sedes & tabulas habet, suarumque rerum constitutionem fecit, l. in lege censoria 203. ff. de verb. signif. Quid in definitione sit larem constituere exponit Zangerus de exception. part. 2. cap. 1. n. 15. et seqq. Differt autem hoc domicilium proprie dictum ab origine; est enim origo ex necessitate a natura ac natiuitate, & una tantum regulariter, non multiplex; nec sine origine quisquam esse, neque mutari illa aut amitti originarii arbitratu potest, si jus Romanum spectes, l. adsumptio 6. ff. ad municipalem,

nisi quod mulier, quamdiu nupta in domicilio mariti moratur, & senator, muneribus ibi, unde originem trahit, fungi non teneretur, *l. municeps 25. l. ul. §. 3. ff. ad municipalem*. Contra vero domicilium ex libera constituitur mutaturque patrisfamilias voluntate; neque repugnat, etiam sine domicilio civem Romanum esse, dum domicilio relicto navigat aut iter facit, quaerens, quo se conferat, atque ubi constituat, *l. ejus, qui 27. §. Celsus 2. ff. ad municipal.* uti vicissim prudentibus placuit, duobus locis posse aliquem habere domicilium, si utrobique ita se instruxit, ut non ideo minus apud alteros se collocasse videatur, *l. Laeio 5. l. ademptio 6. §. viris 2. d. l. ejus qui 27. §. Celsus 2. ff. ad municipal. l. pen. ff. de senatoribus*, Zangerus de except. part. 2. cap. 1. n. 89. seqq. quo etiam casu electio videtur auctori tribuenda, in cuius domicilii loco reum velit convenire, secundum ea, quae ante de plurium sororum concursu dicta, arg. *l. arbitraria 2. §. Scavola 3. ff. de eo, quod certo loco*, Hilligenus Donell. enucl. lib. 17. cap. 11. lit. g. Struvius ad Pand. b. t. n. 25. in fine, nisi malinus, cum conveniendum esse in eo domicilio, ubi tempore in jus vocationis cum uxore & liberis aut familia moratur, cum Peckio de jure sistendi cap. 39. n. 4. & Sim. van Leeuwen cent. for. part. 2. lib. 1. cap. 12. n. 5. Interim inficias haud eundem, quin in dubio unusquisque domicilium ipso potius originis loco, quam alibi, praesumatur habere: cum enim ab initio jus domicilii a patre in filium translatum sit, atque ita filius secutus sit domicilium habitationis paternae, consequens est, ut is, qui ad mutatum contendit, hoc ipsum probet; cum in eodem statu res unaquaque mansisse credatur, donec contrarium demonstratum fuerit, arg. *l. filios 3. C. de municip. & originarie, l. libertus 17. §. patris domicilium 11. ff. ad municipal.* Cujacius ad d. 3. C. de municip. Zangerus de exception. part. 2. cap. 1. num. 9. & seqq. Mascardus de probation. par. 2. conclus. 535. num. 1. Christinaeus vol. 5. decis. 21. num. 12. 13. Responsa J. Cor. Holland. part. 3. vol. 2. consil. 138. num. 21. Struvius ad Pand. b. t. n. 19.

93. Dividitur domicilium, quod aliud voluntarium sit, dum id suo quisque constituit arbitrio; aliud necessarium, veluti quod relegatus habet durante relegatione in eo loco, ad quem relegatus est, licet & in eo loco, unde arceatur, domicilium retinere possit, in quantum habet revertendi propositum, *l. filii 22. §. relegatus 3. l. ejus, qui 27. §. ult. ff. ad municipal.* militem quoque necessariumovere domicilium in loco, ubi meret, si nihil in sua patria possideat, responsum est, *l. municeps 25. §. 1. ff. ad municipal.* nec male necessario domicilio adnumeraveris, quod ei, qui ex municipio vel provincia oriundus, & in senatorum ordinem Romae cooptatus est, ex dignitate adjicitur; sic ut & pristinum retineat, & novum Romae videatur constituisse, *l. pen. ff. de senatoribus*, arg. *l. senatores 2. C. ubi senatores vel claris*, uti & illud, quod moribus hodiernis peregrinus in loco litis eligere tenetur, citationum ac denunciationum similiumque excipiendorum causa, adversario id desiderante: adeo ut neque actionem neque defensionem proponere ultra possit, si in domicilii electione morator sit. Ant. Matthaeus

Voet ad Pandeñ. Tom. II.

de auction. lib. 1. cap. 11, num. 84. & cap. 15. n. 1. & prolixè Rebuffius ad const. regias tom. 3. de domicilii electione, art. unic. gloss. un. num. 46. & seqq. etiam si in lite ea non pergere, sed declinatoriam fori exceptionem proponere constituisset, cum & ea disceptatio causa cognitionem, ac proinde denunciationem quoque ac citationem possit desiderare, Rebuffius d. tract. num. 45. Nec evanescit facta semel domicilii electio, si lis per sententiam finita sit, sed & ad executionem sese extendit, quippe quae litis totius scopus ac finis est, Redelantius Curio Ultraject. decr. 14. uti & ad appellationem, si per alterutrum a sententia judicis inferioris provocatum sit, si medio eodem in loco appellationis quoque causa ventilanda sit; nisi novum ipse maluerit domicilium eligere, & hoc adversario significet, Rebuffius d. tract. n. 19. & seqq. & n. 25. lxx, si intervenierit pendente lite mora eligentis, dubium non videtur, quin, uti lis ipsa per haredes eodem in loco ad finem perducenda est, licet ipsi alibi foverent domicilium, arg. *l. ubi acceptum 30. ff. de iurisdic.* ita quoque domicilii electio ad denunciationes citationesque haredum faciendas censi debet continuata.

94. Aliud insuper proprie dictum domicilium est, quod quis sibi constituit animo inde non discedendi, si non aliud avocet, juxta descriptionem supra propositam, & ex quo statim incolae fit, & legibus loci subiectus, licet civis non fiat, *l. pupillus err. 239. §. incola 2. ff. de verbor. signif. arg. l. incola 29. ff. ad municipalem*, Mævius ad jus Lubicense lib. 1. tit. 2. n. 53. et seqq. et n. 61. Christinaeus ad leg. Mechlin. tit. 5. ad rubr. n. 5. et art. 1. n. 8. Andr. Gayl. lib. 2. observ. 45. n. 4. Carpovius defin. for. part. 3. constit. 12. art. 16. in pr. aliud minus proprium, in quo illud propositum perpetuo commorandi deest; quod & in domicilio litis causa electo, & eo, quod relegatus in loco relegationis, aut miles, ubi meret, habet, animadvertere licet. Neque his absimile est illud domicilii genus, quod studiosi in eo foverit loco, in quo degunt studiorum causa; in quo, ad oppositionem veri domicilii studiorum causa peregrinari, imo, amore scientiae exules fieri dicuntur, *auth. habita C. ne filius pro patre*, abesse studiorum causa, *l. nec non 23. pr. ff. ex quib. caus. majores*, & Romae studiorum causa agentes, domicilium ibi non habere, *l. lex Cornelia 5. §. si tamen 3. ff. de injur.*, nisi decem annis transactis eo loci sedem sibi constituerint, *l. nec ipsi 2. C. de incolis*. Vide Christinaeum vol. 4. decis. 34. et ad leg. Mechliniens. tit. 5. art. 9. num. 6. Mascardum de probation. conclus. 535. numer. 14. et seqq. Responsa J. Cor. Holland. part. 4. consil. 174. Peckium de tertiam. conjugum lib. 4. cap. 35. n. 4. et seqq.

95. Uti autem uxor mariti dignitatem sequitur, ita & domicilium ejus *l. exigere 65. ff. b. t. l. ul. §. item rescriptum 3. ff. ad municipalem, l. ul. C. de incolis, l. mulieres 13. C. de dignitat. l. mulierem 5. ff. de ritu nupt.*, nisi sua voluntate maritus in patria uxoris suae domicilium defuisset, *l. si in patria 5. C. de incolis*. Quo casu nec jus originis in uxore extinctum aut suspensum foret, Hugo Grotius in Responsis Juris. Holl. part. 3. vol. 2. cons. 185. n. 8. retinetque illud uxor amisso marito, di-

gnitatis exemplo: amittit tamen, nuptiis aliis inter-  
venientibus, l. filii 22. §. viduus 1. ff. ad municipalem  
iunct. d. l. ult. C. de incolis, d. l. 13. C. de dignitat.  
Neostad. Cur. Holl. decisi. 5. vers. *in buyen*, aut si  
ipsa, jam viri potestate soluta, alio domicilium re-  
ipsa transtulerit, suo arbitratu, Zangerus de exception.  
part. 2. cap. 1. num. 99. Plane si in matrimonium  
non legitimum sese mulier dederit, particeps domi-  
ciliū maritalis non fit; eoquod ex conjunctione tali  
neque vir neque uxor neque matrimonium intelligit-  
tur, l. de jure 37. §. ult. ff. ad municipalem, iunct.  
§. permixt. Inst. de nuptiis. Et quamvis multis in  
partibus juris nostri sponsa uxoris loco sit, veluti  
in injuriis, dotis privilegio, dotali fundo, aliisque,  
l. item apud 15. §. sponsum 24. ff. de injuriis, l. si  
sponsa 74. ff. de jure dotium, l. lex Julia 4. ff. de  
fundo dotali; domicilium tamen intuitu contra est;  
cum desponsata ante contractas nuptias suum do-  
micilium non mutet l. ea qua desponsa 32. ff. ad  
municipalem, Zangerus de exception. part. 2. cap.  
1. numer. 56. Et seqq. Struvius ad Pand. b. tit.  
nuptiar. 28.

99. Famulos ancillasque nostratas quod attinet,  
etsi liberi sint, & certa mercede conducti nobis ope-  
ras præstent, nec familiæ nostræ perpetuo addicti  
sint, tamen vix est, ut existimemus, eos proprium  
retinere domicilium; quippe a quo plerumque eos  
recedere animo non revertendi, experientia testatur.  
Quin potius eos ex domicilio domini, cui ministrant,  
censeri, & competens sortiri forum, suadent juris  
rationes: si enim nuncii scholarium ac ministri cum  
scholaribus studiorum causa degentes ex persona eor-  
um, quibus ministrant, forum sortiantur privilegia-  
tum, & ex quali quali domicilio ac jure scholarium  
in loco studiorum æstimentur, *aut b. habita C. ne  
filius pro patre*, cur non, cessante foro illo privile-  
giato, in loco domicilii domini, proprie sic dicti,  
convenirentur, ratio non est. Cui accedit, quod &  
liberti Romani, utcumque liberi, patronorum suorum  
non originem modo, sed & domicilium sequebantur;  
quos tamen in obsequiis & operis præstandis non  
longe a familiis hodiernis abisse constat, l. adsum-  
ptio 6. ff. ad municipalem. In eamque sententiam  
conspirat conventio circa in jus vocationem inter  
Hollandos Ultrajectinosque inita 23. Augusti 1657.  
art. 7. vol. 2. placitor. Holl. pag. 1161.

97. Quoties autem non certo constat, ubi quis  
domicilium constitutum habeat, & an animus sit  
inde non dicedendi, ad conjecturas probabiles re-  
currendum, ex variis circumstantiis petitis, etsi non  
omnes æque firmæ, non æque urgentes sint, sed mul-  
tum in iis valeat judicis prudentis & circumspecti  
arbitrium. Sic enim in dubio in loco originis &  
domicilio paterno quemque præsumi continuasse do-  
micilium, jam ante dictum. Idemque est si in aliquo  
loco majorem bonorum partem possideat; aut bonis  
divenditis, quæ alibi possidebat, in aliam urbem cum  
familiâ se contulerit, ibique assidue versatus fuerit:  
vel jus civitatis aliquo in loco sibi acquisiverit; at-  
que ita illic habitet. Quæ universa prolixius venti-  
lata, vide apud Zangerum de exception. part. 2. cap.  
1. num. 10. Et seqq. ad n. 66. Radelantium Curia  
Ultrajecti. decisi. 126. num. 4. Et seqq. Menochium  
lib. 6. præsumpt. 42. Et de arbitrar. judic. lib. 2.  
casu 86. Mascardum de probation. conclus. 535. Stru-

vium ad Pand. b. t. n. 22. 23. 24. Et n. 32. 33. 34.  
Responsa Jctor. Holl. part. 5. vol. 2. consil. 138.  
Et consil. 619. Et consil. 317. (re vera 217.) pag.  
566. Et seqq.

98. Illud certum est, neque solo animo atque de-  
statione patrisfamilias, aut contestatione sola, sine  
re & facto, domicilium constitui, l. domicilium 20.  
l. ejus, qui 17. §. si quis 1. ff. ad municipalem, ne-  
que sola domus comparatione in aliqua religione, l.  
libertus 17. §. sola 13. ff. ad municipalem, l. cum  
neque 4. C. de incolis, neque sola habitatione, sive  
proposito illic perpetuo morandi: cum Ulpianus &  
domicilio habitationem distinguat, dum asserit, legem  
Corneliam injuriarum de domo vi introita, ad  
omnem habitationem, in qua paterfamilias habitat,  
locus ibi domicilium non habeat, pertinere; neque eum,  
qui Romæ agit, (id est, habitat) studiorum causa,  
ideo ibidem domicilium habere, l. lex Cornelia 5. §.  
si tamen 5. ff. de injuriis, Zangerus de exception. d.  
part. 2. cap. 1. num. 12. et seqq. Menochius de ar-  
bitr. judic. lib. 2. casu 86. num. 5. et seqq. Respon-  
sa Jurisc. Holl. part. 3. vol. 2. consil. 317. (re vera  
217.) num. 6. Multoque minus, si non nisi taber-  
nam aut pergulam, aut armarium, aut horreum, aut  
officinam, in aliquo loco promericii causa conductam  
habeat, aliterve constitutam, arg. l. baro 19. §.  
proinde 2. in fine ff. b. t. l. 1. vel litis aut alterius ne-  
gotii peragendi causa, vel operis perficiendi vel ne-  
gociationis exercende gratia, alicubi comanoretur, arg.  
l. 2. §. legatis 5. ff. b. t. l. 1. ff. cum, qui appella-  
vit in provincia defendit, Christinzus ad leg. Moebi-  
anens. tit. 5. art. 9. num. 6. Responsa Jctor. Holl.  
part. 3. vol. 2. consil. 133. n. 24. et seqq. Qua ratio-  
ne responsum quoque aliquando fuit, eum, qui in  
Indiam orientalem profectus fuit, domicilium non  
amisisse, Responsa Juriscons. Holland. part. 3. vol. 2.  
consil. 317. (re vera 217.) pag. mibi 574. Quod ta-  
men nostris moribus ex novissimo jure de iis, qui  
Indiam orientalem petunt, quodammodo mutatum  
est, ut dicitur in materia successionis ab intestato.  
Vide interim placitum Ordinum general. 10. Janua-  
rii 1661. vol. 2. placit. Holland. pag. 2634. Simili-  
ter, qui muneris aut legationis implendæ causa ad  
alium delegatur locum, veluti apud nos ad collegia  
Ordinum generalium consilii Status, Rationum, Ar-  
chichalassica, & his similia, etsi istis in locis, ad  
quæ missus est, habitat, domicilium tamen ibi non  
fixisse, sed in regione, unde missus est, illud reti-  
nuisse, etiam quantum ad successiones in bona mo-  
bilis, verius est; nam & Senatores Romanos do-  
micilii jure in municipio, unde oriundi, retinuisse,  
ante dictum est; adeo ut in urbe domicilium magis  
habere viderentur, quam revera haberent, l. pen.  
ff. de senatoribus, Mævius ad jus Lubecens. quar-  
tæ ultimæ. 3. num. 59. Leeuwen cens. fo. part. 1. lib.  
3. cap. 12. num. ult. Struvius ad Pand. b. t. num.  
25. in med. Responsa Jctor. Holl. part. 1. consil.  
204. & part. 3. vol. 2. consil. 4. et 5. & part. 4. con-  
sil. 271. & part. 5. consil. 2. pag. 21. 32. Idemque  
in advocatis obtinet, qui praxios causa sese ad  
curiam superiorem contulerunt ex patria urbe, ejus-  
dem curiæ jurisdictioni subjecta, d. part. 4. consil.  
271. Leeuwen d. loco. Considerandum tamen, eos,  
qui quantum ad successionem aliosque effectus do-  
micilium per negotiationem, tabernam; nudam ha-

itationem non constituisse intelliguntur, nihilominus, quantum ad forum competens attinet, illis in locis, dum illic degunt, recte conveniri: maxime postquam invaluit, arresto fundari jurisdictionem in omnes, qui in territorio deprehensi litis causa sistuntur; nisi nominatim inventiatur ipsis privilegium datum, ne ordinario iudici istius loci subsint. Vide Zangerum de exception. cap. 1. part. 2. num. 123. et seqq. Straccam de mortuura part. secunda ultima part. principalis quo modo in causis mercat. procedend. tit. n. 19. & seqq. Brunnemannum ad l. 19. ff. b. s. num. 14. & seqq. Groenewegen ad l. unic. C. ubi conven. qui certo loco dare.

99. Mutat unusquisque domicilium suo arbitrio, ad id saltem, ut jurisdictioni desinat in posterum subiectus esse; imo & ut onera evitet personalia in loco domicilii derelicti subeunda, l. si in patria 5. l. 6. C. de incolis, l. ubi. C. de municipibus & orig. l. domicilium 20. l. nihil est 31. ff. ad municipalem, l. in illo 12. §. manumittendo §. l. postliminii jus 5. §. ult. ff. de captiv. & postlim. Et si eam Romanis placuerit, illum, qui derelicto originis loco domicilium alio transtulit, muneribus & jurisdictioni utriusque loci ac magistratus parere debere, l. incolis 20. ff. ad municipalem, l. 1. & ult. Cod. ord. in. de municipib. & orig. l. privilegio 6. C. de incolis; id tamen ad eos, qui non originis sed domicilii proprie dicti locum reliquerunt, ac alio migrarunt, extensum haud fuit, cum a Modestino in l. incolis jam 34. ff. ad municipalem traditum sit, incolam jam muneribus publicis destinatum, nisi perfectio munere, incolatus renunciare non posse, cui consequens est, manere nondum imposito, eum potius incolatus sic renunciare, ut in posterum imponendis illius locis muneribus obnoxius non sit: quod & innuit, l. 1. C. de incolis. Quo etiam respectu domicilii rationem temporariam esse, Papinianus observavit; concludens, patris domicilium filium, aliorum incolam, civilibus muneribus aliena civitatis non adstringere; cum in patris quoque persona domicilii ratio (quantum ad munera scilicet) temporaria sit, l. libertus 17. §. patris 11. ff. ad municipalem. Præterquam quod nunc fere passim usi receptum est, etiam migrantes ex loco originis ac domicilium alibi constituentes non amplius personalibus posse gravari oneribus, ab originis magistratu decretis; deficiente scilicet exigendi seu exequendi potestate, dum non eadem, sed diversis saepe Principibus subest originis, & domicilii deinceps per translationem constituti loci; cum contra municipia omnia, in quæ Quirites, salva civitate, migrabant, ubi supremo parerent Principi Romano, Groenewegen ad l. 31. et 34. ff. ad municipalem, et ad l. 1. C. de municipibus, Andr. Gayl. lib. 2. observ. 36. n. 3. et 10. Et hæc quidem ita, nisi catervatim migrando sic immineretur civium numerus, ut reliqui tandem ferendis oneribus publicis ob numerum imminutum desiderarent parces esse, Grotius de jure belli ac pacis lib. 2. cap. 5. num. 24. Perzium ad tit. Cod. de municip. & orig. num. 17. id. 19. Groenewegen ad d. l. 31. ff. ad municipalem n. 5. parens p. mem. Paulus Voet de statutis tit. 5. cap. 2. num. 3. Hinc & penas quandoque impositas fuisse illis, qui difficilioribus temporibus frequentes patriam ac domicilium deferebant, notat Groenewegen d. loco, ac multis in locis tributum exigi a migrantibus, puta

decimæ, quandoque & quinta partis bonorum, alibi in successionum materia dicitur, cum & peregrini in bona civis succedentes item soleant subire onus, quod jus issue vel exae dicitur. Vide interim Andr. Gayl. d. lib. 2. observ. 36. num. 10. Groenewegen d. loco num. 2. Responsa Juriscons. Holl. part. 4. consil. 271. Semanion van den Hogen en Provinciale Rade van Holland, Zeeland, etc. decr. 30. 33. 39. Mevium ad jus Lubec. quasi. prælim. 6. n. 15. Neque dubium, quin migrans jura amittat, ac Privilegia & immunitates domicilii prioris; ac conceptus post migrationem patris futurus non sit civis illius loci, unde pater migravit, etsi pater illic originarius fuisset, Andr. Gayl. lib. 2. observ. 36. num. 7. 8. 9. Christinus ad leg. Machin. tit. 5. art. 4. num. 2. Non tamen in dubio presumenda facile domicilii mutatio; sic ut eam allegans, tanquam rem facti, probare teneatur, arg. l. nec ipsi 2. C. de incolis, l. domicilium 20. ff. ad municipalem. probatur vero mutatio iisdem fere modis, quibus & primam ejus constitutionem probari, superius velut per indicem relatum est; quibus adde Seruvium tit. Fund. b. tit. numer. 32. 33. 34.

100. Quod si pater mutaverit domicilium, non ideo statim & filius illud mutasse censendus est. Quamvis enim originem patris filius sequatur, sic ut & illic in ambiguo domicilium habere cedatur; non tamen ita ex necessitate domicilio paterno adstrictus est, ac Ulpiano teste, civitatem quidem, ex quo pater ejus naturalem originem duxit, ac non domicilium sequitur, l. adscriptio 6. §. filius 1. libertus 17. §. patris 11. ff. ad municipalem, suumque sibi seorsim a patre, ubicumque voluerit, domicilium sua potest constituere voluntate, aut constitutum retinere, l. placeat 3. l. 4. ff. ad municipalem. Quæ evidentia, si filius jam majorannis sit, sic sua tutela siveque relicti arbitrio, ut rerum administratio ac domicilii novi constituendi jus et ob lubricum ætatis non videatur denegatum. Plane, si etiamnum minoreannis sit, patre vel matre vidua domicilium mutante, filium etiam videri mutasse, si & ipse translatus sit, nec ex prioris, sed novi domicilii, a patre matreve recenter constituti, jure censi in dubio debere, rationis est. Ut ut enim haud difficulter admittendum sit, minoreannem non magis posse domicilium mutare, quam contrahendo se obligare: tamen, quemadmodum contrahere auctore tutore permissum est, ita & domicilium cum patre matreve, tanquam tutela ejus aut saltem educationi prapositione, tutoribus ceteris non contradicentibus, equare nihil vetat: nisi ex circumstantiis manifestum esset, talem domicilii pupillaris translationem in fraudem proximorum, spem successionis ex prioris domicilii lege habentiam, factam esse. Quis enim, si pater matreve ex ea Hollandiæ parte, quæ jure Scabiniaco regitur, & in qua, soluto per mortem conjugis matrimonio, superstes liberis nequit ab intestato hæres esse, in alteram ejusdem Hollandiæ partem, quæ jure Æsdomico, parentum superstitem ad hæuocam filii hereditatem vocante, utitur, domicilium transtulerit, quod impuberem languentem videt, ac propediem turbato mortalitatis ordine sibi arbitratum supervenientem veretur, quæ possit ex novi domicilii jure impuberi succedere, vix sane fuerit, ut pupilli intuitu illa domicilii mutatio rata sit, aut immutet successio-



nis ordinem, ac tollat spem aliis, quam parenti superstiti, secundum prioris domicilii leges quaerant. Neque enim malitiis & fraudibus hujusmodi indulgeri, ac portam legum circumventionibus aperiri patitur justitia, & observanda inter gentes vicinas bona fides. Contra, si nulla talis hereditatis aut alterius commodi, cum tertii detrimento captandi, ratio appareat: si enim cum parente, justam aut probabilem migrandi causam habente, liberi sani vegetique migrant; aut ejus jam ætatis sint, ut testamento de sua possint substantia disponere; nihil impedimento est, quominus talis migratio parentis superstitis, bona fide facta, etiam ad domicilii pupillaris translationem efficax foret, etiamsi deinde ipis sine testamento decedentibus parens superstes ex novi domicilii jure hæres sit; cum utique ætate non impediende potuissent testamento condito parentem a sua depellere successione, si sibi hæredes voluissent eos, quos domicilii prioris vocabat lex: quod dum non fecerunt, sponte sua videntur parenti superstiti hereditatem ab intestato reliquisse, arg. *l. conficiuntur* 8. §. *sed ideo* 1. ff. *de de jure codicillor.* aut sic nec dum per ætatem testamenti factio iis concessa esset, durum tamen nimis foret, tam ominosam & voto parentum contrariam facere migrationis interpretationem, quasi successionis obtinendæ ergo ea fuisset excoGITata; vigentibus valentibusque tunc liberis, & jam patri jam matri præsidium atque decus, ubi adoleverint, promittentibus, ac ex communi parentum voto & ratione naturali, quasi lege quadam tacita, ad parentum hereditatem vocandis, arg. *l. cum tale legatum* 72. pr. ff. *de condit.* & demonstrat. junct. *l. cum ratio* 7. ff. *de bonis damnatorum*, *l. nam et si* 15. ff. *de inoffic. testam.* Vide Responsa jurisconsult. Holland. part. 2. consil. 31. Rodenburch. *de jure conjugum tract. preliminar. de statuto, diversis. tit. 2. parte altera, cap. 1. n. 6. & cap. 2. num. 2. 3. pag. mibi 110. D. Someren de jure nuptiarum caput. 5. part. 1. num. ult. in fine.*

101. Cum vero uxor per matrimonium transeat in viri domicilium, atque insuper in potestate viri sit, quæ maritalis potestas in variis tutoria potentior est ex hodierno jure, vix dubium esse potest, quin marito migrante, uxoris quoque intuitu domicilium debeat censi translatum: usque adeo, ut & viris dotissimis visum fuerit, inutile esse dotale pactum, quo id ageretur, ne invita uxore liceret marito domicilium mutare; atque etiam placuerit marito relegato a loco domicilii, ideoque necessarium alibi constituyente, uxorem invitam obstringi ad id, ut novum mariti relegati domicilium & ipsa sequatur. Quid enim, secundum Ulpianum, tam humanum est, quam fortuitis casibus mulieris maritum, vel uxorem viri, participem esse, *l. si cum dotem* 22. §. *si maritus* 7. ff. *solutio matrimonii*. Est sane matrimonium indivisa vita consuetudo, consortium omnis vitæ: cujus proinde vinculo per relegationem haud dissoluto, separationem societatis atque cohabitationis fieri, contra nuptiarum scopum esset arg. *l. 1. v. ff. de ritu nupt.* §. 1. *Inst. de patria potestate*. Denique secundum naturam est, ut quæ ex viæ dignitate commoda sentit, etiam migrationis incommoda non ægre admittat, arg. *l. secundum* 10. ff. *de regul. jur.*, Carpovius *præct. criminali part. 3. quest. 120. m.*

43. & seqq. Groenewegen ad l. 5. ff. *de bonis damnatorum*. Neque aliud dicendum erit, si forte vel ex necessitate relegationis, vel sua voluntate, maritus domicilium transferendo deterioiorem redderet uxoria conditionem, ob auctam ex novo domicilio mariti potestatem, quæ in pristino minor erat; aut ob id, quod ex domicilii lege conjugibus permittitur sibi invicem ultima voluntate gratificari; cum id prioris domicilii jure appareret inhibitu; ac frustra uxor fuerit, aut hæres ejus, si propterea a migrante marito id, quod interest, putarent exigendum esse. Cum enim per nuptias uxoris quidem conditio deterioi fiat, dum illa, antea sui juris rerumque moderatrix, maritali subicitur potestati ac tutelæ; maritus autem suam conditionem per nuptias non deterioiorem sed plerumque meliorem reddat, aut saltem non imminuat liberum illud, quod ante nuptias habebat arbitrium; absurdum foret, illum, cui antea libera competeat migrandi facultas, nunc matrimonio contracto destitui illa migrandi licentia, aut saltem metu poenæ & præstationis ejus, quod interest, absterri, ne eo migret, quo forte vel dignitatis obtinendæ spes, vel valetudinis reive familiaris ratio, aliæve plura vocare videbantur ac invitare. Ne dicam, admissa illa sententia, quod uxor ob migrationem contendere possat ad id, quod interest, etiam a contrario tunc illud quoque marito indulgendum fore, ut ob utilitatem familiæ migrans ex loco, in quo amplior pleniorque maritalis in uxorem & bona ejus potestas est, ad locum, cujus lege minus liberum maritis in uxores ac res uxorias jus tributum est, vicissim ab uxore aut hæredibus persequeretur, quanti ejus interesset, adeo adstrictam & imminutam ex novi domicilii lege exercere potestatem: quod tamen uti ratione destituitur, ita nec usu servari, manifestum est. Si tamen speciali pacto dotali ad majorem rerum uxorialium conservationem ac securitatem id actum fuerit, ne alio maritus migret; etsi conventio talis ipsam domicilii transferendi libertatem impedire marito nequeat, quia tamen neque honestati neque bonis moribus repugnat; in quantum conservationi bonorum uxoris per eam proviam est, dum uxor multifariam paciendoci salvam sibi familiarique suæ potest efficere dotis causam; non abs re fuerit, marito contra pacem aliorum migrante, uxori indulgeri ad id, quod interest actionem, si forte in rebus suis ex mariti facto, secundum novi domicilii jus plenius interposito, lesionem uxor sustinuerit, quam ex prioris domicilii lege non potuisset subire, alienatis forte per maritum rebus uxoriis, aut uxore ipsa ex mariti contractu vel delicto devincta, cum prioris domicilii jus alienationem aut obligationem talem inutilem statuisset ac inefficacem, Gomezius *variar. resolut. tom. 2. cap. 10. n. 76.* Rodenburch. *de jure conjugum tract. preliminar. de statutorum diversis. tit. 4. parte altera, cap. 1. n. 3. 4.* Quem tamen puto perperam ibidem in eo quaesivisse interesse uxorum, quod maritus forte ex loco, in quo gratificatio inter conjuges interdicta erat, ad eum, in quo permissa, librem transtulerit. Neque enim potest ullatenus illa liberior, sibi mutuo gratificandi licentia uxori cum viro migranti fraudi esse; cum utique etiam post migrationem ei adhuc liberum prorsus sit, nullam in maritum testamentum vel aliter conferre liberalitatem, atque adeo non

implere finem illum, quem forte migrando videri posset maritus intendisse.

102. Sed, ut ad forum competens ex causa domicilii redeamus, considerandum, uti haeres non succedit in defuncti domicilium, sed suum retinet, ita & ex defuncti domicilio eum forum competens non sortiri; esse enim domicilium iis accensendum, quae personalia sunt, ac morte personae evanescent, frequentius probatum est; eo quod ab animo ac voluntate hominis in universum tum constitutio ejus, tum continuatio dependet. Dum ergo morte cessat voluntas, ac per id etiam tolluntur ea, quae ab illa penderant voluntate, arg. l. locatio 4. ff. locati, aliud dici non potest, quam quod etiam morte perierit domicilii jus. Neque hisce contradicit Ulpianus, ajens, heredem absentem ibi defendendum esse, ubi defunctus debuit, l. haeres absentis 19. ff. b. tit. nam vel recte ea intellexeris de casu, quo defunctus ipse judicium jam acceperat; tunc enim, quia lis ibi finem accipere debet, ubi initium habuit, haeres eodem in loco defendere teneretur, etsi domicilium alibi habeat, ac absens sit, l. si is, qui Roma 34. junct. l. ubi acceptum 30. ff. b. t. vel etiam non inepte dixeris, non illic de loco domicilii defuncti trahi, sed magis loco contractus vel quasi; sic ut mens Jurisconsulti sit, heredem absentem, id est, alibi domicilium foventem, defendendum & conveniendum esse, ubi defunctus debuit; id est, ubi defunctus ad solutionem faciendam obligatus fuit, sive ibi contraxisset, sive ad eum locum destinasset contractus alibi initii implementum; si modo ibi inventiatur, nulloque suo proprio privilegio excusari. Alium d. legi sensum, sed minus feliciter, adscribit Donellus comment. juris civil. lib. 17. cap. 11.

103. Restat, ut de foris privilegiatis subjiciamus; qualia jus Romanum nonnulla induxit, mores vero hodierni multifariam auxerunt. Militibus quidem hoc datum fuit, ut tum in civilibus, tum criminalibus in causis peculiares iudices sortirentur, l. ult. C. de re militari, l. pen. C. de pactis, l. pen. C. b. t. l. magisteria 6. C. de jurisdictione omn. judic. Puta duces suos; unde & iudicium illud ducianum appellatum fuit, d. l. ult. §. hoc quoque 3. Et olim quidem ad duces ac centuriones militarem pertinuisse jurisdictionem ex Juvenale Satyr. ult. & Polybio lib. 6. constat. Dum vero magnam militaris jurisdictionis partem praefectis praetorio cessisse, & plenorem licentiam ad disciplinae publicae emendationem, testatur Charisius l. 1. ff. de offic. praefecti praetorio, donec per Constantinum, adempta praefectis praetorio potestate in milites viros, magistris militum datum fuit iudiciorum militarium tum civilium tum criminalium jus atque arbitrium, l. 1. C. de offic. magistri milit. lib. 1. magisteria 6. C. de jurid. omn. jud. l. fin. C. de militari, ibique Cujacius. Sed ex Anastasii constitutione tandem etiam ducibus militaribus iterum judicia militaria fuerunt communicata, d. l. fin. C. de re militari, nisi ducibus ipsis aut castrorum praefectis lis intercederet; quos non alterius, quam magistri officiorum iudicio subiacere a Leone ac Zenone constitutum est, l. viros spectabiles 8. C. de divers. offic. & apparition. Etsi vero nonnullis placuerit, ducum militarium jurisdictionem non ultra militaria extendi delicta, ad communia nequaquam pertinere: generaliter tamen sine criminum distin-

ctione milites delinquentes ad suos, sub quibus militant, duces remittendos fuisse, nec ab alio, quam a suo iudice exhiberi, ac si in culpa essent, coerceri potuisse, evincunt l. de militibus 9. ff. de custod. & exhib. reor. l. 1. C. de exhib. & transmitt. reis, l. 1. C. de offic. magistri milit. l. magisteria 6. C. de jurisdictione omn. judic. ac confirmatur id ipsum Constantini Imperatoris rescripto in l. 2. Cod. Theodosiani, de jurisdictione, ubi, cum dictum esset, provinciarum rectores in civilibus causis litigia etiam inter militantes terminare, subjungitur, in criminalibus causis, si miles poposcerit reum, tunc provinciae rectorem inquirere: sin militans aliquid admisisse firmetur, eum cognoscere, cui militaris rei cura mandata est; nulla facta criminum distinctione, sed tantum inter causas civiles & criminales differentia notata. Neque huic sententia adversatur l. 2. & 5. ff. de re militari, l. fin. ff. de accusat. l. 1. t. C. ad leg. Cornel. de sicariis, novella 8. cap. quod autem 12. quibus moti plures, & inter eos Ant. Matthaeus de criminib. lib. 48. tit. 13. cap. 5. num. 13. in aliam inclinant opinionem; plenorem enim ad argumenta inde petita responsionem dedi in tract. de jure militari cap. 7. n. 8.

104. Sed jure nostro hodierno paulo aliter observatur: etenim ab Albano duce latam anno 1570. constitutionem refert Christinus vol. 5. decr. 221. n. 16. 17. quae cautum, ut de omnibus delictis militaribus soli cognoscant iudices militares, utl & de communibus, in castris vel expeditione vel hibernis vel in commilitones perpetratis; extra hos casus propter delictum commune milites a iudice civili posse condemnari; quae etiam comprehensa placito Philippi Regis Ordonnantie ep de Criminale justitie 5. Julii 1570. art. 68. & 1099. ac nominatim de militaris concussionis crimine preventi locum facit placitum Ordinum General. 29. Aprilis 1599. sic ut cessante iudice militari, illud a Consilio Status, aut in unaquaque provincia ab Ordinum Delegatis, (Gecommitteerde Raden) aut curiis provincialibus, abisque iudicibus criminali jurisdictione munitis, puniri possit. Confer varia placita Ordinum Generalium 5. Novembris, 1591. vol. 2. placit. Holland. pag. 103. item 11. Aprilis 1595. in med. d. vol. 2. pag. 110. item 4. Augusti 1603. art. 4. de vol. 2. pag. 114. item 28. Maij 1624. d. vol. 2. pag. 121. Imo novissime Delegatis Ordinum Hollandiae id datum, ut de huiusmodi concussionibus intra Hollandiae territorium commissis concurrentem cum militaribus iudicis jurisdictionem habeant, atque exerceant ea preventionem, Instruēt. voor de Gecommin. Raden van Holland. 4. Octobris 1670. art. 5. vol. 3. placitorum Holl. pag. 92. ac amplius epistola Sereniss. Guillelmi tertii Magnae Britanniae Regis ad Ukrajethinae Provinciae Ordines data anno 1675. comprehensum est, in omnibus delictis communibus per militantes commissis in personas aut familias aut res non militantium, preventionem locum esse oportere, sicut aut militaris, aut ordinarius iudex in hisce competens sit, uter prior prevenit: de cetero iudices militares nullam habere potestatem in non militantes, adeo ut etiam duello inter militantem et non militantem orto, punitio non militantis ad ordinariam iudicem non militarem spectet. Quemadmodum ex opposito de delictis militaribus aut etiam de communibus

inter solos milites perpetratis sine ulla non militantium læsione, cognitio soli iudicio militari ibidem reservatur. Adde Sande *decis. lib. 1. tit. 1. defin. 4.* Groenewegen *ad l. 6. C. de iurisdic. omni. judic.* Leeuwen *censur. for. part. 2. lib. 1. cap. 13. num. 8.* Petrum Bort *van criminele saken tit. 1. n. 50. pag. mibi 17. Et seqq.* Ex recentissimo tamen decreto Consilii Status Fœderati Belgii 9. Feb. 1703. & per id revocato in usum decreto Ordinum Generalium 25. Martii 1651. iudicibus militaribus in iis urbibus, quæ in Comitibus Ordinum suffragii jus habent, (*nam in stat bebben*) restricta fuit iurisdic-tio criminalis, dum cautum, ne ultra extendant aut exercent eam, nisi questio sit de neglectis officiis in obeundis vigilis & expeditionibus, aut de crimine transfugii ad hostes, vel desertionis, vel transitus de cohorte in cohortem sine præcedente missione, aut de delictis, quæ a præfectis militibusve in præfectos vel milites, non in alios admissa sunt. Quamvis improbable haud videatur, delicta communia, a militibus commissa, etiam in aliis urbibus aut locis, quæ in comitiis Ordinum suffragii jure non gaudent, ad iudicium ordinariorum spectare cognitionem, si modo perpetrata fuerint in tali provincia, quæ in comitiis Ordinum generalium Fœderati Belgii suffragii dicendi jus habet, prout illam dicti decreti anni 1651. interpretationem suasit subsecutum deinceps decretum Ordinum Hollandæ 30. Sep. 1655. quo placuit absque restrictione ad loca suffragii jus habentia, delicta omnia communia ex sua natura ad ordinarii, non militaris iudicis iurisdictionem pertinere, secundum traditam in Responsio juris apud Petrum Bort *van criminele saken, tit. 1. sub num. 50. pag. mibi 22. col. 1.* Neque hoc loco prætermittendum, delicta quidem militum graviora, quæ scilicet contra leges militares & edicta commissa sunt, coerceri debere per consilium militare in urbibus præsidariis, nec domestica præfectorum legionis subesse coercionem: at, si levius sit admissum, veluti si gregarius aut ordinis inferioris præfectus ultra tempus literis comæatus expressum remanserit, aut ebrius fuerit, aut irreverenter erga præpositos suos sese gesserit, sic ut propterea coercitio vindictarum (*spoorroedem*) aut equi lignel, aut portationis scopetorum vel ephippiorum aut condemnationis ad panem & aquam, aut alia similibus imponenda sit, decerni eam debere per præfectos legionum; ut tamen ante executionem id significet urbis gubernatori, *Reglement op de proceduren per militairam in saken van geringe importantie* 24. Febr. 1697. *artic. 7. 8. vol. 4. placit. Holl. pag. 167.*

105. Militibus militaria delicta committentibus, & ob id a iudicio solo militari coercendis, annumerati etiam inveniuntur iurisdictionis intuitu pagani illi, qui sortitione vel aliter pagani in numeros seu cohortes relati difficilioribus belli temporibus, non parent iussibus, aut se non sistant, aut alteri crimini militari sese reddunt obnoxios, *decreto ordin. Holl. 13. Septemb. 1673. vol. 3. placit. Holl. pag. 180.* quod & cautum dicta epistola Sereniss. Britannicæ Regis ad Ordinis Provincia Ultrapictinæ, relata in actis istius Provinciae 2. Junii 1675.

106. Quod si ante datum militis nomen paganus deliquerit, ac (dum forte profugus) edictis citatus fuerit, tandemque condemnatus, deinde autem miles

fiat, superveniens militia impedimento non erit, quo minus ab ordinario iudice civili, qui sententiam tulit, capiatur, ac sententiæ patiatur executionem, nequaquam ad militare tribunal remittendum. Si enim ille, qui demum, posteaquam in jus vocatus fuit, miles esse cœpit, jus revocandi forum in ea causa habere nequeat, quasi præventus, *l. si quis, posteaquam 7. ff. b. t. non magis, quam si in loco domicilii litem patiens, eadem pendente aliorum mil-gret, l. pen. ff. de iurisdic. junct. l. ubi acceptum 30. ff. b. t. longe minus ad aliud forum remissionem fieri jure postulerit, si nil præter executionem restet, tota lite jam ante militiam a iudice pagano per sententiam directa: præsertim, cum ipsos iudicio publico damnatos in militum numerum recipi prohibitum sit, l. qui cum uno 4. §. adulterii 7. ff. de re militari, Christineus vol. 5. *decis. 221. num. 18. et seqq.* Neque his, quæ de eo dicta, qui post in jus vocationem militare cœpit, edicte fori militaris privilegio uti prohibetur, contrarium est, quod a Menandro scriptum in *d. l. qui cum uno 4. §. reus 5. ff. de re militari.* Cum non alia illius sententia sit, quam quod paganus postulatus reus criminis, si nomen dederit militæ, ibi capite puniendus sit ubi militat, nec ad forum, in quo reus est postulatus, debeat remitti; non, quod capite ple-tendus sit ob perpetratum prius capitale crimen; sed quod capitale sit crimen, alterius iudicii capitalis aut sententiæ evitandæ causa ex voluntate libera nomen militæ dare. Quo modo & in eadem *l. 4. §. ad bestias 1. Et §. 2. ff. de re militari* traditum, eum, qui ad bestias datus vel in insulam deportatus, effugit, & militæ se dedit, capite puniendus esse. Adde Gloss. ad *d. l. 4. §. 5.* Quin imo, etsi secundum generalia Romani juris fundamenta miles non arceatur a fori militaris privilegio, si conveniatur ex causis militia vetustioribus, cum ante acceptum militæ cingulum necdum esset in jus vocatus, nisi fraudulenter & eo animo militæ se dedisset, ut sub obtentu militæ pretiosioram se adversario faceret, *l. qui cum uno 4. §. non omnis 3. ff. de re militari;* tamen prædicta constitutione Philippi Hispan. Regia definitum fuit, eum, qui deliquerit ante militiam, si postea miles fiat, antequam his ei mota esset, non a militari, sed civili iudice puniendum esse, *Ordonantia op de criminele Justitie ann. 1570. art. 63. Et 71.* De delictis navalibus, aut in India orientali, vel occidentali, vel itinere perpetratis, dixi in *seqq. b. t. n. 123.**

107. In causis civilibus ac pecuniariis a jure Romano mores magnopere recessisse, haud invenio; adeoque sive miles a milite, sive miles a pagano conveniatur, non nisi coram militari iudice lis agitanda est, ipso id desiderante, *l. magistraria 6. C. de iurisdic. omni. judic. d. l. pen. Cod. de pactis.* Secus, si ipse miles actoris partes subiens, paganus vellet in jus vocare; cum enim actor sequi debeat forum rei, apud civilem iudicem eam ventilari litem convenit, arg. *d. l. 6. Et l. 2. C. de iurisdic. omni. jud.* Vide tamen post addita ad num. 103. in fine *b. tit.* Quin imo, etiamsi miles jam missus fuerit, sed rationum redditioni manserit obnoxios ex iis, quæ durante militæ causa tradidit (dum forte communes numeri sui res expedivit, ut potest, *l. filiusfamilias 8. §. veterani 2. ff. de procurator.*)

super rationibus militaribus in iudicio militari recte convenitur, nulla usus fori præscriptione; cum ibi & instructio sufficiens, & nota testimonia, & verissima possint documenta præstari, *l. 2. C. ubi de rationibus*.

108. Hoc tamen privilegium militare forum in civilibus non aliter videtur iure Romano fuisse admissum, quam si miles in locis illis aut provinciis, in quibus expeditionis aut præsidii causa morabatur, apud illius provincie aut municipii iudices ordinarios conveniretur. Cum enim milites illis non alia ratione viderentur absesse, quam quia ad tempus illic morabantur, & temporarium atque improprie dictum domicilium habebant, (retinentes scilicet jus domicili in loco illo, in quo illud ante militiam ac expeditionem susceptam habuerant, & a quo absesse reipublice causa dicebatur, *l. miles 7. l. miles 36. l. pen. ff. de quib. causis majores*.) commodum fuit, suos illic peculiare tunc iudices assignari, duces suos & similes, ad quos, conventi apud ordinarios iudices loci, in quo peregrini erant, sese remitti postularent. Sed non ideo impediti prorsus fuerunt creditores, quominus in domicili loco apud iudices ordinarios convenirent milites, etsi reipublice & expeditionis causa tum absentes, si modo procuratorem domi reliquissent, per quem potuissent absentes defendi, vel bona habere in loco domicili propriè dicti, quia propter ipsorum absentiam iudice ordinario potuissent possideri. Quod satis innuitur a Gordiano Imp. in *l. ignorare 4. C. de re iudicat. milit. & eorum, qui reipub. caus. abrum* dum constituit, eorum qui Reipublica causa abrum (inter quos & milites) si boni viri arbitrati non defendantur, bona tantum possideri; venditionem autem in id tempus differri, quo reipublica causa abesse deservit; atque adeo eos, absentia durante, & conventi in loco domicili & indefenso missionem in bona pati, permittit, sola impedita propter absentiam distractione bonorum; vel saltem restitutione delinqueps adversus distractionem concessa, non per militares iudices, sed per ipsos præsidēs provinciarum, ut colligi potest ex *l. si finita 15. §. si sorte domus 22. ff. de damno infecto*, junct, *l. si, cum militaribus 6. C. de restitution. militum*. Unde & executio in stipendium militis condemnati per præsidem facta proponitur, atque etiam aliis deficientibus in subsidium permittitur: Marcello enim militi rescribentes Imp. stipendia, inquit, retineri præstare, quod condemnatus es, non patietur præter provinciam, cum rem judicatam possis aliis rationibus exequi, *l. stipendia 4. C. de execut. rei judicate*. Imo generaliter, ex *l. unic. C. in quib. causis militantes fori præscrip. uti non possunt*, sancitum est, in quacunque militia vel dignitate positos, sub moderatoribus provincialibus pro functionibus publicis, ac debitis publicis, uti & in aliis privatis actionibus occupatos, debere respondere, nulla fori præscriptione valitura. Neque existimandum, in *d. l. unic. armatos milites exceptos esse*, in verbis, qui vel per provincias sciuntur, ut habet *lib. 7. Basilic. tit. 5. leg. 93.* vel conductorum vocabulis, si non armata militia præditi sint defendantur: cum non aliud velint Imperatores, quam quod militantes non modo in aliis privatis actionibus occupati, præsidibus provincialium respondere teneantur, sed &, si nego-

tentur aut prædiorum conductores sint, dummodo cum fuerint tunc milites armati; eo quod nominatim militibus armatis interdictum fuit, ne negotientur, neve prædia conducant in ea provincia, in qua militant, *l. miles 31. C. de locato, l. unic. C. negotiatores ne militent*, ut proinde merito, ubi de negotiatione aut conductioe sermo erat, excipi deberint; ne alioquin ipsis militiam armatam gerentibus videretur Imperatoria auctoritate concessum negotiandi prædiorum conducendi jus. Confirmatque hanc exceptionem duplex limitatio in eadem lege unica in quib. causa militantes fori præscrip. subjuncta; puta, nisi vel contumacium ad rem propriam componendam per unius anni inducias acceperint, atque ita negotiati fuerint, vel a Principe mercandi simul & militandi licentiam impetraverint; tunc enim etiam militiam armatam gerentes, etsi licite negotientur, aut conducant, tamen fori præscriptione in hisce carent; quippe non ut milites, sed ut negotiatores aut conductores considerati, ideoque non militari iudicio, sed præsidibus subijciendi. Tantoque magis hæc d. legi sententia tribuenda est; quia jam ante a Constantio Imp. velut jus certum, fuit adnotatum, milites non in civilibus, sed criminalibus subducos esse præsidum jurisdictioni. Desinitum est, inquit, provinciarum rectores in civilibus causis litigia terminare, etsi militantes exceperint jurgia vel moverint, sed in criminalibus causis, si militans aliquid admisisse fuerint, is cognoscat, cui militaris rei cura mandata est, *l. 2. Cod. Theodosiani, de jurisdictione*. Licet ergo (ut absolvam) creditores non potuerint milites invitos convenire in loco, ubi militabant, coram ordinatis istius loci iudicibus, sed opposita fori præscriptione ad iudicem militarem essent remittendi; ad ordinarium tamen iudicem recte in his vocari potuerunt, vel etiam ad peculiarem iudicem istius negotiationis aut professionis, quam præter militiam exercebant, lege non refragante, aut Principe permittente; sic ut in creditorum arbitrio esset, an militem debitorem ad iudicem militarem, an potius ad competentem civilem secundum ante vocari mallet; nec liberum fuerit militi, ad alterutrum vocato, sese fori præscriptione nullatenus tueri. Quod ex Anastasio constitutione manifestissimum, dum vult, eos, qui in quacunque militia constituti sunt, & præterea professionem aut negotiationem sustinent, compellendos esse obedire iis iudicibus, ad quorum sollicitudinem professionis seu negotiationis, quam præter militiam exercent, gubernatio respicit; præmissa ratione, quod periniquum & temerarium sit, eos, qui professiones aliquas seu negotiationes exercent, iudicium, ad quos eorum professionum cura pertinet, jurisdictionem & præceptionem declinare conari. Sed tamen eosdem spiritus quoque iudicibus, sub quorum jurisdictione militia constituta erat id est, quorum jurisdictioni ipsi propter militiam ex privilegio suberant, procul dubio debere respondere, *l. ult. C. de jurisd. omni. iudicam*. Confer libellum, cui titulus: *Conduite des tribunaux militaires, représentés à son Excellence, par les États de la Province de Flandres*. Epistola tamen Serniss. magnæ Brit. Regis, ad Ordines Ultrajectinos data anno 1675. cautum, ordinarii iudicis civilis jurisdictionem fore, quoties miles a non milite, vel

miles a milite persequi iudicio vult sibi debitum; nisi inter duos milites de militari stipendio lis esset; ejus enim decisionem iis reservari, ad quos secundum antiquam consuetudinem de tali controversia iudicium spectavit. Plane ex recentissimo decreto Consilii Status Fœderati Belgii 9. Febr. 1703. & per id revocato in usum decreto Ordinum Generalium 25 Martii 1651. iudicibus militaribus in illis urbibus, quæ in Comitibus Ordinum suffragii jus habent (*sic in staat hebben*) denegata in universum videtur omnis jurisdictio in causis civilibus; sic ut viri militantes in iis *apprehensibiles, concenibiles, & executabiles* sint apud iudices ordinarios, sententias suas etiam in stipendiis militum condemnatorum executioni daturus, si alia bona deficiant.

109. Proximi militibus studiosi sunt, qui licet reipublica causa non absint a domicili loci, iustissima tamen ex causa dicuntur abesse, *l. nec non 23. ff. ex quib. caus. majores*, studiorum causa exules fieri ac peregrinari, ideoque digni visi, quibus beneficio Imperatoris cum aliis prerogativis etiam fori peculiaris privilegium tribuitur, uti & ministris ipsorum nunciisque, *aut. habita C. ne filius pro patre*. Duplex namque ex d. auth. apparet prerogativa, primo quidem, ne scholares ob alterius cujuscunque provinciae debitum vel delictum per pignorationem perversa consuetudine inducantur (ut alibi dictum) in jus vocentur, aut injuriam ullam damnumve sustineant; deinde, si ex proprio forent conveniendi negotio, ut non coram alio, quam domino vel magistro suo, vel ipsius civitatis Episcopo (cui hæc jurisdictio data erat, sed hodie usu generali rursus adempta, ut Donellus notat ad d. *auth. n. 33.*) litteram paterentur; causa, ut iustissima, casuro eo, qui ad alium iudicem eos trahere tentaverit, *d. auth.* Quod singulare fori jus etsi plures ad causas quoque criminales pertinere consuevit; verius tamen est, ex d. auth. non nisi ad civiles lites pertinere: tum quia Imper. Fredericus in d. auth. vult, causa cadere eum, qui studiosum traxerit ad iudicem ex privilegio non competentem; quæ pœna civilibus quidem, at non criminalibus quadrat causis; tum quia gladii potestas & generaliter merum imperium non aliis competit, quam quibus hoc speciali lege vel constitutione datum est, *l. prima ff. de offic. ejus, cui mand. est. jurisdictio*; datum autem domino, id est, Rectori vel magistris, aut Episcopo ex d. auth. non apparet. Neque etiam probabile est, Imperatorem Fredericum plus studiosis indulgere voluisse, quam viris Clarissimis indultum fuit, quorum admissa a iudice ordinario vindicantur, *l. 2. C. ubi senatores vel clariss. solis illustribus fori privilegio in criminali causa munitis, qui aut summis dignitatibus functi sunt, aut honorariis a Principe codicillis donati*; dum illi quidem in consistorio Principis accusandi; hi vero apud præfectum pratorio vel præfectum urbi, vel magistrum officiorum, Principe jubente *l. quoties 3. C. ubi senatores vel Clariss.* Ant. Matthæus de criminibus lib. 4. tit. 13. cap. 5. n. 14. Brunneemannus ad d. *auth. habita Cod. ne filius pro patre*. Sed amplioribus longe finibus aucta inveniuntur hujus nostræ Universitatis Batavicæ studiosi Privilegia fori, dum statutis ejus, articulo 59. ex ampliatione 24. Martii 1662. juncto alio e-

jusdem diei decreto, quod relatum inter placita Ordin. vol. 3. pag. 551. n. 18. cautum, ut studiosi, sive peregrini, sive civitatis Leydensis cives, tum in civilibus, sub quibus & matrimoniales contineri in iudicio contradicte, me alterum rectore, iudicatum est, tum in criminalibus causis, sive actores, sive rei sint, non apud alium, quam Academicum iudicem litigare compellantur, nisi jam majorem fori privilegio specificè renunciant: Professores vero, sive singuli, sive universim considerati, eorumque viduz, non nisi coram Hollandiæ curia conveniuntur, bonorum suorum curatorem ab ea accipiant, cum bona solvendo non sunt; apud ordinariorum autem iudices adversarios suos ipsi tamquam actores in jus vocent. Excipiuntur tamen lites de finibus aut servitutibus aliisve similibus, quarum cognitio ac definitio iudici urbano reservata est, & forte generaliter omnes in rem actiones, quatenus in loco rei sitæ tractandæ sunt, Vinnius quart. test. lib. 1. cap. 18. circa princip. uti &, si de tutore ipsis studiosis minorenibus aut professorum scholariumve liberis dando agatur, *d. ampliat. 24. Martii 1662.* Restitutiones quoque in integrum adversus contractus damnosos minorum vix est ut sibi arrogent Academici iudices, quippe supremæ curiæ Principem repræsentanti specialiter demandatas, ut dictum tit. de restitut. in integrum num. 4. An autem & tunc fori privilegio scholares uti possint, cum non propriis, sed censis sibi actionibus experiri volunt, questionis est. In iis quidem Universitatibus, quæ etiamnum Hispaniarum Regi in Belgio subsunt, privilegium cessare, nisi cessio nominis sit facta studioso a patre, patruo, avunculo, & fratre, notat Christinus vol. 5. decis. 35. & personas miserabiles, prima instantia apud iudicem superiorem ex privilegio litigare valentes, in actionibus censis eo iure apud nos destitui, postea dicitur. Sed quia neque verba d. articuli 59. statutorum nostrorum inter proprias & cessas actiones distinguunt, neque subsecutis statutorum interpretationibus cessas excipiuntur, etiamsi alia recensita fuerint, in quibus fori privilegium secundum ante dicta non debeat admitti; magis est, ut in censis quoque nominibus fori prerogativam studiosis ex d. articulo 59. generaliter loquente vindicemus. Eoque confero, quod generaliter traditum invenio a pragmaticis, exceptionem mere personalem, quæ cedenti opposit, potuit, cessionario ex sua persona privilegiato poni non posse, nisi aliud consuetudine, vel lemmunicipali cautum esset: cui exceptionem genege etiam fori declinatoria adnumeranda est; cum non videatur rei coherere aut rem comitari, sed planè a persona privilegio munita aut destituta dependere. Nisi forte inter causam onerosam & lucrativam videatur distinguendum eo modo, quo de reconventionem supra adnotatum est. Ant. Faber Cod. lib. 3. t. 12. de jurisdict. defin. 22. Sande de action. correctione cap. 13. n. 7. & sequ. Costalium ad l. 22. ff. mandati. De cetero non interest, an in ipsa civitate Leydensi, an extra eam in aliqua Hollandiæ parte contraxerit studiosus aut crimen perpetraverit; secundum ea, quæ bis in possessorio de criminali jurisdictione iudicio inter tribunal Academicum & Nobiliores duas Hollandiæ civitates a Curia suprema definitum est. Confer de privilegiato studioso-

in foro DD. ad auct. habita C. ne filius pro patre Christinzum vol. 5. decis. 34. 55. 36.

110. Clericos & Monachos quod attinet, increvisse paulatim in his fori privilegiati jura, ex variis Imperatorum constitutionibus manifestum est. Etenim primo quidem a Marciano Imperatore Clericis Constantinopolitanis indultum, ut non nisi coram Archiepiscopo, Episcopo, vel praefecto pratorio possent conveniri, l. cum clericis 25. C. de epis. & clericis, l. decernimus 13. C. de epis. audientia. Quae sere confirmata a Leone & Anthemio; eo addito, quod Clerici peregrini ex Provinciis Constantinopolim venientes, ibidem non nisi apud praefectum pratorio cogerentur litigare; de cetero omnes ordinarii subessent suis provinciae moderatoribus, l. omnes 33. C. de epis. & clericis. Justinianus vero generaliter ordini Clericorum dedit, ut in causis quidem ecclesiasticis non alios sortirentur iudices, quam Episcopos, aut Metropolitanos, & provinciae suae Synodos, aut Patriarchas, causa apud Episcopos primum agitata, & per appellationes deinceps gradatim ad superiores deferenda: in civilibus, sub quibus & criminalia, actoris electio esset, an civilem an ecclesiasticum iudicem adire malit, l. sancimus ut nemo 29. C. de epis. audientia. Tandem post quasdam varietates, ex novell. 79. & 83. petendas, constituit in novell. 123. cap. sed neque pro B. 21. 22. 23. Episcopum ad iudicem civilem vocari non posse sine speciali iussu Principis; sed magis ad Metropolitanum; Metropolitanum ad Patriarcham: causas omnes ecclesiasticas non nisi a iudice ecclesiastico dijudicandas esse; oeconomos, xenodochos, nosocomos, prochorophos, & aliorum venerabilium locorum administratores, apud Episcopum suum de rationibus administrationis et debitis administrationis intuitu interpellari oportere: Clericos & Monachos in causis civilibus ad Episcopum vocandos; appellatione tamen ad ordinarium iudicem patente ei, qui se sententia Episcopi gravatum putat, ac appellatione ulteriore deinceps denegata, si per ordinarium iudicem sententia Episcopi confirmata sit: in criminalibus itidem ad Episcopos, ita ut convicti, ab iisdem ecclesiastico honore spoliarentur; a iudice seculari deinceps iudicandi ac puniendi. Jure Canonico de civilibus Clericorum causis soli iudices ecclesiastici iudicant; ne prorogatione quidem jurisdictionis in iudices seculares permissa, cap. si diligenti 12. & cap. significasti 18. extra, de foro compet. de criminum accusationibus iudices sortirentur, ut paulo ante dictum, l. 2. 3. & tot. tit. C. ubi senatores vel clarissimi. Quocum in plurimis conveniunt Hollandiae mores, secundum quos Hollandiae nobiles, Curiarum Hollandicarum senatores, nec non federatarum Provinciarum delegati ad collegia publica Hagae comitis congregari solita, eorumque ministri, Academiae Batavicae antecessores, advocati denique Hagae comitis degentes, & quotquot veniunt appellatione suppositorum Curiae, nec opificium nec artificum profitentes, in causis civilibus ac criminalibus nonnisi coram Hollandiae curia conveniri possunt; alibi apud inferiora Hollandiae tribunalia nec verbali nec reali in ius vocatione inquietandi; exceptis tamen questionibus de servitute, de finibus, ac in rem actionibus, quae ordinario iudici inferiori reservatae sunt, Provisionele Or-

Voet ad Pandect. Tom. II.

dre op. de differenten tussoben den Provincien Rade en de Magistraat van 's Gravenhage 27. Septembris 1614. art. 9. 10. 12. vol. 2. placit. Holl. pag. 1378. instruct. Curia Holland. art. 8. & 73. statuto Acad. Leydens. art. 39. Wassenar praet. jud. cap. 1. num. 17. Groenewegen ad rubric. C. ubi senatores vel Clariss. Etal enim verum sit, causas criminales ratione nobilium, senatorum, advocatorum, similiumque, non debere censi subductas ordinariorum iudicum jurisdictioni, si statuto tantum cautum esset, tales in actionibus omnibus in personam non nisi apud Curiam superiorem conveniri posse; eo quod actionis vocabulo accusatio in dubio comprehensa non est, ac statutorum vocabula in propria debent accipi significatione, quoties ab ea recedi non suadet absurdus alioquin futurus statuti sensus; ideoque his aliisque motus parens p. mem. Paulus Voet de Curiae Ultrajectinae advocatis responderit, eos in criminibus urbano iudici mansisse subjectos, cum Curiae provincialis instructione tit. 4. art. 15. tantum personalium actionum mentio comprehensa est, tract. de statutis sess. 7. cap. 3. num. 16. usque ad finem; tamen de Hollandiae advocatis, & similibus curiae suppositis, contra dicendum est; eo quod non simpliciter in personalibus actionibus dicuntur curiae subjecti esse, sed generaliter jurisdictionis sine distinctione inter civiles & criminales causas Curiae provinciales in nobiles & suppositorum appellatione venientes competere, privative, ut habet d. conventio inter Curiam provincialem & Magistratus Hagenses, d. art. 9. Plane si in causis civilibus non rei, sed actores sint, ad curiam suos haud possunt evocare adversarios, sed secundum ius commune sequi tenentur forum rei (quod & de Academiae huius antecessoribus cautum status. art. 39.) eo excepto, quod pro salario consequendo etiam advocatis ac procuratoribus data potestas est suos adversarios ad curiam vocandi, d. art. 73. instructionis Curiae Holland. quo iure etiam Ultrajectinos & Brabantinos advocatos uti, patet ex instruct. Curiae Ultraject. tit. 4. art. 15. Brabant. art. 295.

112. Si tamen nobiles, senatores, advocati, similesque, extra Hollandiae territorium in aliis locis deprehendantur, aut bona habeant, recte illic personali possunt conveniri actione, mediante arresto, atque etiam delicti aut criminis accusari; eo quod privilegium nihil operari potest ultra aut extra territorium ejus, qui illud concessit, Groenewegen ad l. 1. C. ubi senat. vel. clariss. quemadmodum etiam consiliarios civitatum, nec non advocatos apud iudices inferiores in urbibus Hollandiae praxin exercentes, ibique fixum habentes domicilium, apud ordinarios iudices, ubi larem fovet, conveniendos esse, notat idem Groenewegen ad rubric. C. ubi senator. vel. clariss. n. 3. et i. & nobiles Hagae non degentes apud ordinarium iudicem vel curiam provincialem conveniri possunt, ita ut praeventioni locus sit, instruct. Curiae Holl. art. 8.

113. Quod si in ipso deliquerint officio qui ad res maritimas curandas collegii maritimis tanquam assessores adscripti sunt (Roden ter Admiralties), aut aliorum Belgii Federati collegiorum membris accensiti, sic ut in verba Ordinum Generalium iuraverint, coercitio non ad ordinarios iudices loci, in quo muneris obeundi causa morantur, sed ad Or-

dines Generales, vel ad Ordines illius provincie, quam representant, iudices ab iis delegatos, spectare videtur. Quod & usu servatum vidi, ac multis adstructum est in respons. Hitor. Holland. part. 5. conrl. 117. Confer tamen *placitum Ordin. Koll. 3. Octobr. 1656. vol. 2. p. 1157. & 2451.* ubi jus singulare est quantum ad eos, qui Ordinibus generalibus sacramento devincti esse, & in officium dicuntur commisisse. Quid in Germania de virorum illustrium foro competente obtineat, vide apud Meyerum *col. iv. Argentor. ad Land. b. r. n. 257. & seqq.*

114. Ad hæc mercatorum & opificum proprios fuisse iudices, qui de his iudicarent, quæ ad negotiationem aut artificium certum spectabant, innuit satis l. ult. C. de iurisdic. omn. iudic. ut tamen actoris in arbitrio fuerit, an apud peculiarem istius negotiationis aut artificii iudicem, vellet suum convenire adversarium; idque de spectantibus ad illud artificii vel mercimonii genus negotiis, non item aliis, d. l. ult. Quanquam vero nunc apud nos penes plerique artificum collegia ac præfectos eorum potestas exigua prorsus est, teste Groenewegio ad d. l. ult. in aliis nihilominus regionibus etiamnum sat magna apparet, ut constat ex iis, quæ habet Brunnemanus ad d. l. ult. Sed & in Belgio Fœderato societati mercatorum gentis Anglicanæ datum fuit, ut in civilibus ordinario non subsint iudici, sed suo proprio, per quem more gentis illius iudicatur: si modo propriæ, non item cessæ actiones in iudicium deducantur: in criminalibus subsint ordinario loci iudici; ita tamen, ut cum accusato delator criminis simul carceri mancipetur petente reo, nec dimittatur, nisi convicto eodem, aut dimisso. *Placitum Ord. General. 9. Januarii 1547. vol. 1. placit. Holland. pag. 756. & seqq. præcipue 763.* In Portugallæ quoque regno peculiaris iudex est, quem iudicem conservatorem dicunt, cuius est privatis ibidem ortis inter Belgii Fœderati incolas litibus iudicare; & sine cuius consensu Belgam a Iudice Portugallo ob crimen apprehendi nefas est, nisi in flagrante fuerit delicto prehensus, *Instrumentum Pacis inter Portugallia Regem & Provincias Fœderatas 6. Augusti 1661. artic. 9. & 13. vol. 2. placit. Holland. pag. 2853. & 2858.* Extat præterea amplissimum Nationi Belgicæ a Rege Persarum concessum fori peculiaris in Persia Jus, anno 1623. & ab Ordinibus generalibus confirmatum 24. Decemb. 1624. vol. 2. placit. Holl. pag. 1315. ac quibusdam etiam nationis Belgicæ apud gentes extraneas consulibus id datum fuit, ut inter mercatores Belgas iudices essent, *Acte van de Staten Generaal voor den Consul van Aleppo, nopens de Jadicature 17. Febr. 1616. vol. 2. placit. Holland. pag. 1335.* Quæ juris dicundi potestas etiamnum salva est illis, qui per urbes Imperatoris Turcarum parentes consulationis gentis nostræ conspiciunt: at aliis, per regiones mari Mediterraneo in Hispania, Gallia, Italia adjacentes consulationi fungentibus, adempta prorsus seu denegata *Ordin. General. 24. Iulii 1633. vol. 2. placit. Holl. pag. 1343.* De aliis collegiorum aliorum membris, aut certo ministerio addictis, puta de agentibus in rebus, ministeriis, silentiariis & cubiculariis Imperatoris, exceptoribus, fabricientibus sacre fabricæ, sustitiis, reliquisque id genus pluri-

bus, quo in loco competens sortiantur forum, dicere supersedeo, videatur, si opus, Meyerus *Colleg. Argem. ad Land. b. r. n. 261.*

115. upillis præterea & viduabus aliisque personis miserabilibus, ne circuitibus longoque litium gradatim varios apud iudices tractandarum sufflamine res suas viderent attritas, tributum, ut, si velint, prætermisso inferiori iudicio, causæ suæ examen per saltum Principali possint examini committere, l. unic. C. quando Imperat. inter pupillos vel al. miserab. personas cognoscas. Non tamen inter interpretes expeditum satis est, quinam hic miserabilium personarum veniant appellatione. *Pupillorum* quidem mentione occurrente, & eorum, qui diuturno morbo fatigati sunt, & debiles, non dubium, quin & ad minores, & prodigos, & generaliter omnes eos, qui propter animi corporisve vitium aliena cura indigent, privilegium hocce porrigendum sit, arg. l. & mulieri 15. §. 1. ff. de curator. furioso & alii infra min. dandis, l. dabimusque 19. §. 1. l. 20. 21. 22. ff. de reb. auctior. iud. possid. vel. vendend. dit, neque absurdum fuerit, ad senes quoque decrepitos, qui propriis rebus superesse nequeunt, nec minus quam pupilli alieno egent auxilio, jus idem transferre, cum his pueri senes tales sint, ac senectus ipsa morbus, Rebuffus ad consil. reg. rom. 1. tract. de sensent. provisionalib. art. 3. gloss. ult. n. 11. Matth. de Afflictis decr. 257. in pr. Aug. Barbosa in Collect. Cod. ad d. l. unic. n. 31. Menochius de arbitrat. iudic. lib. 2. casu 96. n. 10. Mascardus de probation. conclus. 1066. n. 5. Tuldenu ad tit. C. quando Imp. inter. pupill. num. ult. Sub viduabus an & virgines majorenes comprehendantur, minus certum. Antiquioribus plerisque visum fuit affirmandum, ut patet ex Menochio d. casu 66. n. 8. Aug. Barbosa ad d. l. unic. n. 5. & seqq. Covarruvia pract. quæst. cap. 7. n. 1. & de Frisiz praxi id testatur Sande decr. Frisic. lib. 1. defn. 2. Nec veri species caret ista opinio; viduum enim non eam solum dici, Labeo ait, quæ aliquando nupta fuisset, sed eam quoque mulierem, quæ virum non habuisset, l. malum 242. §. viduam 3. ff. de verbor. signif. Sed cum novum non sit, vocabula vel in proprio vel etiam improprio sensu tum apud probatos auctores tum in iure nostro accipi; ut in stupri & adulterii, rapti & irriti, cognatorum, fratrum, filiorum aliarumque rerum prope innumerarum appellatione contingit, l. inter liberos 6. §. lex 1. §. ad l. Jul. de adulter. §. hoc. autem 5. Instit. quib. mod. testam. infirm. l. falsa demonstratio 33. ff. de condit. & demonstr. junct. l. neque præfatio 5. C. de testamentis, l. filii appellatione & junct. l. iusta interpretatione 201. ff. de verb. signif. §. ult. Instit. qui testam. tut. dari poss. a propria autem vocis significatione recedendum non sit, nisi quando manifestum est, illud voluisse legislatorum, l. non aliter 69. ff. de legatis 3. maxime in iis, quæ contra juris communis rationem iure singulari introducta sunt, arg. l. quod vero contra 14. ff. de legibus, neque dubium sit, quin vidua proprie dicatur illa, quæ aliquando nupta fuit; consequens est, ut d. legis unic. dispositionem non satis apte virginibus seu inaptis puellis accommodemus; quod & placuit Covarruviz d. cap. 7. num. 2. Andr. Gayl. lib. 1. obitero. 1. num. 42. 43. Tuldenu ad tit. C. quando



*Imp. inter pupillum &c. cogniti*, num. ult. ac mortis moribus comprobatum est, quibus non nisi certis in casibus puella innupta hoc fori privilegio uti solent; puta, si justa de causa nimium adversarii potentiam reformident, vel impragnata duci se aut dotari, & infantem ali petant, Groenewegen ad d. l. unic. num. 3. & 4.

116. Viduabus tamen, quæ maritum extulerunt, annumerandæ videntur nuptæ illæ, quibus mariti inutiles sunt, ut frustra a viris suis defensionem sperent; veluti si vel exul sit maritus, vel ad triremes damnatus, vel captus ab hostibus, vel furiosus, vel prodigus declaratus, sic ut ipsi vivo, vigenti, videntique jam quasi funus ductum sit, & civiliter pro mortuo habendus videatur. Quo facit quod jure Canonico legitur, Ecclesiam juxta communem loquendi modum dici viduatam, quæ licet Episcopum habeat, inutilem tamen perhibetur habere, cap. inter corporalia 2. in med. extra, de translat. episcopi, Covarruvias pract. quest. cap. 7. n. 2. vers. et in hoc eodem. Menochius de arbitrar. judic. lib. 2. casu 66. n. 9. Aug. Barbosa in Collect. Cod. ad d. l. unic. num. 9. Andr. Gayl. libr. obiero. 1. n. 44.

117. Nec refert, utrum pauperum an opulentæ hæ personæ sint, cum sola conditio atque status, non item patrimonium, in hoc fori privilegio consideratum sit, nec d. l. unica distinctionem faciat. Menochius d. casu 66. n. 11. Andr. Gayl. l. 1. obiero. 1. n. 40. Cancrinius variar. resolut. part. 2. cap. 2. n. 5. Aug. Barbosa ad d. l. unic. n. 20. ibique plures allegati.

118. Porro & mercatores a domiciliis loco absentes, in locis illis, in quibus negotiationis ergo peregrinantur, tanquam miserabiles personas considerari debere fori intuitu, si in vestigialibus aliisque similibus graventur, statuunt, Rebuffus ad censur. reg. som. 1. tract. de soment. provisional. art. 3. glor. ult. num. quinto, mercatoribus, Menochius d. casu 66. n. 18. Barbosa ad d. l. unic. n. 37. Quod in Belgio Fœderato hætenus verum, ut de vestigali us similibusque pro mercium importatione & exportatione solvendis cognoscant non ordinarii iudices, sed præposita rei maritimæ collegia, ut in seqq. dicitur. Quamvis hoc favore mercaturæ in Hollandia constitutum sit, item inter duos mercatores peregrinos, prætermissis ordinario iudice inferiore, imo & prætermisssa curia provinciali, prima instantia apud supremam curiam posse moveri, instruct. curia suprema art. 18. eodem modo, quo ante suprema Curia Mechliniæ institutæ cognitio inter tales peregrinos data fuit at. Status & Ordonance declaratione par Charles V. anno 1527. 7. Octobre. vol. 2. placitor. Holl. pag. 1526. dott. med.

119. Ecclesias insuper plæque causas, nosocomia, gerontocomia, orphanotrophia, & alia similia, pupillorum exemplo gaudere fori prærogativa secundum d. l. unic. passim ab interpretibus, paucis dissentientibus, tradi videas. In gerontocomiis sane & nosocomiis & brephotrophis ac similibus esse miserabilium personarum consertiem, ambiguum hæud est, ac pluribus adtruit Marta digestis juris novis. som. 6. tit. hospitalia cap. 9. ut proinde, quod juri singulis competiturum esset, id universis denepari, iniquum foret; præcipue cum & in libris univer-

sitatum velint huic privilegio locum esse, eo quod universitas & viduas & pupillos & alias personas fortunæ injuria miserabiles in se concludit. Nec aliud in Ecclesia statuendum videtur, si illa de patrimonio cogatur litigare. Etsi enim in tit. de minoribus monitum fuerit, non semper a pupillis ac minoribus ad Ecclesiam argumentum valere, nec jura quæcunque singularia pupillis indulta protinus & ad Ecclesiam debere transferri: ratio tamen diversitatis nulla quantum ad hoc præsens privilegium inter pupillum Ecclesiamque apparet; cum utique Ecclesia æque ac pupillus, oppressionem reformidare debeat, quippe æqualiter cum pupillo ignara rerum suarum, per alios administrandarum, ac tum in judiciis, tum extra ea, alieno defendendarum arbitrio ac fide. Vide Aug. Barbosa ad d. l. unic. numer. 54. Cancrinius, d. lib. 2. cap. 2. variar. resolut. numer. 25. & seqq. Menochium d. libr. 2. casu 66. num. 19.

120. Quia vero lex non distinguit, utrum tales personæ miserabiles actus an rei partes in judicio subituri sint, consequens est, ut hanc iis prærogativam asseramus, sive ipsæ agant, sive conveniantur; sic ut agentes adversarium ad Principis tribunal trahere prima lite invitum possint; conventi ad Principale judicium ab inferiore iudice remitti sese jure desiderent, invitæ tamen non cogantur apud Principem litigare, præterito iudice ordinario inferiore, sive actrices sive reæ sint, Gudelius de jure novis. libr. 4. cap. 2. vers. deinde sciendum, seu num. 23. Covarruvias pract. quest. cap. 7. num. ult. versu sexto deinde, Leeuwen cens. for. part. 2. libr. 1. cap. 15. num. 11. Perezius Cod. ad d. tit. quando Imper. inter pup. vel vid. Quod jus etsi generali in Geldria consuetudine abrogatum testetur Frederic. a Sande de feudis Geldria tract. 3. cap. 1. numer. 16, in aliis tamen plerisque locis etiamnum receptum est eatenus, ut non ipse quidem Princeps, sed superiores iudices (apud nos Curie provinciales) de litibus talium, id desiderantium, queant judicare. Instruct. Curia Holland. art. 8. Curia Ultraject. tit. 1. art. 18. Sande desir. Frætic. libr. 1. tit. 1. de fin. 2. Nec contrarius est Germaniæ usus; cum id unum tantum denegatum sit, ne miserabiles personæ ad cameram Spirensem suos prima instantia adversarios vocent; de cetero Principes ejusque regionis ipsos de talium causis cognoscere, testis est Andr. Gayl. libr. 1. obiero. 1. numer. 40. Suntque hæc certa apud nos, si miserabiles personæ agent; in tantum, ut & pupilli recte suos tutores ad curiam provincialem vocent, ad id, ut hi condemnentur in loco administratæ tutelæ, vel apud magistratus, a quibus creati sunt, rationes reddere. Groenewegen ad d. l. unic. C. quando Imperator &c. Sim. van Leeuwen cens. for. part. 2. libr. 1. cap. 15. numer. 22. At si conveniantur, contendendi haud immerito posset, eas ad ordinarium iudicem sic posse & debere vocari, ut nec fori declinatoria exceptione opposita desiderare queant, ad curiam Hollandiæ sese remitti; eo quod nominatim illud privilegium invenitur indultum viduabus Professorum Academiæ, quæ Leydæ est, ut invitæ non nisi coram Hollandiæ curia conveniantur, statuta Acad. Leyd. art. 39. quod sane frustra de hisce videretur constitutum; si omnibus viduabus commune

esset, ut ordinarii iudicis possent declinare jurisdictionem in jus vocata. Confer Christinum vol. 1. *decis.* 259. num. 14. & *seqq.* ubi de suæ regionis more agens hoc privilegium etiam viduabus ac pupillis similibusque in jus vocatis tribuit, nisi jam litem contestata aut contestati essent; adeo ut tum minoribus nec per in integrum restitutionem succurrendum putet, ad litem contestatam alio transferendam.

121. Nihil autem interest, an hæ personæ ex proprio capite, an jure hæreditario, jus agendi adeptæ sint, dum non privilegiato hæredes extiterunt; cum neque d. l. unica distinguat, nec mores hæcenus introduxerint quantum ad hoc fori privilegium inter proprias & hæreditarias actiones diversitatem. Quemadmodum etiam in Hollandia non refert, utrum lis ipsis intercedat cum aliis non privilegiatis, an cum aliis æquali fori prærogativa munitis, dum pupillus pupillum, vidua viduam, aut pupillus viduam in jus vocat; quæ de praxi testatur Groenewegen *ad d. l. unic. num. 7.* Leeuwen *cons. for. part. 2. libr. 1. cap. 13. n. 18.* quod & in Catalania probari tradit Cancrinius *var. resolut. part. 2. cap. 2. num. 23. 24.* Quamvis cessante constante fori usu, magis generalibus juris fundamentis conveniens esset contraria sententia; eo quod privilegiatus contra æque privilegiatum non potest suum exercere privilegium, sed eo potius loco habendus est quantum ad adversarium æquali jure gaudentem, ac si nulla præ reliquis prærogativa munitis esset, arg. l. verum 11. §. ult. ff. de minor. 25. annis. l. sed & milites 8. pr. ff. de excusat. tutor. l. ult. §. 1. in fine Cod. qui potior in pignore. Cui consequens foret, ut ex jure communi ipse, tanquam actor, rei forum ordinarium deberet sequi, Sænde *decis. Frisic. l. 1. tit. 1. defin. 2.* August. Barbosa in *collectam. ad l. unic. C. quando Imperator inter pupillos &c. num. 29.* Covarruvias *præf. quart. cap. 7. n. 4.* Ant. Thesaurus *decis.* 177. n. 9. in *med.* adeo ut nec probanda videatur Antonii Fabri opinio, qui *lib. 3. Cod. tit. 13. de fin. 1.* censuit, actorem privilegiatum recte evocaturum suum adversarium privilegiatum ad tribunal superius, quando cum personali prærogativa fori, causæ ipsius privilegium ac favor concurrat, veluti si vidua dotem repetat a pupillis. Manet enim, non obstante dotis favore, æqualitas privilegii quantum ad forum attinet; neque ex eo, quod in aliis dotes præcipuum meruerint favorem, recte induxeris, fori quoque intuitu viduam, de ejus restitutione contententem, majore quam pupillos jure gaudere, ac prævalere.

122. Denique nec interest, utrum miserales hæ personæ solæ in lite subsistant, an alios habeant non privilegiatos litis ejusdem consortes, sic ut & ipsi non privilegiati eo casu fori Privilegiati reddantur participes, si modo idem cum privilegiatis jus habeant, ac causa in judicium deducenda individua sit, arg. l. si communem 10. ff. quemadmodum. servituti. amittantur, non item si dividua sit, arg. l. unic. Cod. si in communi eademque causa restitutio postuletur, nisi & dividuam, ad plures spectantem, existimemus in universum in foro privilegiato definiendam esse, ne continentia causæ dividatur, arg. *iii. ff. quibus ex causis ad eund. jud. eatur.* Vid. Costalius *ad d. l. 10. ff. quod quemadmodum servit. amit.* Covar-

ruvius *præf. quart. d. cap. 7. num. ult. in fine.* Aug. Barbosa *Collect. Cod. ad l. unic. quando Imp. inter pupillos &c. num. 17.* Cancrinius *var. resolut. part. 2. cap. 2. num. 27. 28.* Quicquid sit, in causis saltem dividuis si solæ miserales personæ pro sua parte in privilegiato coperint foro experiri, liberum reliquis esse debet, ut sese eis agentibus adjungant, & ita simul causam persequantur; ne aliquin sententia contra personam privilegatam lata ipsis quoque non privilegiatis eodem jure munitis præjudicio sit; nam etsi res inter alios acta aliis directo non noceat, tamen in una eademque causa sequior relata per unum sententia ingentem adversus reliquos, ex eodem jure litigaturos, inducit causæ non bonæ præsumptionem.

123. Quod si in contrahendo renunciaverint suo fori privilegio, an renunciatio rata haberi debeat, questionis est. Plerisque eam inutilem esse visum fuit, eo quod privilegium hoc non privato favore, sed publico, & miserationis intuitu concessum est, cujus generis beneficiis non valide renunciari vel ex eo apparet, quod & cessionis beneficio renuncians ad illud tamen ad inopiam redactus confugere non prohibeatur, (ut alibi dicitur) ita Ant. Thesaurus *decis.* 177. num. 4. Cancrinius *d. part. 2. variar. resolut. cap. 2. n. 29.* Aug. Barbosa *ad d. l. unic. C. num. ult.* Petrus Barbosa *ad l. alia causa 15. §. 1. num. 49. & 50. ff. soluto matrim.* Andr. Gayl. *lib. 1. observ. 1. num. 40.* Sed juri magis conveniens est, renunciationi factæ standum esse, cum ea bonis non adversetur moribus, & obtinuerit, unumquemque licentiam habere his, quæ pro se introducta sunt, renunciandi, l. pen. Cod. de pactis. Parum faciente in contrarium, quod non privato sed publico favore hoc jus fori inductum sit; cum non minus militibus publici favoris intuitu privilegium militaris judicii datum fuerit; quos tamen suo posse juri renunciare, palam est ex *d. l. pen.* Neque semper verum est, invalidam esse renunciationem juris ex miseratione concessi; quod enim beneficio cessionis nemo possit ex renunciatione privari, id peculiari nititur ratione, quod scilicet nemo membrorum dominus sit, l. liber homo 13. ff. ad leg. Aquil. adeoque nec membra seu corpus suum jure possit ad perpetui carceris squallorem & macerationem obligare; quod tamen futurum esset, si beneficii cessionis renunciatio firma foret; quippe quæ potissimum ad id proficit miseris, ne condemnati ob debitum in carcerem detrudantur, l. 1. C. qui bonis cadere poss. De cetero, non magis viduabus, pupillis, aliisque similibus hoc fori peculiaris jus ex miseratione datum est, quam studiosis suum: quis enim (inquit Imp. Fredericus in *autb. habitia C. ne filius pro patre*) eorum non misereatur, qui amore scientiæ exales facti, de divitiis pauperes, semet ipsos exinaniant, vitam suam multis periculis exponunt, & a vilissimis sæpe hominibus corporales injurias sine causa perferunt? Quos tamen militum armorum exemplo renunciare posse fori prærogativis, nisi apud nos minores sint, supra dictum est, Perezius *tit. Cod. quand. Imper. inter pupillos &c. cognoscat, num. ceterum sunt 5.* Ant. Matthæus *de judiciis disput. 4. num. 39.* Eoque facit, quod miserabilibus hisce personis liberum sit, non uti jure suo, & ad ordinarium judicem litigatum ire, ut ante dictum; in tantum,

ut nec restitutione in integrum juvandi sint pupilli, aut vidui, ut ut minores, si per eam sub obtentu litis per errorem apud ordinarios iudices contestata intenderent ad forum privilegiatum remissionem; cum & favor ordinariæ jurisdictionis, & læsio vel incerta, vel sane non admodum magna, restitutionem hoc casu videatur impedire, Covarruvias *pract. quest. cap. 7. num. ult. vers. nono.*

124. Non tamen huic fori privilegio locus est, si pupillis similibusque de minuta tantum quantitate debiti lis cum alio intercedat; qua de causa etiam, uti aut moribus aut legibus municipalibus apud varios populos certa quantitas definita invenitur, intra quam consistens res controversa, apud ordinarium iudicem petenda est; ut patet ex Cancerio *var. resolut. part. 2. cap. 1. num. 21. Covarruv. d. cap. 7. pract. quest. num. 3. vers. hoc tamen privilegium*, aliisque; ita in Hollandia constitutum, ut si personæ miserabiles una cum adversario eodem in loco larem foveant, non aliter ordinarii iudicis jurisdictionem declinent, ac apud curiam provincialem litigent, quam si inter degentes majoribus in urbibus de debito trecentos florenos excedente, in minoribus (quibus & Haga-Comitis adnumerata) centum & quinquaginta, in pagis quinquaginta superante, lis sit. Sin diversis sub iudicibus Hollandis degant, si quidem in urbe, 215 centum aureos excedere debeat, sin ruri, quinquaginta, ut iudici ordinario subduci ex hoc privilegio possit; non actoris sed debitoris domicilio considerato, an in urbe an ruri sit, *nader Ampliatio van d' instruct. van den Hogen en Provincien Rade 24. Martii 1644. artic. 5. 6. 7. Nec Zelandi ab Hollandis, nisi quantitas ducentis & quinquaginta florenis major sit, nader provis. accord tusschen Holl. en Zeeland 11. Junii 1674. art. 4. Simile quid, licet diversa quantitate, cautum instruct. Curiz Flandricæ art. 4. 9.*

125. Esi autem frequentius probatum fuerit, etiam tunc hoc fori privilegium competere, cum actio per non privilegiatum privilegiato cessa est; tum quia *d. l. unic. quand. Imper. inter pup. cognoscat*, non distinguit, unde nec nostrum est distinguere; tum quia, ut supra a me traditum de studiosis, exceptio declinatoria fori, tanquam mere personalis, generaliter cessionario privilegiato opponi nequit, licet cedenti opponi potuisset, si modo cessio bona fide facta fuerit, Barbosa in *Collectan. ad d. l. unic. num. 15. Matth. de Affli. decis. 74. Cancerius d. part. 2. var. resolut. cap. 2. num. 23. in fine*. Hollandis tamen ac Ultrajectinis magis placuit, privilegium fori a miserabilibus personis in propriis quidem & hæreditariis, at nullo modo in censis actionibus exerceri posse, sive oneroso, sive lucrativo titulo, sive voluntate, sive ex necessitate in rem suam procuratores constituti sint, *ampliatio instruct. Curia Holland. 21. Decemb. 1579. artic. 1. vader provisioeneel accord tusschen Holl. en Zeeland. 11. Junii 1674. art. 4. Instruct. Curiz Ultraject. tit. 4. art. 13.*

126. Sic quoque per Hollandiam privilegio huic locus non est, si de securitate mercium transvehendarum (assurantie) questio miserabilibus hisce personis intercedat cum alio, quantumcumque fuerit quantitas eo nomine controversa. *Ampliatio secunda instr. Curia Holl. 24. Martii an. 1644. artic. 23. I-*

demque est, si de adipiscenda possessione agatur, veluti de missione in possessionem hæreditatis, quippe quæ ab ordinario domus mortuariæ iudice decernenda est, Neostadius *Curie Holland. decis. 55. Assignatio insuper bonorum paternorum aut maternorum, si pupillis facienda sit per parentem superstitem, eoque nomine movendum fuerit familiæ erescundæ iudicium, ordinarii iudicis, non vero curiæ Hollandicæ notionem regulariter esse, rescripto Philippi Regis ad Curiam Provincialem 3. Januarii 1557. comprehensum est; quod occurrit inter placita Ordin. Holl. vol. 2. pag. 1489. Præterea, cum legislatori Hollando placuerit, tunc, cum curator datus est hæreditati bonisve, quæ solvendo non sunt aut non esse creduntur, lites omnes ea occasione movendas per creditores aliosque, velut generali iudicio, apud iudicem ordinarium loci, in quo curator est constitutus, omni in casu ventilandas esse, *placito Ordin. Holl. 10. Julii 1677. vol. 3. pag. 672.*, consequens est, ut nec miserabiles personæ eo casu ex fori privilegio ad curiam provincialem prima possint instantia convolare. Idemque dicendum, si iudicio familiæ erescundæ contendendum sit, cum huius generis quæstiones tum in Hollandia, tum in Zelandia in loco domus mortuariæ ventilandæ sint, *nader provis. accord tusschen Holl. en Zeeland 11. Junii 1674. artic. 14.* Denique generaliter fori peculiaris prærogativa, personarum favore ac contemplatione concessam, cessare merito contendendi potest, quoties de talibus negotiis lis agitata est, quæ ex specialibus legibus certis tantum iudicibus cum ordinarii iudicis exclusione sunt demandata; veluti, cum de fraudatis vendigalibus aut tributis, de legum venaticarum transgressione, saltuum publicorum violatione, feudalibus controversiis, politiciis causis, aliisque similibus, cognitio instituenda est. In his enim cessare fori privilegium alioquin non miserabilibus tantum, sed & aliis personis secundum ante dicta datum, necessarium est; cum omnibus aliis iudicibus prærepta sit de causis talibus jurisdictione, & non nisi certis iudicibus tributa; Vultejus *tract. de feudis cap. 17. n. 3. Notabile pointien van Loenen van Jac. de Jonge art. 23.* Plura de hoc miserabilium personarum privilegio congesta vide apud Menochium *de arbit. jud. lib. 2. casu 66. Maschardum de probation. conclus. 1066. Covarruviam pract. quest. cap. 7. Thesaurum decis. 177. Rebuffum ad constitutiones regias tom. 1. diff. tract. de sentent. provisional. art. 3. gloss. ult. Cancerium variar. resolution. part. 2. cap. 2. Leeuwen consur. forens. part. 2. lib. 1. cap. 13. n. 11. et seqq.**

127. Sed ut, quæ de cessante miserabilium personarum privilegio in causis, certis tantum iudicibus cum ordinarii iudicis exclusione demandatis, dicta sunt, manifestius appareant, operæ pretium fuerit, præcipuas harum causarum species recensere. Considerandum ergo, præfecto saltuum & assessoribus ejus commissum fuisse iudicium de peccatis quocunque in loco contra venationis leges, deque-violatis saltibus, & quæ his sunt connexa, ut nullæ sive nobilitatis sive dignitatis sive privilegii prætextu, vel etiam sub obtentu possessionis circa his venandi exercita, in qua se defendi desisteret per eos, quibus de possessione alioquin cognoscere datum est, sese præfecturæ saltuum subducere possit; & vel

ordinarii iudicis vel curiæ Hollandiæ jurisdictioni submittere, sive civiliter sive criminaliter de hisce agatur. Vide *constitutionem Caroli V. 26. Decembris 1517. art. 6. vol. 1. placit. Holland. pag. 1515. & placitum Ordin. Holland. 10. Augusti 1589. d. vol. 1. pag. 1596. & 25. Junii 1621. d. vol. 1. pag. 1420. & senentiam cum actis apud Curiam Hollandiæ 23. Febr. 1672. vol. 3. placit. Holl. pag. 713. 714. 715. ac novissimæ placitum Ordin. Hollan. 22. Novemb. 1670. d. vol. 3. pag. 716. sola appellatione in causis majoris momenti ad curiam Hollandiæ feudalem non ita pridem restitutam concessa, *Instructio Curia feudalit Holl. 7. Aprilis 1661. art. 5. vol. 2. placit. Holl. pag. 2647.**

128. Similiter Collegiis & assessoribus rei maritimæ præpositis (*Collegien ter Admiralties*) data ab Ordinibus generalibus jurisdictio de præda hostiliter per naves bellicas, aut prædatorias auctoritate publica instructas, intercepta; de piratica non jure exercita; de litibus inter naves bellicas aut prædatorias ex ritis, deque delictis per eas commissis; de criminibus in ipa navi perpetratis, quorum coercitio excedit centurionum potestatem; ut & de iis, quæ per socios nauticos reliquosque rei maritimæ operam dantes extra navim admissa sunt, si modo militaria fuerint (reservata criminum communium extra navim commissorum cognitione iudicibus ordinariis loci illius, in quo illa perpetrata, vel in quo delinquentes inventi sunt) præterea de fraudatis vectigalibus mercium exportandarum vel importandarum nomine solvendis, deque illicitæ exportatis aut ad hostes misis, ac denique de delictis eorum, quibus in merces inferendas aut evehendas inquisitio demandata est, (vulgo *Commissen van de conveyen en Licentien en Overschers*) *Instructio van de Statem Generaal voor de Collegien ter Admiralties 13. Augusti 1597. art. 3. 30. 31. vol. 2. placit. Hollan. pag. 1531. & 1577. 1534.* Neque interest, si quo merces, exportari prohibita, interceptæ fuerint; nam & si vel a militibus deprehensæ fuissent, ac intra loca præsidaria deductæ, non ideo ad militarem iudicem, sed id hos rei maritimæ præfectos pertinere de jure vel injuria exportationis atque interceptionis aut commissi cognitionem, constitutum est decreto Ordinum General. 14. Aprilis 1675. vol. 3. placit. Holland. pag. 1278. num. 55. Quod si mercium illicitarum ad hostes transportandarum rei non in ipso delicto deprehensi fuerint, sed demum postea tanquam editorum transgressores accusandi veniant, non jam solia collegiis maritimis, sed & ordinariis iudicibus ejus delicti executio patet, sic ut præventionis locus sit, *placito Ordin. General. 31. Decemb. 1657. art. 9. & 10. vol. 2. placit. Holland. pag. 519* quod repetitum edictis variis 19. Martii 1665. 14. Aprilis 1672. 11. Aprilis 1675. art. 9. & 10. vol. 3. placit. pag. 254. & 9. Martii 1689. art. 13. vol. 4. placit. Holl. pag. 200. Quin imo, si naves aut merces redemptæ fuerint ab hostibus, ac de earum proprietate, redemptionis validitate, aut restitutione questio sit, non collegia maritima, sed iudices ordinarii judicare debere, & quidem de plano, appellationis reformationis aut supplicationis licentia decepta, sancitum fuit in quadam facti specie 4. Martii 1600. vol. 2. placit. Holl. pag. 39. & seqq. Similiter de delictis in navi, Indianam orien-

talem petente, vel inde redeunte, commissis, cognitio cameris maritimis concessa non est, sed in ipsa navi consilio nautico demandata coercitio, quoties leviora sunt, aut conspirationem involvunt, ut periculum in mora sit, aut certo certius capitalia; de gravioribus puniitio ad ordinarios videtur spectare iudices loci illius, ubi in Belgio vel India naves appellant, *Artikel-Brief van de Oost Indische compagnie 8. Martii 1654. art. 9. 10. 11. vol. 2. placit. Holland. pag. 1250.* Confer varia de delictis militaribus aut nauticis in India occidentali aut navigatione commissis, & quæ sint militaria aut navalla delicta, occurrentia variis in placitis Ordin. General. *Ordre van de regeringe in West indien 13. Octobr. 1639. art. 49. 50. 51. & seqq. vol. 2. pag. 1245. in Brasil. art. 58. & seqq. vol. 2. placit. Holl. pag. 1253. in Africa 5. Julii 1642. art. 14. & seq. d. vol. 2. pag. 1270. & de delictis per socios nauticos aut milites aut præfectos navium militumve commissis quomodo judicet consilium navale, vide *Artikel-Brief roerende Oorlogse ter Zee 8. Maii 1645. art. 5. vol. 2. pag. 200.**

129. Publicanorum causas quod attinet & vectigalium per eos conductorum; si quidem ipsi aut fidejussores eorum conveniendi sint ob id, quod male versati sunt circa pecunias publicas, aut rationes suas conscribendas, prætermis acceptis, aut alterius stationis publicano ea nepaverunt, quæ ille jure suo petere poterat apud delegatos Hollandiæ Ordines (*Gecommitteerde Raaden*) prima instantia lis moveri potest, *Generale Ordonnantie op de verpachtinge van de Importen in Holland. art. 23. 24. vol. 3. placit. Holl. pag. 812.* idemque juris est, si de compositionibus illicitis, a successore in conductione, vel ab alio quocunque sint accusandi, *Ordre regens de composition anno 1641. vol. 1. placit. Holl. pag. 1655. Adde d. vol. 1. pag. 1676. art. 33.*

Si vero lis inter ipsos oriatu publicanos eorumve socios, aut inter publicanos & ararii quæstiones, aut denique inter publicanos & impositionum fraudatores, ea primitus apud delegatos in urbibus iudices agitata est, ac intra decem septimanas terminanda; quibus elapsis, per provocationem a sententia, si ea lata sit, aut per evocationem, si mora facta, ad delegatos Hollandiæ Ordines transferri potest, *d Ordonnantie op de verpachtinge van Importen art. 30. d. vol. 3. pag. 813. 814.* cum quibus conveniunt, quæ traduntur placito Ordinum Zelandiæ 18. Septembr. 1675. vol. 3. placit. Holl. pagina 1112. & placito Consilii Status federati Belgii circa impositiones Ordinibus Generalibus pendendas, 7. Martii 1657. vol. 2. placit. Holl. pagina 1002. & seqq.

130. De negotiis quoque pupillaribus ad tutelam administrationem spectantibus cognitio variis in locis peculiariter cameræ pupillaris præfecti concessa est, quoties eorum potestati nominatim testamento vel codicillis subducta non inventur pupillorum tutela; sed quo usque definiri certo vix potest, ac cameræ cujusque legibus ac moribus petendum; dummodo id unum observatur, ne aliter cameræ hæ pupillares jus decernendi ac constituendi sibi arrogent, quam si pupilli sint, ad quos bona spectant; his enim non existentibus, sed ad alios patrimonio pupillorum jam devolutis, cameram pupillarem tan-

tum ut sequestram considerari oportere, litesque ordinariam apud iudicem discutendas esse, verius est; eo quod ad solum pupillarum providentiam tales praefecturae pupillares inducuntur & auctoritate munitae sunt, Responso J.Ctor. Holl. pars. 3. vol. 1. consil. 36. quod repetitur d. pars. 3. vol. 2. consil. 26.

131. Feudales controversias jam olim ex scriptis feudorum consuetudinibus suos peculiarios habuisse iudices curiam feudalem in eaque assistentes curiares, ex scriptis feudorum consuetudinibus abunde constat; ut tamen casus varii videantur distinguendi: aut enim inter vasallos duos de feudo lis est, aut inter dominum & vasallum, aut inter dominum, & extraneum, aut denique inter vasallum & extraneum. Si inter duos vasallos de feudo lis sit, dominus directus, quive ejus vicem gerit, una cum curia paribus idoneus iudex est, lib. 2. feud. t. 55. §. ult. in fine de prohibita alienat. per Frederic. & d. lib. 2. tit. 34. (licet Mediolani aliud dicatur servatum d. tit. 34.) nisi dominus quodammodo in ea re suspectus sit, quod evenit, si dominus de antiquo feudo, quasi ob defectum agnatorum aperto, alium investierit, agnatus autem existens, illud, ut non apertum, sed jure successionis sibi questum evincere conetur; tunc enim, quia dominus de eversione teneretur perpetram investito, atque ita in sua videretur judicare causa, non quidem ad iudicem ordinarium lis ea transferenda fuit, sed per solos curiares pares, excluso domino, dirimenda, lib. 2. feudor. tit. 46. an apud jud. vel curiam. Quod autem in lib. 2. feud. tit. 15. de investitura in maritum facta scriptum est, magis apud ordinarium iudicem, aut arbitrum utriusque consensu electum, quam apud eundem dominum hoc litigium fore determinandum; id tunc verum erit, cum nulli curiae ius dominicae pares sunt, aut per atatem aut aliter ad iudicandum inhabiles; tunc enim satius esset, ordinario iudici, quam domino in propriam utilitatem iudicatio, causam committi. Quod si de feudi retractu questio sit inter emptorem feudi & agnatos retractum desiderantes, magis est, ut per curiam feudalem ea finiatur: eo quod & emptor & retractum faciens tanquam vasallum considerandus est, alter ut fiat talis retractu interposito, alter vero, ut maneat, eodem impedito, Responsa J.Ctor. Holland. pars. 1. consil. 105. quart. 3. Rosenthal. de feudis cap. 12. conclus. 12. n. 97. & seqq. praesertim posita consuetudine, quod retrahere cupiens ante omnia debet investitus fuisse per dominum directum, alioquin ad retractum tentandum haud admittendus; de qua post alios testatur Groenewegen ad Hug. Grotii manducul. ad Iurispud. Holl. lib. 3. cap. 16. num. 13. Si inter dominum & vasallum contentio sit; si quidem ita, ut vel vasallus se vasallum, vel dominus se dominum esse neget, atque adeo alteruter rem non feudalem sed allodiam esse dicat, ordinarii iudicis ea de re notio est. Sin in confesso sit, vasallum alterum esse, alterum dominum, sed de feudi investitura, conditionibus, usu, militia, servitiis, restitutione, amissione, aliisque similibus ad constitutionem, conservationem, aut privationem feudi spectantibus, disputetur, ad partes curiae cognitio pertinet, lib. 2. feud. tit. 16. de controversia feudi apud pares terminanda, & tit. 65. §. ult. in fine de prohib. feud. alienat. per Fri-

dericum & tit. 39. §. si inter, de alienatione paterni feudi, & lib. 1. tit. 21. de feudo sine culpa non amittendo, & tit. 22. §. ult. quo tempore miles investitur. petere deb. Si inter vasallum & extraneum, vel inter dominum & extraneum lis orta, veluti de finibus aut servitutibus praediorum confinium, quorum alterum feudale, allodium alterum est, vel si vasallus agat aut conveniatur ob id, quod rei feudalis custodiam alteri commisit, aut eam oppignoravit, non nisi apud ordinarium iudicem hae controversiae tractandae sunt, auctore secundum generalia principia forum rei sequente, eo quod nusquam in consuetudinibus feudorum cognitio de talibus invenitur vel Domino vel curiae paribus delata. Confer Vultejum de feudis lib. 2. cap. 2. n. 33. & seqq. ad num. 42. Ritterusium parition feudal. lib. 2. cap. 9.

132. Mores Hollandiae si scrutemur, ut silentio involvam ea, quae antiquissimis temporibus obtinuerunt tum ex Caroli Burgundiae ducis constitutione anno 1469, tum ex Caroli V. latiore Instructione Curiae feudalis anno 1519. vol. 2. placit. Holl. pag. 611. & seqq., seculi huius initio de controversiis feudalibus iudicabat prima instantia curia domini subinfeudantis, si de subfeudis, sibi feudis rursus in feudum a vasallo datis, ageretur, etsi vasallus curiae suae paribus destitutus adhibitis alienae curiae paribus jus dicturus esset; a cuius sententia ad Curiam Feudalem Hollandiae deinceps appellatum fuit: sin de concessis ab Hollandiae comitatu feudis contenderetur, prima ejus cognitio eidem competeat Hollandiae Curiae feudali: ut & si de subfeudis questio ipsi intercederet subinfeudanti. Hugo Grotius manducul. ad Iurispud. Holl. lib. 2. tit. 41. num. 79. 80. ibique Groenewegen in notis, Notable poin. en van Leenen van Jacob de jorge art. 22. 23. Quae curia feudalis olim a Curia provinciali Hollandiae distincta fuit; sed cum postea Hollandiae curiae provinciali demandatum esset causarum feudalium iudicium, abolita pristina feudali curia, iterum anno 1661. restitutum fuit peculiare feudali tribunal, in quo feudorum praeses (Stadhouder van Leenen) una cum Curiae provincialis praeside, ac curiae ejusdem senatoribus Hollandicis, qui & vasalli esse debeant, cognoscendi ac decidendi habebat potestatem, Instructio Curiae feudalis Holland. 7. Aprilis 1661. prefat. & art. 1. vol. 2. placit. Holl. pag. 266. Qui etiam curiae ampliores, quam ex consuetudinibus feudalibus, jurisdictionis termini constituti sunt; etenim non modo de feudis comitatus Hollandiae, uti & de subfeudis, quoties ipsi subinfeudanti lis est, vel jurisdictio prorogata invenitur, prima instantia competens iudex est, deque subfeudis per appellationem aut reformationem a sententia curiarum feudalium inferiorum, de subfeudis cognoscentium, quoties alii extra dominum subinfeudantem veniunt litigatum, dicta instruct. Cur. feud. art. 2. 3. 5. 7. sed & per evocationem, si curiae inferiores negligentiores sint in lite feudali terminanda, & hoc ipsum desideret alteruter litigantium, juxta formam in Curia Hollandiae non feudali circa evocationes receptam, d. instruct. Curiae feud. Holl. art. 6. Ad haec per appellationem de causis, a praefecto saltuum & assessoribus ejus decisis, circa saltuum violationes, legum venaticarum transgressionem, & alia ad ius praefecturae ju-

jurisdictionem spectantia, (de quibus *b. t. num. 127.*) *d. instruct.* art. 5. Nec tantum, si agatur de feudorum proprietate, sed & si de oneribus rei feudali impositis, veluti de sorte debita, vel redditibus annuis constitutis, pro quibus feudalium pignori obligata sunt, deque aliis quibuscunque juribus in re feudali competentibus; etiam servitutibus personalibus ususfructus & similibus; (cum solæ excipiantur controversiæ servitutum urbanarum & rusticarum, ordinario judici reservata) præterea de finibus duorum prædiorum feudalium regundis, de jurisdictione, alluvione, privilegiis, juribus, servitiis, feudi nomine vindicandis, aut præstandis, *d. instruct.* art. 3. sic ut & emptores feudorum ac similes de re feudali litem patientes suos possint ad eandem curiam feudalem auctores evocare, ut liti assistant; ac vasalli extra Hollandiam commorantes, mediante feudorum suorum Hollandicorum arresto, edictis jure evocentur ad litem feudalem eadem in curia excipiendam, *d. instruct.* art. 8. & 9.

153. Si tamen de debitis, redditibus, servitutibus prædialibus, aliisque operibus partim allodialibus, partim feudali rei impositis, aut constitutis, lis instituenda sit, in actoris arbitrio est, utrum eam apud ordinarium, an apud feudalem malit judicem movere; sic ut & plenissima sententiæ latæ executio ei tunc permittenda sit, qui judicavit, promiscue in res allodiales ac feudales dirigenda, *d. instruct.* artic. 4. Et quamvis novissime constitutum rursus fuerit, Hollandiæ Zelandiæque curiam provincialem, ac appellatione interposita etiam supremam curiam, de Hollandiæ Zelandiæque feudalibus cognoscere controversiis, salva vasallis subinfendantibus suarum curiarum inferiorum prerogativa, ac prima circa subinfinitiones cognitione, *Nader Provisioneel Accord. tusschen Holland en Zeeland, anno 1674. 11. Junii art. 12.* eo fere modo, quo jam olim Curia Provincialis Ultrajectinæ de feudis Ultrajectinis iudicium permisum fuerat, *instruct.* Curia Ultraject. tit. 1. art. 25. adeoque hæcenus peculiaris illa feudorum Curia Hollandica judicare desierit; usum tamen insignem proculdubio retinet, quæ in *d. instructione anni 1661.* fuere definita circa quæstiones, in quibus dubium esse posset, apud ordinarium judicem inferiorem, an magis apud feudalem, actio instituenda sit. De feudis Flandriæ, quatenus illa Ordinibus Belgii federati patet, judicare Senatores Curie Flandriæ, qui simul Flandriæ vasalli sunt, patet ex placito Ordinis General. 1. Martii 1677. *ad elucidationem placitii 25 Aug. 1632. vol. 3. placit. Holland. pag. 607.* Plura de foro competente in feudorum quæstionibus vide apud Sixtinum *de regalibus lib. 1. cap. 8. Rosenthal. de feudis. cap. 12. conclus. 1. & seqq. Vultejum de feudis lib. 2. cap. 2. Schraderum de feudis part. 10. sect. 1. & mult. sequent.* Quibus adiungenda omnino ea, quæ ex professo de iudiciis feudalibus scripsit Petrus Bort. *de feudis Holland. part. 8. per tot. pag. mibi 351. & sequent. usque ad finem.*

145. Lites de possessione vel quasi possessione rerum iuriumque ventilandas quod attinet, jure quidem Romano definitum fuit, separandum non esse causam possessionis a causa proprietatis, aut in diversa fora distrahendam, sed apud eundem judicem & proprietatis & possessionis controversiam suam debere

tractari, ne continentia causæ dividatur; pœnæ arbitrarie addita comminatione, si quis alium super possessione, alium super principali quæstione judicem postulaverit *l. nulli 19. C. b. t.* Sed nunc ubique fere invaluit, de proprietate quidem ordinarii iudicis cognitionem esse; at de possessione & controversiis possessorii, sive corporum, sive iurium & beneficiorum, suprema regionis cuiusque tribunalia judicare, *Zypæus notit. juris Belgici lib. 2. de causâ possessor. & proprietatis pag. mibi 53. Tuldenus ad tit. C. ubi de possessione, Groenewegen ad d. l. nulli 10. C. b. t.* atque ita in Hollandia Zelandiæque supremæ Curie id negotii datum esse, apparet ex instructione Curie supremæ art. 19. & *nader provision. accord tusschen Holland en Zeeland 11. Junii 1674. art. 11. vol. 3. pag. 605.* uti Curia provinciali id jam olim erat concessum, ante supremæ curiæ institutionem, circa beneficiorum feudorumque possessiones, *Instruct. Cur. Holl. art. 8. 39. & seqq. & 172. nec per d. artic. 19. instruct. supremæ curiæ ademptum, ut patet ex respons. Juriscons. Holl. part. 4. consil. 181. 182. & ibi adducta Curia provincialis sententia, & van Alphen's Fapagary tit. 16. pag. mibi 132. in med.* Ultrajecti idem observari, docet instructio Curie Ultraject. tit. 1. art. 19. etiamsi de proprietate quæstio subducta esset ordinarii iudicis jurisdictioni, & certis tantum iudiciis demandata. Qua ratione, si de feudi possessione contentio sit, non apud curiæ pares in iudicio feudali, sed apud privilegium possessionis iudicem ea agitando est, *Rosenthal de feudis cap. 12. conclus. 12. num. 54. & multis seqq. Sixtinus de regalibus lib. 1. cap. 8. num. 27. & seqq. ad num. 39. Vultejus de feudis lib. 2. cap. 2. numer. 43. & seqq.* Quod & in Hollandia servandum, cum emphatice in instructione Curie feudalisi Hollandicæ 7. Aprilis 1661. art. 2. scriptum invenitur, feudalem curiam cum aliorum iudicum exclusione habituram decisionem causarum feudalium in pretorio; cui consequens est, ut in possessorio curiæ provincialis jurisdictio agnosci debeat, secundum potestatem eidem curiæ secundum jam dicta datam, & ex *d. instructione curiæ feudalisi aut supremæ non adempta, sed magis tacite reservatam.* Illud inter Hollandorum ac Trajectensium mores hac in parte interest, quod Ultrajecti, lite de possessione apud Curiam Provincialem mota, etiam ipsa proprietatis controversia ibidem discutienda sit, etsi alioquin prima de proprietate decisio iudicium inferiorum potestati fuisset permittenda, si nulla possessionis controversia intercessisset. Cum ex adverso in Hollandia proprietatis quæstio iudiciis ordinariis reservata maneat, tametsi de possessione Curia supremæ auxilium imploratum fuisset, & possessorium iudicium ibidem terminatum. *Neostadius supr. Curia decis. 127. Wassenaar præf. judic. cap. 12. num. 14. & seqq.*

155. Iudicem autem de possessione competentem facit in immobilibus rebus situs earum, non item domicilium rei conventi. Ultrajectino finge de prædii in solo Ultrajectino siti possessione litem intercedere cum Hollando, qui de possessione Trajectinum deiecerat, aut turbaverat possessionem; non supremæ Hollandiæ, sed provincialis Ultrajectinæ curiæ erit, istam suam decisione atque decreto dirimere contentionem, *Neostadius supr. Curia decis. 114. Ant. Mat-*

thens de judiciis disput. ult. de duobus legum & art. n. 24. idque per rationes supra de foro competente in loco rei sitæ adductas, non hic repetendas.

156. Præter enumerata hæcenus fori peculiaris privilegia considerandam est, adhuc alia, quasdam esse causas, de quibus, omisso iudice inferiore, (quod alioquin regulariter licet non est prima instantia, *Instruct. Curia Holland. art. 220.*) in Hollandia adiji potest provincialis Curia, vel suprema. Suprema quidem præter lites de possessione, & eas, quæ inter peregrinos duos intercedunt mercatores, etiam de causis navigationem concernentibus ac a jure nautico dependentibus, dum de damno, quod extra portus nostros in mari locisve peregrinis navis navi intulit, aliisque similibus, disceptandum est, *Instruct. Curia sup. art. 18. 19. 20.* Provincialis vero de juriis, prærogativis & dominiis Principis, (dummodo nihil de iis definiatur, nisi re prius cum camera rationalis præfæctis communicata) de re monetaria, de dissidiis inter civitates & castella provinciarum, de privilegiis civi aut peregrino concessis, de consuetudinibus, quoties illa iniustitiæ arguuntur, ac corruptelæ; de injuriis, quibus affecti Comitatus Hollandici officiales, alique personæ privilegiatæ; de criminibus post annum, ex quo commissa, in iudicium apud iudices inferiores non deductis; de innocentia eorum, qui criminis insimulati, sese sponte offerunt ad purgationem; de concussionibus officialium, ac litibus eorum officium concernentibus; de violentiis ac injuriis per potentiores illatis Ecclesiæ, aut Ecclesiasticis personis, mulieribus, rusticis, convivente eo, cujus erat audaciam potentiorum ac temeritatem reprimere, *Instruct. Cur. Holland. art. 8. & 12. nader provis. Accord tusschen Holl. en Zeland. 11. Junii 1674. art. 19.* Ad hæc ad eandem spectant mandatorum penalium concessionem, ut & lites ex eodem instrumento movendæ adversus duos pluresve diversis sub iudicibus inferioribus in Hollandia commorantes, *Wilhelm. de Groot Manuduct. ad praxin Holland. lib. 1. cap. 3. numer. 16. in fine.* Nec dubitandum videtur, quin ad exemplum injuriarum, officialibus Comitatus Hollandici illatarum, etiam ad Curiam cognitio spectet, quoties Curia istius apparitores in urbe vel pago executionem exigentes, aut aliter officium ex mandato iudicis exercentes, violentiam passi aut contumeliis affecti sunt, etsi forte non soli, sed adhibito loci prætore ad averteandam vim munere suo functi essent, eo quod ipsi nihilominus principaliter læsi videntur, prætores vero, alique ipsis opem ferentes, tantum propter ipsos; quippe ad auxilium præstandum, si rogentur, obstricti secundum *Instruct. Curia Holland. art. 13.* Vid. responsa Jctor. Holl. part. 5. consil. 54. quæ 2. & subjuncta decisio. Cum his vero omnibus in Holl. receptis maxima ex parte conveniunt, quæ de Curia Ultrajectinæ potestate ac jurisdictione sancita leguntur in *instructioe Curia Ultrajectina tit. 1. eo excepto, quod pagorum Ultrajectinorum indigenis electio est, utrum ad iudicem inferiorem, an ad Curiam Provinciale, suos velint adversarios, itidem ruri, non in urbibus, habitantes vocare, d. instruct. Curia Ultraject. art. 24.* cum ex adverso Hollandis ruri degentibus non sit data licentia inferiorem iudicem prætereundi. Quis vero

circa fiscales causas iudex fuerit competens de jure Romano, tradit *Perezus & DD. ad tit. C. ubi causa fiscales.*

137. Denegata vero eidem Curiaë Hollandicæ cognitio omnis de causis positivis, *Placito Ordin. Holland. 12. Julii 1647. vol. 3. pag. 666.* adeo ut ne ararii quæstores de iis, quæ debent ararii nomine, vel vi specialis mandati Ordinum, si in mora solvendi sint, ad eandem solutionis impetranda gratia vocari possint; sed querelæ apud Ordines eorumve delegatos exponendæ sint, ac nova solvendi mandata ab iis impetranda, *Placit. Ordin. Holl. 2. Octobr. 1573. vol. 2. placit. Holland. pag. 2139. in mod.* quæ tamen non impediunt, quæ minus hæc curia, ut & suprema, recte iudicet inter privatos & civitates, aut provinciam Hollandicæ Zelandiæque, vel inter civitates & civitates utriusque regionis, vel inter utramque provinciam, quoties de iis quæstio est, in quibus civitates & provinciæ privatorum loco habendæ sunt, *Nader provisionel Accord tusschen Holland en Zeland 11. Junii 1674. art. 3.* Idemque est, si de eo quis conqueratur, quod nullo jure motus fuerit dignitate illa, aut munere, quod ei legitimo modo collatum erat. Etsi enim illa dignitatum concessio politicis magis, quam juridicis negotiis accensenda sit; quia tamen facta ad tempus expressum vel ex consuetudine ac more regionis subauditum collatio, contractus seu conventionis speciem inter conferentes & eum, cui confertur, involvit, ac de servando contractu, deque violata conventionis fide controversiæ prorsus juridicæ sunt; ratio non est, cur de iis ad meram iustitiæ administrationem spectantibus cognitio atque iudicium provinciali aut supremæ curiæ videretur subdudum. Aliquoties certe a suprema curia, ut & provinciali, impetratam fuisse quasi possessionis restitutionem interpositis mandatis consuetis possessoris, in eorum gratiam, qui non jure se a dignitate depulso dolebant, apparet ex iis, quæ tradita in Responsis Jctor. Holland. part. 4. Consil. 181. 182. & subjuncta ibidem Curiaë sententia.

131. Quod si societas Indiæ Orientalis aut Occidentalis lis intercedat cum privatis, de eo, quod vel societas læsa sit, vel læserit ipsa, societas quidem actrix reos ad ordinarium eorum iudicem vocare dehet ex jure communi, secundum quod actor sequitur rei forum; ipsa vero ad Hollandiæ curiam videtur posse vocari, quasi collegium aliquod, cujus membra sub diversis habitant iudicibus, in quantum in plures stationes diversis in urbibus dispositas societas divisa est: ut colligi potest ex iis, quæ traduntur in Responsis Jctor. Holland. part. 3. vol. 2. consil. 7. quæst. 1. & quæ gesta sunt in causa quadam prolississime tractata in d. Responsis part. 5. consil. 273. & multis seqq. Nisi privati a societate læsi malint extra ordinem querelas deferre ad Ordines generales, tanquam supremum Indiarum Imperium habentes, per ea, quæ occurrunt, in *O'Key aan de Oost Indische Compagnie verlaert anno 160a. art. vol. 1. placit. Holland. pag. 556.*

139. Porro, ubi restitutiones in integram petendæ sint contra contractus, sententiæ, negotiaque alia, tum summo jure subsistentia, tum ipso jure nulla, dixi latius tit. de in integr. restitutionibus. Ubi si ex l. diffamari actio instituenda sit, traditum su-



ei, quod petitur, debitorum inficiatione. Sive simpliciter debitum neget, sive eodem agnito illud postea ipso iure per solutionem acceptilationem &c. sublatum dicat; sive denique perpetua ac peremptoria exceptione se tutum asserat; eo quod illa exceptionis allegatione interveniente sese manifeste debitorem diffusetur, eaque de causa absolvi petit. Nec satis apte dixeris, reum confitentem, sed dilationem solutionis postulantem, contradicere auctori: quæ enim, obsecro, contentio illius est, qui cedendum putat, quod contentioni contrarium esse docet: Ulpianus l. 1. in pr. ff. de edendo, ac colligi potest ex l. si reus 75. ff. de procurator. l. si debitori 21. ff. b. r. l. ex iudicatum solvi. Nam & si pro parte credendum, pro parte contradicendum reus putet, dum partem debiti agnoscit & offert, non nisi de ea parte, de qua ivit inficias, uti controversiam sustinere vult, ita & litis contestationem facere dicendus est, arg. l. permittendum 8 ff. si parr. hereditatis pet. l. quidam. 21. ff. de reb. creditis, Vinnius select. quest. lib. 1. cap. 17. Læwen cons. for. part. 2. lib. 1. cap. 27. n. 2. & 3.

147. Ceterum omni in iudicio litis contestatione opus est, sive illud civile, sive criminale sit, sive alterius instantis per appellationem, Andr. lib. 1. observat. 76. n. 2. Nec refert ordinario modo, an summam, lis agitata veniat; cum nulla causa satis a iudice cognosci ac definiri possit, cujus non fuerit narratio per auctorem exposita, & contradictio rei intellecta: nisi contumacia alterutrius loco litis contestationis habeatur in posnam. Et si enim verum sit, solemnem illam litis contestationem in summariis non ita præcise requiri, Andr. Gayl. lib. 1. observ. 76. n. 1. eo tamen ipso, quo contradictio admittitur, litis contestatio videtur interposita, dum actus primus contradictorius ad petitionem auctoris pro litis contestatione in lis cedit, Andr. Gayl. lib. 1. observ. 141. n. 1. Wilhelm. Grotius manducul. ad præxim Batavicam lib. 1. c. 9. n. 15. Berlichius, Zangerus, Argentæus, alique, quos laudat Ant. Matthæus de auct. lib. 1. c. 12. n. c. in med. Atque hinc etiam a DD. traditum, reum auctori respondentem, sed protestantem, se id non facere animo litem contestandi, officio iudicis ad contestationem litis faciendam adstringi posse; nisi malimus protestationes huiusmodi, tanquam facto contrarias, ipso iure nullas esse, quoties directo ad intentionem auctoris responsum est, Busius tract. de offic. iudicis cap. 6. n. 5. & seqq. ibique DD.

148. Quibus vero modis lites deinceps post contestationem instruendæ sint, quoties iuris aut facti questio est, seu quoties vel de iure disputatio instituenda est, vel ob factorum inficiationem ad probationes confugiendum, ex tribunalis cuiusque more & stylo addiscendum; vide interim Wilhelm. Grotii manduculationem ad præxim Batavicam lib. 2. cap. 2. n. 6. & seqq. Wassenar præf. judic. cap. 1. n. 117. 118. 119. & seqq.

149. Effectus litis contestationis est, quod adversarium constituat in mala fide, l. sed & loci 3. §. post litem 2. ff. sentent. regund. l. 1. §. 1. C. de p. sit. heredit. l. coram est 22. C. de rei vindicat. l. nemo ambigit 10. C. de acquir. & retin. possess. (libet ante litem contestatam sola controversia mota ad id sufficiat, l. sed & si 25. si ante 7. ff. de po-

lit. hered.) contestantem faciat litis dominum, l. neque susceptor 11. l. procuratoribus 22. l. 23. C. de procuratoribus. vide iii. de procurator. n. 19. excludat exceptiones declinatorias & dilatorias respectu ordinis iudiciorum opponi solitas, l. pen. & ult. C. de exception. seu præscr. rem faciat litigiosam in actionibus in personam, de quo latius docendum ad tit. de litigiosis, actiones tempore vel morte pericuras perpetuet, l. ult. in fine ff. de fidejuss. & nominat. & hered. tut. §. 1. in fine, Instit. de perpos. & temporal. action. l. unic. C. ex delictis defuncti in quantum hered. ten. l. sciendum 53. ff. de obligat. & action. l. nemo enim 87. l. omnes actiones 139. ff. de Reg. juris. Quamvis illa vis perpetuandi actiones etiam tribuatur conventioni, quam eo loco haberi Iurisconsultus voluit, quasi jam litis contestatio intercessisset, l. constitutionibus 33. ff. de obligat. & action. cujus legis etiamsi constans lectio non sit, ac apud Haloandrum & alios occurrat, si vitus conventus fuerat, etiam pena persecutionem transmissam non videri, quasi lite contestata cum mortua; tamen vix est, ut a Florentina lectione recedatur, eo quod tunc particula etiam minus apte videtur inserta, imo supervacua esse. Quin potius in ea lege Triboniani nostri manum me deprehendere puto, qui priscis hic adscripsit Iurisconsultis id quod demum constitutionibus posterioribus incepit obtinere. Uti enim actionum præscriptionem etiam ante litem contestatam sola conventionione interrompi tum a Justiniano constitutum est, perinde ac si lis contestata fuisset, l. ult. C. de annal. exceptione, l. 1. 2. C. de longi temp. præscript. 30. vel 40. annorum, ita quoque fas erat, penales in heredem transmitti; cum penales & temporales actiones quantum ad perpetuationem ac ad heredem transmissionem, pari ambulerent passu, secundum d. l. ult. in fine ff. de fidejuss. & nominat. & hered. tut. & alias II. ante allegatas. His autem consideratis adeo notabilibus litis contestatæ effectibus, merito a Paulo Jurisc. traditum, non solere deteriorem fieri conditionem eorum, qui litem contestati sunt, quam si non, sed plerumque meliorem; neminem enim in persequendo deteriorem causam, sed meliorem facere, l. non solet 86. l. 87. ff. de reg. juris.

## TITULUS II.

### De Inofficioso Testamento.

#### SUMMARIA.

1. Quodnam sit fundamentum iudiciorum in eam & personam?
2. Quotum sit ius in re, & qua inde nascantur actiones?
3. Quid sit inofficiosum testamentum, quid querela inofficiorum?
4. An querela sit ex lege Glia, an ex moribus? est species positionis hereditatis, & quidem ab intestato.
5. Competit liberis suis, emancipatis, posthumis. An adoptatis, legitimatis, spiritibus?
6. An nepotibus, quorum pater a suo patre iure exheredatus erat, vel injusto, sed agere non vult; posito, quod filius exheredatus sua patris superstiti fuit?

7. Quid juris bodie, si liberi a patre prateriti sint?
8. Est libero, datur parentibus, etiamsi ad secunda vota transierint.
9. Datur & fratribus germanis ac consanguineis, (non uerinis) si turpis persona ipsi praelata; quid juris, si simul turpis & honesta persona instituta sit?
10. Qua sint turpes persona; an meretrix, concubina, spurus, ex incestu vel adulterio natus?
11. Aliis ultra fratres germanos & consanguineos querela non datur, ne jure quidem novissimo, non uterinis, non fratrum liberis: nec, rescisso ad patris per. i. onem testamento, admittendi cum eo fratres fratrumque liberi; nec cum consanguineis uterini fratres.
12. Contra quos querela datur?
13. Querela jure novo sola infirmatur institutio; etiam, cum frater eam movit: infirmatur tamen tota, ultra legitimam.
14. Si Clausula codicillaris inofficioso testamento sit addita, illud sustinet, sic ut institutis hereditas ex fideicommitto restituenda sit, deducti per liber. s. ex jure Canonico & bodierno duabus quartis: quo modo computentur illi?
15. An & nepotes duas quartas deducant?
16. An & parentes aut fratres?
17. An, praterito filio posthumo, vel alio filio, quem testator parens mortuum credebat, legata & fideicommissa debeantur vi clausula codicillaris, sic ut filio praterito tantum saltem essent dua quarta, plene per distinctiones explicatur.
18. Restituta institutione, quo modo indemnitas consequatur institutus, si conditionem in dando vel faciendo consistentem impieverit, legata, si alienum defuncti solverit, vel ipse fuerit defuncti creditor?
19. Qui per calumniam movit querelam relicta perdit, etiam jure bodierno.
20. Cessat querela, si aliud super sit remedium; item lapsi quinquenni: unde id computandum? an currit minor? & an major restituatur?
21. An cesset in tabulis pupillaribus, testamento militum, castronum & quasi castronum peculio? & quid bodie?
22. Non datur querela, si exhereditatio bona mente facta sit, ob impuberem aetatem, furorem, prodigalitem, aut alieni molem. Cessante tamen postmodum tali causa, recte legitima petitur actione ad supplementum.
23. Nec, si ex justa ingratitudinis causa facta sit. An testamentum sic nullum, an potius querela infirmandum, si, causa exheredationis amissa, vel non sufficiens expressa, vel sufficiens expressa quidem, sed non probata?
24. Qua sint justa causa exheredationis in liberis, parentibus, fratribus, & an ad similes vel graviores extendi possint?
25. Heretis moribus non est justa causa exheredationis; quo modo plenius liberis reformatis in Hollandia atqueque productum sit, si parentes sint Pontificii?
26. An jure exheredari possint minores aut majores, si sine parentum consensu nuptias contraxerint, aut turpiter ac luxuriose vivere caperint? qui intelligatur turpiter vivere?
27. An, si ingratum liberi ante parentem mortui sint, nepotes inde nati ob sui parentis ingratitudinem ab avo exheredari possint?
28. An ad ingratitudinis causas etiam pertineant injuria verbales?
29. Sufficit ad excludendam querelam, quod ex pluribus causis testamento expressis una probetur.
30. An sola ingratitudo cessat causa exheredationis jam testamento facta vel facienda?
31. Cessat exhereditatio per reconciliationem.
32. Etiam per querela renunciationem expressam vel tacitam post mortem testatoris factam cessat querela, ex quibus factis colligatur tacita renuntiatio? an ex eo, quod quis legatum sibi relictum accepit, aut legatario successit, aut jure legati rem eandem a legatario accepit? & quid juris in his secundum jus novissimum?
33. An censetur renunciante querela, si quid ab herede hereditarium sciens emerit, condemerit, ei solverit, aut aliter pro herede agnoverit institutum?
34. An querela caveat exheredatus, si ab herede per inofficium instituto ipsa haeres institutus sit, eique successerit?
35. Non cessat querela, si quis vivo testatore consenserit in exheredationem, subscriptione testamenti, aut pactis dotalibus; & cur?
36. Refellitur eorum opinio, qui putant, jure Romano aut moribus ad excludendam querelam sufficere consensum in exheredationem testamento adscriptum.
37. Quo usque moribus valeant renunciationes hereditatis pactis dotalibus facta? remissive.
38. Si pactis dotalibus sit definitum succedendi ordo, ut conjux superstitis defuncto succedat, parentibus paciscentium superstitibus salva debet esse legitima, ubi legitur eos ab insertis vocant.
39. Quid si parentes ipsi talibus pactis dotalibus subscripserint, nec tamen nominatim legitimam renuntiaverint?
40. Si pacto dotali definitum sit, liberis ex eo matrimonio nascituris ac sine prole decedentibus, bona redire debere ad latas, unde progenorum, nulla superstiti conjugi ex liberorum bonis legitima aut trebellianica competat. Et quid juris, si designati tabula dotali successores fideicommitto ulteriori gravati sint, vel ipsis liberis alienatio interdicta?
41. Si liberi testamentum conciderint, & ita ordinem succedendi tabulis dotalibus expressum insuper habuerint, parenti superstiti legitimam relinquere debent.
42. Si parentes aut liberi aut fratres statuto exclusi sint a successione, non habent querelam, si testamento quoque prateriti sint.
43. Querela non preparata an transeat ad heredes exheredati?
44. Cessat querela, relicta legitima; quid illa sit, & an hereditatis, an potius bonorum pars?
45. Qua sit utilitas superioris questionis?
46. Quota portio sit legitima, & an etiam jure novo in parentibus & fratribus aucta sit?
47. Si de quantitate legitima status varient, cujus loci statutum spectandum sit? si parentes una cum filiis suis, defuncti fratribus, succedant suo

- filio, & defunctus extraneum heredem honestum instituerit, quota tunc sit parentum legitima?
48. Qua sit nepotum legitima, si illi, patre medio mortuo, succedant avo, variis distinctionibus & exemplis declaratur.
49. An exheredati iuste, vel renunciantes querela, vel statuto exclusi a successione, numerum liberorum augeant ad id, ut legitima magis semis quam triens sit.
50. An si numerum liberorum augeant ad minuendam legitimam, seu, cum quatuor sunt liberi, & ex his unus exclusus, tres in legitima instituti, an tunc singuli trientem trientis, an trientem quadrantis pro legitima capiant?
51. In ineunda ratione legitima spectandum mortis tempus, vivo patre liberi non petunt legitimam, licet pater prodigalitate bona dissipet, ne sub obtentu quidem alimentorum.
52. Porro statuto, ut filia liceat renunciare successioni paterna accepta dote non minore, quam est legitima, filia renuncians post acceptam dotem, tempore renunciationis congruam, recte petis post mortem patris supplementum ejus, quod deest legitima, ubi medio tempore creverunt opera paterna.
53. An is, cui legitima debetur, etiam fructus legitimam a mortis tempore petere possit?
54. An legitima augeatur, si hereditas post mortem augeatur ex causa mortem antecedente? Quid juris, si augeatur ex nova causa? & quid si rerum hereditariarum pretia creverint, agri alluvione aucti sint &c.?
55. An legitima minuatur, diminuto post mortem patrimonio? & quid juris, si res hereditaria mortalitate, charmate, ruina, edacitate fluminis, perierint aut deteriores reddita sint?
56. Quae sint deducenda ex hereditate, antequam legitima ratio ineatur, an & bona ex fideicommissis restituenda?
57. An & deducenda prius, quae jure primogenitura affectu cedunt soli primogenito? praecipue, an feudum? & quid Ultrajecti? num. 60.
58. Si consuetudo ferat, ut feudi novi empti premium fratribus conferatur, an pretium pro rata augeat legitimam?
59. Si pater plenam de feudis antiquis testandi licentiam impetraverit, & tunc ille vel primogenito, vel natu minori, vel extraneo legaverit, feudum commutandum, quasi allodium, ad augendam legitimam: & si primogenito ipsi legatum sit, ei imputatur in legitima.
60. Cur feuda Hollandica, vulgo hereditaria dicta, non prosint ad augendam legitimam? Ultrajecti tamen & feuda & omnia alia jure primogenitura affecta, simul computanda cum ceteris rebus, ut legitima ratio ineatur; & quid de emphyteusis illic obtineat?
61. In legitimam imputanda omnia illa, quae & conferenda sunt, dos, damnata propter nuptias, militia, & alia plura.
62. Non imputanda, quae parens secunda coniugi reliquit contra l. hac editam 16. C. de secund. nupt. si ea cesserint liberis primi sibi: an & feuda in Hollandia & Ultrajecti? an legata?
63. Legitima sine ullo onere relinquenda. Qua oneris

appellatione veniant? quid, si de facto onus sit appositum? quid, si appositum sit bona mente, exemplo exheredationis bona mente facta?

64. Si liberi in nuda proprietate, uxor aut extraneus in usufructu omnium bonorum institutus sit, ad hoc salva est plena proprietatis legitima. Quid juris, si electio data, an legitima libera, an nuda proprietate, vel nudo usufructu omnium bonorum, aut plena proprietate, sed cum onere universalis fideicommissi velint contenti esse?
65. Quid juris, si secundum mores bodiernos parentes sibi invicem bonorum omnium usumfructum legent, cum onere alendi liberos, donec ad legitimam aetatem pervenerint?
66. Legitima relinquenda titulo institutionis, & quid moribus nostris hac in parte obtineat?
67. Quid sit actio ad supplementum; eam personalem esse; heredibus competere licet necdum preparatam; durare triginta anni.
68. Refutatur opinio, supplementum legitima per inofficiosi testamenti querelam peti.
69. Non coarctat actio ad supplementum ex eo quod quis relicta accepit, vel testator prohibuerit, amplius peti quam quod relictum est.
70. Actio ad supplementum tantum contra heredes movenda, non contra legatarios in totum aut pro parte.
71. Quid petatur actione ad supplementum? an habeat hanc ad supplementum actionem, cui nihil testamento relictum est, sed quadam forte inter vivos data, quae in legitimam imputari possunt?
72. Qui querelam habebat, si qua ratione eam amiserit, an ad actionem ad supplementum convolare possit?
73. Si in querela inofficiosi iudices pari numero dissentiant, pro testamento pronuntiandum est.
74. Ei, qui querela obtinuit, pendente appellatione ab illa sententia, interim per institutum alimenta praestanda, si inopi sit.

1. **J**udicia vel in rem esse, vel in personam, superiore tit. monitum. Fundamentum iudiciorum in rem est *ius in re*, ius scilicet, quo res nostra est aut nobis devincta, cujus juris in re Cajus meminit in l. eorum, qui 19. ff. de damno infect. & l. in uxalibus 30. ff. de uxal. action. At iudiciorum in personam basis est *ius ad rem*, seu ius quo persona tantum nobis est obligata ad dandum, faciendum, praestandum, restituendum. Cujus juris *ad rem*, etsi non tam expresse mentio fiat in iure nostro, atque quidem juris in re; ipsam tamen illud ius abunde colligitur ex §. omnium 1. Instit. de action. Nec dubium mihi, quin nostri juris interpretes, hanc assumentes phrasiologiam *ius ad rem*, alliptica locutione (exemplo veterum jurisconsultorum in interditiis quorum bonorum, quod legatorum, uti possidetis, utrobi, unde vi, nec non in bonorum possessionibus unde liberi, unde legitimi, unde cognati, unde vir & uxor, aliisque) rem significatam optime expresserint; agitur namque actionibus in personam ex iure, ad rem scilicet debitam, aut obtinendam, compensato, utque adeo ex obligatione, illo juris vinculo, quo adversarius adstrictus est necessitate alicujus rei solvenda. Sic ut *rei* vocabulum in iure ad rem latiore sensu accipitur pro omni eo, quod est

objectum obligationum, juxta ipsam obligationis descriptionem pr. *Instit. de obligationibus*.

2. De numero *jurium* in re non satis convenit. Quinario tamen omnia posse comprehendere puto; ut jus aliud sit *dominii*, aliud *possessionis*, aliud *servitutis*, aliud *pignoris*, aliud *hereditatis*. Priora quatuor colligi possunt ex l. in hac actione 3. §. Pomponius 12. ff. ad exhibendum, ubi cum Pomponio Ulpianus scribit, plures recte ejusdem hominis nomine ad exhibendum agere, veluti, si homo primi sit: secundi in eo usufructus sit: tertius possessionem suam contendat: quartus pignoratam eam sibi rem affirmet, a quo non abluat Justinianus in l. propterandum 13. §. censemus 1. C. de judiciis. Quintum his superaddi necesse fuit, jus nempe hereditatis: cum illud a jure *dominii* distinctum prorsus sit, in quantum & ea sub hereditario comprehensa sunt jure, quae neque jure *dominii* ad defunctum pertinuerunt, neque ad heredem petitione hereditatis experientem pertinent; qualia sunt quae defuncto pignori aut commodato data, quorumve periculum ad heredem spectat, l. item videndum 14. §. ult. l. 19. l. 20. ff. de petit. heredit. Ex his quinque juribus in re onanes nasci in rem actiones, facile demonstratum est. Ex jure enim *dominii* non tantum rei vindicatio competit, tum directa, tum utilis ex utili dominio emphyteutis, vasallis, superficiariis quasito, sed & actio Publiciana rescissoria usucapionis, de qua §. rursus ex 5. *Instit. de action. & tit. ff. ex quibus causis majores*, ubi dum praetor fingit, necdum usucaptum esse quod vere usucaptum erat, rei vindicationem ex jure *dominii*, velut nondum amissi, concedit. Ex jure possessionis Publicianam actionem descendere probabitur tit. de Public. in rem actione. Servitutum jura confessoriam actionem producere constat: uti oppositae libertatis intuitu negatoria comparata est. Ex pignoris jure Servianam & quasi Servianam seu hypothecariam profluere, vel dupondis notum. Sed & actionem rescissoriam alienationis (ex qua in §. item si quis 6. *Instit. de action.*) non aliunde quam ex jure pignoris praetorii proficisci, probabitur tit. qua in fraud. cred. facta sunt restit. Denique ex jure hereditatis petitio hereditatis est; quae, cum vel inofficiosi testamenti occasione competat, vel extra inofficiosi considerationem simpliciter ex jure hereditatis per aditionem acquisito, compilatoribus Pandectarum visum fuit ab inofficiosi querela ordiri.

3. Est autem inofficiosum testamentum, quod contra pietatis officia factum, praecipue quidem a parentibus, quandoque tamen & a liberis aut fratribus. Et quamvis parentes sine causa liberos suos ab hereditate excludentes injuriam iis inferant; noceralibus quippe delinimentis instigationibusque corrupti, aut alias falsis stimulat delationibus maligne circa sanguinem suum ferentes judicium, ac spe successionis, tacita quadam lege naturae debita, promptoque parata obsequio, progeniem defraudantes, l. inofficiosum 3. l. non est 4. ff. b. t. junct. l. cum ratio 7. pr. ff. de bonis damnatorum, l. nec ei 17. §. praterea 3. ff. de adoptionibus, l. nam et 15. ff. b. t. l. pen. §. sed num. quid 2. ff. de bonis libert., tamen maluerunt jura parentes hoc casu fingere furiosos ac mentis non sanos: ut ita laesio, quam inferre studuerant, a casu potius fortuito, quam malitia &

odio inmerito videretur profluxisse, pr. *Instit. b. t. l. hoc colore* 2. ff. b. t. Cum vero non esset huic consentiendum iniquitati, (licet lex 12. tab. eam non improbasset, data liberrima testandi licentia, juxta illud, uti paterfamilias legasset suae rei, ita jus esto) permissum fuit, testamentum dicere inofficiosum, id est, allegare, quare exheredatio vel praehereditio fieri non debuerit, d. l. 3. ff. b. t. comparata eum in finem querela inofficiosi testamenti: quae est actio in rem primario, qua quis petit testamentum tanquam inofficiosum rescindi, & se heredem declarari, sibi que hereditatem restitui: subinde accusatio dicta, quandoque actio l. quemadmodum 7. l. nihil interest 12. in fine princip. l. si instituta 27. l. si suspecta 29. §. quamvis 2. ff. b. t. sed frequentius querela: non quasi improprie esset actio, sed magis in modestiae & submissionis signum. Scilicet, uti servi de injuria per dominos illata non agere, sed conqueri potius dicuntur, §. ult. *Instit. de his, qui sui vel alien. juris*, ita & liberi de hac injuria exheredationis.

4. Querelam hanc, quae olim in judicio centumviri intentanda erat, l. Titia 13. l. qui repudians 17. ff. b. t. alii lege Glicia introductam arbitrantur, non alio, nisi fallor, fundamento, quam quia l. 4. ff. b. t. desumpta est secundum inscriptionem ex Gaji libro singulari ad legem Gliciam, & ex antiquis legibus querela moveri dicitur, l. qua nuper 31. l. quoniam 32. C. b. t. Alii non lege sed usu populi Romani eam invaluisse putant, adeoque ut pupillaris substitutio in favorem liberorum moribus instituta dicitur, cum vulgaris ex lege 12. tabularum obtineret, princ. *Instit. de pupill. substit.* l. moribus 2. ff. de vulg. & pup. substit. ita quoque querelae remedium in eorundem utilitatem a populi moribus seu consuetudine habuisse initium. Donellus comment. l. 19. cap. 4. in quart. querela inofficiosi quo jure introducta. Quicquid ejus rei sit, illud utique expeditum arbitror, querelam non praeparatoriis, sed principalibus judiciis annumerandam esse: est enim species petitionis hereditatis, l. qui de 20. ff. b. t. l. hereditas 3. C. de petit. heredit. dicta etiam petitio hereditatis ex nomine de inofficioso, l. si quis filium 34. C. b. t. l. pen. in fine pr. ff. de honor. poss. contra Tab. per quam hereditas vindicatur & evincitur, l. cum qui 21. §. ult. l. si, instituta 27. §. de inofficioso 3. ff. b. t. & quidem ex causa intestati; quatenus causa testati ad causam intestati redigitur, l. portumum 6. §. si quis ex his 1. ff. b. t. & victor jure intestati succedit, l. cum duabus 15. C. b. t. ac legitimus haeres effici dicitur, l. nam et 15. §. ult. ff. b. t. etque testator consideratur, ut talis, qui non habuit testamenti factionem, l. qui repudians 17. §. 1. ff. b. t. ut &, quatenus illi, qui querelam movent, habent jus succedendi ab intestato; ac conqueruntur, juris illius ademptionem contra pietatis officia testamento inofficioso fuisse tentatam, l. inofficiosum 3. ff. b. t. ideoque contra institutum, & eos, qui causam ab eo habent, experiuntur tanquam contra possidentes pro haerede aut pro possessore, arg. l. 1. C. b. t. Nec hisce adversatur, quod aliquando per modum contradictionis & exceptionis querela induci dicitur, si filius exheredatus hereditatem possideat, l. Papinianus 8. §. si filius 13. ff. b. t. cum tamen petitio hereditatis sit actio ab exceptione longe diversa. Et enim,

uti id in querela admissum est, ita quoque in alia quavis petitione hereditatis potest contingere, ut quis in modum contradictionis hereditatem, quam possidet, in totum vel pro parte sibi tueatur, *l. permittendum 8. ff. si pars hereditis petatur.*

5. Competit querela primo liberis, in quorum quoque gratiam primitus videtur fuisse introducta, arg. *l. nam etsi 15. pr. ff. de b. r. & his quidem injuste exheredatis a patre, prateritis a matre, quippe cujus prateritio tacitam continet exheredationem, p. Inst. b. r. §. ult. Inst. de exhered. liber. eoque sensu accipienda novell. 115. cap. aliud quoque 3. in princ. ac deprompta inde aurb. ex causa C. de liberis prateritis; dum illic ex causa exheredationis aut prateritionis sola dicitur infirmari institutio: exheredatione ad patrem, prateritione ad matrem relata; convenienter juri veteri, quod, dictans, ob prateritionem a patre factam testamentum nullum esse, aut rumpi, aut bonorum possessioni contra tabulas locum fieri, non invenitur expresse correctum. Adde tit. ff. de liberis & posthum. Nec interest, sui sint liberi an emancipati; nati an posthumi; sive post mortem patris, sive post conditum patris matrisve testamentum fuerint editi, *l. si mater 3. C. b. r. §. tam autem 2. Instit. b. r. cum enim nulla in posthumos cadere possit ingratitudinis causa, l. si quis suo 33. in fine, C. b. r. non aliis rectius quam hisce, tanquam injuste exheredatis, accommodabitur. Nec tantum legitime natis datur, sed & adrogatis puberibus, (non impuberibus, quibus quarta D. Pii sufficit) ac adoptatis, quoties concurrunt naturalia & civilia adoptionis iura, arg. §. sed bodie 2. Instit. de adoption. l. Lappianus 8. §. si quis impuber 15. ff. b. r. Legitimitas vero toties, quoties ex vi legitimisationis ipsis acquisitum jus successionis ab intestato: de quo latius de success. ab intestato. Naturalibus liberis contra matris quidem, at non contra patris testamentum; idemque in spuris obtinet, *l. si suspecta 29. §. de inofficio: 1. ff. b. r. Crivellus decr. 83. Palaeotus de nobis & spur. cap. 38. numer. 6. 7. nisi mater illustris fuerit; cui uti non succedunt ab intestato, ita nec querelam habent ab ea prateriti, l. pen. C. ad Senatusc. Orfian.***

6. Non denique refert, prius an ulterioris gradus liberi sint, quoties, praefunctis parentibus intermediis, ad ipsos jus succedendi ab intestato devenit. Quod si liberi primi gradus a patre juste exheredati sint, vel, cum injuste exclusi essent, querelam movere noluerint, parenti exheredanti superstitibus, nepotibus ex his natis querela non competit: cum enim lex ipsa nepotes non vocet ad successionem avi ab intestato, quoties vivunt parentes intermedii, non potest nepotum intuitu testamentum videri contra pietatis officia factum, *l. si quis 6. pr. ff. de injust. rupt. irrit. testam. ac ne rupturi quidem sunt nepotes tales quasi ex causa prateritionis avitum testamentum, l. quis posthumus 9. §. si filium 2. ff. de liberis & posthum. d. l. 6. ff. de injust. rupt. irrit. testam. l. scripto 7. ff. si tabul. test. nullas extab. Unde & omne adiutorium nepotem talem dereliquisse, ait Imp. in *l. si quis filium 34. C. b. r. Sande decr. Frisicar. lib. 4. tit. 9. defin. 7. Fashineus controvers. lib. 10. cap. 47. incipit existimo. Gonesius variar. resolut. tom. 1. cap. 11. n. 21.**

Neque hisce obstat, quod exheredati mortuis comparati sint, *l. 1. §. sed & si 5. ff. de conjug. cum emanc. liberis ejus*, mortuo vero filio ante patrem, nepotibus querela detur. Non enim in omnibus, sed quibusdam tantum in casibus, ac nequaquam in proposito, istam mortui & exheredati comparationem procedere, patet ex *d. l. 7. ff. si tab. testam. nullas extab. d. l. 6. ff. de injust. rupt. irrit. testam. l. si patronus 12. §. si quis liberum 1. ff. de bonis liberor.* Ne dicam, tum demum eos mortuis comparari, cum tenet exheredati; tenet vero demum ea, ex quo hereditas ex testamento aditur, *l. filium 20. ff. de bonor. possessor. contra tabulas*; cui consequens, ut moriente testatore exheredatus filius, pro mortuo necdum habitus, impedimento fuerit nepotibus, quo minus videri possent lege ad avitam vocati successionem. Gratis quoque in patrocinium contrariae sententiae assumitur, in querela locum esse successorio edicto, de quo est *tit. de successorio edicto*; cum id nusquam invenitur cautum, ut de gradu in gradum ordine successorio transiret; sed id tantum, ut una linea deficiente, ad aliam lineam querela transferatur; adeoque si filius exheredatus sit, pater prateritus, filio non agente vel repulso, pater jure suo querelam movere possit, *l. pater filium 14. ff. b. r. sit quod Paulus ait in l. pen. ff. b. r. eo, qui admittitur ad accusationem inofficiosi, nolente vel non valente accusare, sequentem admitti, & successioni locum fieri, id de sequente linea, non gradu, intelligendum, convenienter d. legi 14. ff. b. r. Neque eadem hic transiitio de gradu in gradum, quae de linea in lineam, ratio est: cum utique nepotes ab intestato volentes avo succedere patrem intermedium jure exheredatum representent, & ita ex ejus exclusi capite vindicarent hereditatem; absurdum autem esset, melioris eos juris esse, aut potestatis majoris in agendo, quam est is, cujus vicem gerunt. At ex adverso pater a suo filio prateritus nullo modo venit ad filii sui defuncti hereditatem ex capite aut representatione nepotis juste exheredati; sed plane ex proprio capite, primum obtinens in linea ascendente gradum.*

7. Ceterum gentium plerarumque moribus (si Frisiam excipias, in qua & matris testamentum ob liberorum prateritionem pronunciatum est ipso jure nullum, si deesset clausula codicillaris; vide Sande decr. Frisic. lib. 4. tit. 1. defin. 2.) receptum est, ea, quae de jure Romano de prateritione per matrem facta traduntur, etiam in patre liberos praterunte sibi locum vindicare, ac prateritionem liberorum in eo quoque tacitam continere exheredationem; sic ut testamentum prateritione liberorum laborans querela rescindendum sit quantum ad institutionem, legatis, quatenus legitimam haud laedunt, firmis manentibus; cetero Grotio manduct. ad iurispud. Holl. lib. 2. cap. 13. n. 11. & seq. Gudel. de jure noviss. lib. 2. cap. 5. vers. pariter nec, seu n. 6. Groenewegen ad princ. Instit. de exheredat. liberorum, Sim. van Leeuwen cent. for. part. 1. lib. 3. 4. n. 4. Si tamen clausula codicillaris adjecta fuerit, aut tales termini sint, ut subaudiri debeat, hereditas institutis restituenda erit, ut plenius dicitur in reqq. b. r.

8. Quod si nulli existant liberi, vel existentes querelam non moveant, parentes vero turbato mor-

talitatis ordine superstites, præteriti fuerint vel exheredati a suis liberis prædefunctis, querelæ movendæ facultas iis data est: nam etsi parentibus non debetur filiorum hæreditas, propter votum parentum, & naturalem erga liberos charitatem; turbato tamen mortalitatis ordine, non minus parentibus, quam liberis, pie relinqui debet, ita exigente miserationis ratione, *l. pater filium 14. l. 15. ff. b. t. l. scripto 7. §. ult. ff. si tabul. testam. nulla ext.* grave enim est (ut ait Seneca consolat. ad Marciam cap. 17.) *quem educaveris juvenem, jam matris, jam patri præsidium ac decus, amittere: ac nihil non acerbum funus est, quod parens sequitur.* Nec indigni querelæ censendi parentes a prioris matrimonii liberis præteriti, ob id, quod ad vota secunda transiverint, cum inter plures secundarum nuptiarum pœnas nuspiam hæc querelæ denegatio inveniat proposita, idque ratione bonorum, in qua parens binubus aut binuba non prohibetur ab intestato succedere. Vide Abrah. & Wesel. ad novellas constit. Ultraject. art. 11. num. 70. & seqq.

9. His quoque deficientibus, ad querelam admittuntur fratres ac sorores germani & consanguinei; non uterini: quod cum illis communia nominis ac familiæ jura sunt, non item cum his. Nec tamen illi omni admittuntur casu, sed tum demum, cum turpis persona, juris aut facti infamia laborans, iisdem prælata fuit, atque ipsi fratres nulla sunt estimationis privatione notati; cum alioquin inique carpant in aliis morum pravitatem ac famæ lusionem, a qua ipsi non sunt immunes, *l. fratres 27. C. b. t. l. viro 39. ff. soluto matrim.* Nec his, quæ de uterinis non admittendis dicta, repugnat, quod sine dictione simpliciter dicitur, neminem eorum, qui ex transversa linea veniunt, *excepit fratres & sorores*, ad inofficiosi querelam admitti, *l. fratris 21. C. b. t. neminem ultra fratrem l. i. ff. b. t. cum receptissimum sit, minus limitatam seu indefinitam unius legibus distinctionem adhibentibus, solere ac oportere restringi, adeoque in casu nostro per d. l. 27. Quod si honesta simul & turpis persona inveniat instituta, querelæ pro ea parte præteritis fratribus accommodanda, ex qua scriptus est infamia tentus, rata manente defuncti dispositione quantum ad reliquos institutos, nulla infamiz macula notatos; adeoque pars jure intestati deferetur, nec ea ratione absurdum est, ex post facto eundem in paganis pro parte intestatum videri, *l. circa 24. ff. b. t. l. cum est 15. §. ult. ff. b. t.* Gomezius *variar. resolut. tom. 1. cap. 11. n. 37. vers. septimo.* Barry Jctor. Holland. part. 3. vol. 2. consil. 73. num. 3. pag. 226.*

10. Turpis autem persona censi debet ratione querelæ meretrix, etiamsi jam alteri nupta dereliquerit meretriciam vivendi consuetudinem: neque enim aboletur turpitudine, quæ postea intermissa est, *l. palam 23. §. non solum 4. ff. de ritu nupt.* Concubina quoque, quippe quæ, si jus Romanum spectes, matrisfamilias honestatem non habuisse dicitur, *l. probrum 41. §. i. ff. de ritu nuptiar.* & licet concubinatus appelletur *licita conjunctio l. si qua illustris 5. C. ad Senatusc. Orfian.* quatenus per leges nomen assumpsit & extra legis pœnam est, *l. 3. in fine ff. de concubinis*; tamen quia non omne quod licet honestum est, *l. non omne 144. ff. de*

*regul. juris*, & si usus nostros consideres, a ceteris meretricibus fornicantibus concubina non solet distinguui, Grotius *manuduct. ad jurispr. Holl. lib. 1. cap. 12. n. 4. 5.* non dubium, quin turpitudinis aut levis saltem notæ macula notata sit, *aig. d. l. probrum 41. pr. ff. de ritu nupt. l. idem 4. §. sed quod 3. ff. de condit. ob. turp. caus. Gomezius var. resolut. tom. 1. cap. 11. num. 38. in med. Barry de success. lib. 10. tit. 7. n. 4. Respons. Jctor. Holl. part. 3. vol. 1. consil. 56. & part. 3. vol. 2. consil. 73. pag. 224. & seqq.* Aliud dicendum, si non legitimo progenitus matrimonio institutus esset, veluti ex concubina natus, vel vulgo quæsitus, vel incestuosus aut adulterinus. Cum enim non hi, sed magis eorum parentes peccaverint, nulla existente culpa turpive facti, non potest infamia in hisce concepi, sive juris, sive facti. Nunquam (inquit Chrysostomus *can. nunquam 3. distinct. 56.*) *de vitii erubescamus parentum.* Quod si fornicatorem ipsum ad meliora conversum nequaquam prior vita commaculat, multo magis ex meretrice natus & adultera, si propria virtute decoretur, parentum suorum non dedecoratur opprobriis; non est omnino nec de virtute, nec de vitii parentum aut laudandis aliquis, aut culpandus. Et, si non sit deneganda aut impedienda in hos dignitatis aut sacerdotii collatio, quia nihil ipsi commiserunt, sed alieno laborant vitio, *l. spurii 6. l. gene aliter 3. §. spurios 2. ff. de decurion. junct. l. legem 7. in med. C. de liberis naturalib. can. apostolica 12. & 13. distinct. 58.* cum tamen neque juris neque facti infamia laborantibus pateant dignitatum portæ, *l. neque famosis 2. C. de dignit.* ratio quoque non est, cur tanquam infames per inofficiosi querelam a delata testamento hæreditate expellerentur, quoties ipsi ex suo capite præter natiuitatis infelicitatem non alia laborant infamiz nota. Carpovius *defini. forens. part. 3. constit. 10. in fine.* Palzotus *tract. de nobis & spuris cap. 55.* Jacobus Thomingius *decis. 48. n. 19. & seqq. Thesaurus decis. 126. n. 6. 7. Aug. Barbosa ad l. 27. C. b. t. n. 18. Gratianus discept. forens. cap. 135. n. 27. & seqq.* Neque fundamento sat justo nititur quorundam distinctio, in naturalibus quidem & vulgo quæsitis, non vero in incestuosis, adulterinis, aut alio complexu damnato genitis, hanc sententiam admittentium; inter quos est Gomezius *variar. resolut. tom. 1. cap. 11. num. 38. Barry de succession. lib. 10. tit. 7. n. filius Sacerdotis 5.* Nec turbare quemquam debet Callixti Pontificis rescriptum, infames declarans eos, qui ex incestuosa conjunctione fuerint progeniti, *can. conjunctiones 1. causa 35. quest. 2. & 3.* eo quod illud se refert ad jus civile, infamesque jubet esse ita natos, quia *leges seculi infames tales vocant & ab hæreditate repellunt*; cum vero de relato, (ut vulgo loquuntur) non constet, neque uspiam leges civiles incestuosum infamem dicant, nec in universum a quorumvis, sed tantum parentum hæreditate repellant; non est, quod ei vel fides habeatur, vel rescripti Pontificii tribuatur auctoritas, arg. *antib. si quis in aliquo C. de edendo, junct. l. ult. & tot. tit. C. si contra jus vel utilit. public. vel per mendacium &c. l. nec damnosa 3. l. pen. C. de precibus Imperas. offerend.* Neque ex eo, quod tum jus civile, tum mores gentium inter legitime & illegitime

natos differentiam in nonnullis admittant, & vel in concursu legitime natos illegitimis anteponant, vel illegitimos ab omnibus officiis publicis atque civilibus repellant, *l. generaliter 3. §. spurios 2. ff. de decurion.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurispr. Holl. part. 1. cap. 12. n. 6. 7.* recte concluderis, eos ergo infamia laborare: nam & feminas a civilibus officiis remotas fuisse constat *l. 2. ff. de reg. jurit.* & peregrinos olim a dignitatibus & successione in Hollandia alibique fuisse exclusos, testis est Grotius *d. lib. cap. 13.* quos si quis ob id infamibus voluerit accensendos, toto profecto calce erraverit. Quid de aleatoribus, lenonibus, aliisque multis statuatur interpretes, videri potest apud Aug. Barbosam *ad l. 27. C. b. t. n. 20. & seqq.* suntque huc reducenda, quæ dixi *tit. de his, qui non infam.*

II. Aliis ultra jam enumeratos querela non datur, melius quippe facturis, si se sumptibus inanibus nihil profuturis non divexent, *l. 1. ff. b. t. adeoque non fratrum sororumve filiis, l. fratris 21. C. b. t.* Neque quicquam per jus novum hac in parte mutatum existimo. Quamvis enim id in confesso sit, fratres germanos una cum parentibus ad intestati fratris successionem viritum accedere: uterinos quoque fratres ab intestato una cum consanguineis fraternæ hereditatis ex æquo reddi participes: fratrum denique filios una cum suis patris ac avo aviaque jure representationis ad patris defuncti patrimonium admitti, *novell. 118. cap. 2. & 3. novell. 127. cap. 1.* non tamen inde recte concluderis, parentum exemplo fratribus præteritis omni casu, etiam cum turpis persona non est prælata, querelam esse: aut uterinos fratres iisdem casibus, quibus consanguinei vel germani, de inofficioso posse queri: aut fratrum prædefunctorum filiis ex jure quodam representationis permitti inofficiosi actionem; aut denique post impetratam a parente ex causa inofficiosi rescissionem, causamque testati redactam ad causam intestati, fratres germanos ac prædefunctorum aliorum fratrum filios fraternæ hereditatis partem laturos, aut concursuros cum consanguineis uterinos, postquam consanguinei per querelam obtinuerint fraterni testamenti rescissionem. Neque enim a successione ab intestato, quæ ab initio defertur, (de qua sola agit *d. nov. 118. & 127.*) & quam moriens sponte videtur reliquisse his, quos lex designavit, *l. conficiuntur 8. §. sed ideo 1. ff. de jure codicill.* argumentum procedit ad inducendam querelam contra testamentum movendæ licentiam, aut faciendam exaquatorem personarum in successione contra defuncti voluntatem obtenant per inofficiosi actionem: tum quia jus novum strictam recipere debet interpretationem, ut quam minimum juri veteri decedat, nec stare prohibendum, quod non invenitur expresse correctum, ut dictum *tit. de legibus*, tum quia res inter alios acta aliis non prodest, adeoque nec obtenant per unius querelam non habentibus, & injuria exheredationis non affectis, ac ex necessitate juris haud instituendis, viam sternere potuit ad legitimam hereditatem: tum denique quia liberorum adoptivorum, uti & impuberum adrogatorum conditio abunde monstrat, a successione competente non recte inferri querelæ movendæ facultatem, aut exaquatos in jure succedendi ab intestato,

etiam in querela exaquatos debere censeri: impubes enim adrogatus, licet cum legitime natis ab intestato succedat, ad querelam tamen admissus non fuit, quarta D. Pii ipsi concessa, *l. Papinianus 8. §. si quis impubes 15. ff. b. t.* Et quamvis adoptati ab extraneo ab intestato succedere possint suo parenti adoptivo, una cum liberis aliis legitime natis; tamen si ab eo præteriti fuerint aut exheredati, nec querelam movere possunt, nec testamentum ob præteritionem nullum dicere, *l. pen. C. de adoption. §. sed ea omnia 14. Instit. de hereditatib. quæ ab intestato, §. tam autem 2. instit. b. t. Jacobus Coren observ. 10. num. 12. 13. 14. & seqq. Zoesius ad Pand. b. t. num. 45. & seqq. Adde D. Joh. a Sommeren de representatione cap. 3. sect. 1. n. ult.* Ne dicam, admissa sententia contraria, (quod nempe rescisso per querelam testamento admittendi essent ad successionem illi, quibus non data querela) eventurum, ut melioris conditionis futuri essent, quibus denegata, quam quibus data querela est: dum parentes soli incertum subituri essent litis ac sumptuum de inofficioso periculum, vincentes autem partium suo labore suoque periculo commodum, defuncti etiam fratribus fratrumque filiis essent questuri: atque insuper futurum, ut, quibus denegarunt leges querelæ facultatem, his tamen omnis querelæ utilitas ac effectus quæreretur, atque ita tribueretur alia via, quod una manifeste ademptum apparet, in legis, inofficiosi actionem denegantis, fraudem, & contra ratiocinium Jurisconsulti in *l. quaritur 38. ff. de bon. libert.* Eoque facit *l. si post mortem 10. §. liberi 4. & §. exheredati 5. ff. de bon. poss. contra tab.* Et hæc multo magis admittenda eorum moribus, qui ultra juris Romani dictamen jus representationis in linea collateralis ad quartum aut sextum extendunt gradum; de quo nos latius in materia successione ab intestato: ne alioquin & fratrum nepotibus in quarto gradus positus, aut remotioribus sexti gradus cognatis querelam tribuamus, atque ita durum hoc ac plenum invidiæ remedium nimiam recipiat extensionem. Nec immerito propter fundamenta superiora dubitaveris de eo, quod Simon van Leeuwen cens. for. part. 1. libr. 3. cap. 4. n. 9. tradidit, cum hodie fratres uterini cum consanguineis concurrant, consequens esse, ut etiam concurrant in inofficiosi querela; quod & Hugo Grotius videtur innuere, dum generaliter querelam fratribus & utrimque, & ex uno latere conjunctis tribuit, *manuduct. ad jurispr. Holl. lib. 2. cap. 13. n. 24. & Brunneanus ad l. postumus 6. ff. b. t. n. 5. & 6.* fratres uterinos saltem post rescissum querelam testamentum admittens cum consanguineis. Nec pro hac sententia facit *d. l. postumus 6. §. si quis 1. ff. b. t.* quippe quæ de illis agit, qui querelam movendæ jus non habebant; qui, si de facto eandem intentaverint, ac casu obtinuerint, victoria ipsis haud profutura est, sed evacuato per sententiam testamento, hereditatem ab intestato vindicabunt hæredes legitimi. Quo tamen casu si actor simul proximus ab intestato hæres sit, per accidens erit, quod querelæ movendæ jure carens, hereditatem nihilominus sibi retineat. Minus refragatur, quod, non facto testamento, aut ob non aditam ex eo hereditatem irritum, parentes non totam fuissent habituri hereditatem, sed magis eum suis



liberis, defuncti fratribus germanis divisiuri (idemque de consanguineis fratribus ratione uterinorum) qui consequens videri posset, etiam patrem parentum fratrumque germanorum debuisse causam censeri, ubi per querelam causa testati ad causam intestati redacta est. Non enim absurdum, ut plus percipiant, qui exheredationis iniuria affecti sunt, quam fuissent habituri, si nulla fuissent exheredationis nota laesi: sic namque plus quam legitimam habent, institutione tota per querelam subversa, qui legitima sola honorati nullam habuissent portionis majoris petendae causam: cum contra absurdum esset, illos, qui lege permittente sunt praeeriti, atque ita non laesi, paris fore conditionis cum illis, qui lege refragante per exheredationem laesi, in laesione solatiu ad hereditatem erant admittendi.

12. Instituenda est querela adversus heredes testamento, sive scripto, sive nuncupativo vocatos, cuiuscumque dignitatis; atque adeo contra Imperatorem quoque, qui, licet legibus solutus sit, hac tamen parte legibus vult vivere, *l. Papinianus 8. §. si Imperator 2. ff. b. t. nec refert*, extranei instituti fuerint, an vinculo sanguinis juncti testatori: qua ratione filiis quibusdam exheredatis adversus suos fratres reliquos; nepotibus adversus suos paternos, defuncti filios, ac institutos, inofficiosi accusatio competit, *l. pen. §. quantum 1. ff. b. t. & filius defuncti exheredatis adversus suos liberos, ab avo defuncto ad successionem vocatos, l. si pater 13. ff. b. t. filiis etiam a matre praeeritis, contra suum patrem ab uxore institutum, l. filius non 22. ff. b. t. denique parentibus defuncti praeeritis adversus suos filios superatites, fratris sui praedefuncti ex testamento heredes, l. cum filium 17. C. b. t. eo quod non tam conditio vocatorum in testamento, quam potius iniuria praeeritorum aut exheredatorum spectanda est. Quid? quod et adversus omnes competit, qui in heredis instituti locum subintrarunt, eundemque representant; quales heredis heredes, & fiscus, qui in heredis bona successit, *l. si heredum 10. C. b. t. & is*, cui ex causa fideicommissi per institutum hereditas est restituta, *l. 1. C. b. t.**

13. Effectus querelae recte intentatae olim erat, quod totum infirmaretur testamentum, sic ut nec legata nec libertates nec quicquam ex eo deberetur; *l. Papinianus 8. §. pen. ff. b. t. exceptis quibusdam casibus*, quibus libertates manebant ratae, *d. l. 8. §. ult. ff. b. t. l. cum duobus 13. C. b. t. quandoque & legata, l. qui, repudiantis 17. §. 1. l. cum mater 23. ff. b. t. cum filius 76. ff. de legatis 2.* Sed jure novo sola infirmatur institutio, non tantum usque ad legitimam, sed in solidum; ceteri testamenti capitibus, sive legatum, sive libertatem, sive substitutionem contineant, firmis manentibus, *novell. 115. cap. aliud quoque 3. in fine et cap. 4. in fine.* Quod non tantum admittendum, si liberi aut parentes, sed & si fratres instituerint inofficiosi accusationem: perquam enim absurdum fuisset, collaterales non nisi certis in casibus, & non nisi in odium institutae turpis personae ad querelam admissos, melioris esse conditionis & plus percipere, tepinendo penes se legata infirmata, quam qui proximo descendendum vel ascendendum gradu sunt juncti defuncto: neque regulariter aequitas patitur, alie-

no odio atque adeo heredis, praegravari alios, puta, legatarios nulla turpitudine laborantes, arg. *l. si quis suo 33. in fine C. b. t. regul. non debet 22. de reg. jur. in 6.* Quibus non recte obijcitur *l. Pacinianus 5. ff. si a parente qui manumissus sit*, tum quia ibi non de fratribus agitur sed patre, cui meretrici filiali testamento praelata proponebatur; frustra vero ab iis, quae disposita circa personas parentum patronorumque, maximis & inestimabilibus beneficiis sibi liberos libertosque devinctos habentium, ad fratres nullis beneficiis, saltem non tantis notos, argumentum producitur. Tum etiam, quia patri in casu *d. l.* etiam honesta persona per filium instituta, querela ad totius testamenti subversionem competebar, *l. 1. §. ult. ff. d. si a parente quis monumissus*. hoc vero jure novo mutatum esse, jam monitum. Quin tamen totam institutionem, etiam supra legitimam, fratres querendo infirmaturi sint, haud videtur dubitandum, cum hac in parte neque mutatio juris veteris appareat, neque diversum quid ab iis, quae in parentibus liberisque obtinent, invenitur constitutum, licet hic varii varie sentiant. Vid. Aug. Barbosa ad *l. 27. C. b. t. num. 9. 10. 11. 12.* Castillo de Sotomayor *lib. 2. quotid. quæstion. cap. 19. num. 25. & seqq. et n. 32. et seqq.* Gomezius *variar. resolut. tom. 1. cap. 11. num. 57.*

14. Quod si clausula codicillaris inofficioso testamento adjecta fuerit, (quam etiam in testamento parentum ratione liberorum subintelligi ex multorum opinione, dicitur *iii. de codicillis*) id operabitur, ut illud vim codicilli retineat, & inofficiosa institutio sustineatur jure fideicommissi; ac rogati videantur illi, qui querela causam testati redegerunt ad causam intestati, ut institutis hereditatem restituant, deducta ac reservata sibi sola ex legibus debita portione, arg. *§. sed et si 3. Instit. quib. mod. testam. infirm. l. 1. l. illud. 13. §. 1. ff. de jure codicill. l. ex ea scriptura 29. §. 1. ff. qui testam. fac. possunt.* Ut tamen ex jure canonico ac moribus prope gentium omnium moratorum in liberis detractio duplicis quartæ tam legitimæ, quam Trebellianicæ, recepta sit, sive pure, sive sub conditione vel ex die gravatos concipiamus, *cap. Raynaldus 16. et cap. Raynaldus 18. extra, de testamentis*, Hugo Grotius *manud. ad Jurisprud. Holl. lib. 2. cap. 20. num. 19.* Neostadius *Cursus Holl. decis. 17.* & plures alii relati apud parent. p. mem. Paulum Voet ad *§. 9. Instit. de fideicommiss. hered. num. 4.* licet alii in solis pure non sub conditione gravatis hanc quartæ duplicis detractioem admittant, Andr. Gayl. *lib. 2. observ. 121.* Quæ duæ quartæ quo modo computandæ sint, variant usus. In Frisia quidem si plures essent quam quatuor, præter semissem legitimæ nomine debitum, insuper alterius semissis quartam velut ex senatusconsulto Trebelliano curia adjudicavit, teste Sandio *decis. Frisic. lib. 4. tit. 7. definit. 7.* secuta probabilior Anton. Fabri *Cod. lib. 6. tit. 27. definit. 4.* Cujacii, Fachinei, Petri Heigii, & aliorum illic recensorum opinionem, quam & Deckerus probat *lib. 2. dissert. 14. num. 21.* & Ultrajecti receptam testatur D. Joh. a Someren *de representatione cap. 6. num. 21.* Contra vero in Hollandia, sive plures fuerint liberi quam quatuor, sive pauciores, non amplius quam semissem portionis ab intestato debita unicuique pro legitima cessurum ob-

tinuit; ita ut alter semis in totum veniat jure fideicommissi restituendus; quæ & plurium aliorum extra Hollandiam sententia ac praxis est; Crivellus *decis.* 107. *num.* 10. Deckrus *libr. 1. dissers. 14. in fine defin. 4.* Groenewegen *ad Grotii manduct. ad Jurisprud. Holl. lib. 2. cap. 20. num.* 19. Paulus Voet *ad §. 9. Instit. de fideicommiss. hered. num.* 5. Simon van Leeuwen *cons. forens. part. 1. lib. 3. cap. 9. num.* 11.

15. An vero nepotes quoque neptesve fideicommissum expresse, vel cum injuste præteriti aut exheredati, essent tacite vi clausulæ codicillaris gravati duas possint quartas deducere, non satis in aperto est. Nepotibus tamen etiam duas quartas usus tribuit: cum tam in successione ab intestato, quam in querela movenda facultate, filiis nepotes exequati sint ac pariter concurrant; ut proinde nec in quartæ duplicis detractio in dubio videantur separandi. Et licet permixti sum sit avo, nepotes gravanti onere restitutionis, nominatim prohibere Trebellianicæ detractioem, in eoque deterior sit conditio nepotum, quam filiorum, in quibus prohibitio admissa non est: tamen, cum expressa requiratur istius quartæ prohibitio, nec tacite sufficiat, *novell. 1. cap. 2. in fine*; concipi vero nequeat expressa prohibitio, quoties exheredatos ponimus aut præteritos silentio nepotes, consequens est, ut vi clausulæ codicillaris restituere obstricti duas jure quartas deducant, Ant. Faber *Cod. lib. 6. tit. 27. defin. 4.* Neostadius, *Curia Holland. decis. 17. in fine.* Respons. Juriscons. *Holl. part. 5. vol. 2. consil. 193. num.* 5. 6. *et part. 2. consil. 20. pag. 42. in fine, et part. lib. 3. cap. 9. numer. 12.* Peregrinus *de fideicommiss. art. 3. numer. 54.*

16. Aliter sese res habet in parentibus per liberos, aut fratribus per fratres personam turpem instituentes, præteritis, quippe qui per querelam infirmantes testamentum, & vi clausulæ codicillaris rogati restituere scriptis in inofficioso heredibus, non duas quartas, sed solam legitimam salvam sunt habituri. Cum enim secundum Romani juris principia verus sit, illos, quibus legitima est debita, fideicommissum gravatos solam deducere legitimam, eamque ipsam imputari quoque in quartam ex senatusconsulto Trebelliano detrahendam, ut latius *tit. de Senatusc. Trebell.* neque quantum ad parentes fratresque, sed tantum descendantium intuitu, jus civile per canones mutatum sit, duplicis quartæ indulta detractioem; ac denique haud improbabile sit, hanc ipsam juris canonici circa liberos gravatos dispositionem ex perperam intellecto Quiritum jure proflixisse: rationis certe est, ut non ascendentes aut collaterales sine lege aut canone aut constanti consuetudine transferamus id, quod liberorum solum providentia invenitur sive ex æquitate sive ex quodam errore inductum, *arg. l. quod vero 14. l. quod non ratione 39. ff. de legibus.* Hugo Grotius inter responsa Jctor. *Holl. part. 3. vol. 2. consil. 193. num.* 5. 6. Peregrinus *de fideicommissis. art. 3. num.* 53. frustra dissentiente post alios Fachineo *controvers. libr. 12. cap. 80.* quod enim ait, ea, quæ recepta sunt in descendantibus, ad ascendentes debere extendi, nulla ratione vel jure firmatur. Illud quidem expeditum & ultro diffidentibus largiendum, potuisse juris canonici auctores, uti descendantium intuitu duplicem con-

tra jus Romanum quartæ deductionem decreverunt, ita etiam adscendentibus ac fratribus idem constituere; ut & hi tanquam parentes aut fratres legitimam perciperent, iterumque separatim Trebellianicam tanquam fideicommissum gravati heredes. Sed cum id non appareat factum esse, perperam illa, quæ de liberis tantum inveniuntur cauta, ad parentes fratresque traducuntur: licet enim in eo tertio inter liberos ac parentes conveniat, quod legitima non minus pie parentibus, quam liberis relinquenda sit, *l. nam et si 15. ff. b. t. in ceteris* tamen ratio diversa est, longeque deterior in aliis juris partibus quantum ad ipsam successionem parentum, quam liberorum causa: nam & liberis tum in successione ab intestato, tum in ipsa querela, fuerunt postpositi, *l. pater filium 14. ff. b. t. novell. 118. c. 1. 2.* & præteriti non potuerunt testamentum dicere nullum, atque ita a legatorum præstatione liberari; sed solam institutionem querela infirmabant. Ut proinde a disparatis (ut loquuntur) male fiat illatio.

17. Quæ vero de liberis præteritis vi clausulæ codicillaris ad emissis restitutionem, velut ex causa fideicommissi obligatis, & legatorum reliquorum validitate, dicta sunt, non semper admittenda in casu, quo parentis ignoranter posthumos præterierunt, aut liberos tales, quos mortuos crediderunt; aut quasi postumos, cum tempore testamenti conditi ignorarent eos in utero esse, non diu post eorundem navitatem fato functi sunt. Aut enim præter illos ex ignorantia præteritos nullam aliam reliquerunt sobolem, atque adeo extraneum insituerunt heredem; aut alios jam natos suo testamento scripserunt heredes. Priore casu eum, qui præteritus est, usque adeo parentis testamentum infirmaturum existimo, ut neque legata sint firma mansura, (exceptis forte minutis quibusdam arbitrio judicis, quæ & institutis liberis morigeris ac spem successionis obsequio perpetuo sibi conservantibus, per parentes relinqui frequens ac vulgatum est) neque vi clausulæ codicillaris obligandus sit ad hereditatem reliquam, revento semisse, institutis restituendam: tum, quia præsumendum est ex pietatis ratione ac conjectura, testatorem, si de liberis cogitasset, prudenti consilio proprias successiones extraneis fuisse prælatum in suis bonis, adeoque liberos legatariis extraneis, usque adeo, ut & expressum fideicommissum a testatore relictum, ob liberos postea ex filiis gravato natos evanescat, licet nulla liberorum mentio esset habita, *arg. l. cum acutissimi 3. C. de fideicommissis, l. cum avus 102. ff. de condit. et demonstrat. l. generaliter 6. C. de instit. et subtit. l. Lucius Titius 35. in fine ff. de hered. instit. l. si is, qui duxerit 13. §. ult. ff. de reus dub.* Tum quia in ipsis militibus jure militari testantibus id fuit receptum, ut, licet ex certa scientia liberos impune præterire potuerint; tamen si præterissent quos in utero vel in rerum natura esse ignorabant, testamentum liberis præteritis nullum interret præjudicium; sed non obstante militari privilegio esset invalidum, nec legata, eo data, præstarentur, *l. militis codicillis 36. §. miles in 2. ff. de testam. milit. l. ricus certi 9. l. si cum 10. C. de testam. militis, add. l. qui jure 7. ff. eod. tit.* Tum denique, quia videri non potest ullo gravatus sive fideicommissum sive legatus, de quo, cum testamentum conderet, ne cogitavit quidem

testator, arg. 1. *Hud enim* 13. l. pen. ff. de jure codicillorum. Neque hunc voluntatis defectum clausula codicillaris supplet: quippe tralatitium est, & tit. de codicillis plenius demonstrandum, clausula illa sustineri tantum testamenta imperfecta ratione solemnitatis, at nequaquam ea, quæ laborant voluntatis defectu. Quibus insuper accedere potest ex jure nunc passim recepto, quod, si inter vivos donatio facta ab eo, qui liberos non habebat, in totum infirmetur propter liberos postea susceptos, licet non sola donantis voluntate, sed & donatarii acceptione roboretur, ut dicitur tit. de donation multo magis præsumi debeat, clausulam codicillarem non imponere in dubio onas fideicommissi liberis ignorante testatore postea nascituris. Vid. Fachineus controvers. lib. 4. cap. 14. Andr. Gayl. lib. 2. observ. 114. num. 9. et seqq. Ant. Faber Cod. lib. 6. tit. 16. defin. 2. Jul. Clarus §. testamentum quart. 46. n. 2. Mich. Grasius §. testamentum quart. 36. n. 21. Respons. Jctor. Holl. par. 3. consil. 21. dissentit post alios Brunne-  
mannus ad l. cum mater 23. ff. b. r. motus potissimum rescripto Hadriani in d. l. 23. proposito, sed cuius neque rationem satis perspectam habuit, ut in seqq. monstrabitur. Ac de eo casu, quo non alii ex-  
stant liberi, accipiendum, quod dicitur, soluta lega-  
ta condici posse, si testamentum infirmum sit ex eo, quod ab hostibus reversus, quem pater mortuum præsumperat, l. idem est 3. l. 4. l. 5. ff. de condit. indeb.. Neque contra hanc sententiam facere potest, l. ult. ff. de hered. instit. cum non de filio testa-  
toris, sed extraneo Instituto, & per errorem pro mortuo habito, agat, in quo non militant superiores rationes. Quod si ex adverso parentes, prætereuntes ignoranter posthumum, quemve mortuum esse falso crediderunt, alios insuper liberos reliquerint, eosque instituerint atque in ea herentes ignorantia secun-  
dum ante dicta in fata concesserint; verius existi-  
mum, infirmum haud esse eo casu testamentum; sed illum præteritum sive posthumum sive errore pro mortuo habitum fratribus ceteris in eo testamento institutis sic accreturum esse, & successurum, atque si & ipse una cum ceteris fuisset institutus; cum enim id ita in matre jure Romano constitutum sit, & testamentum liberos reliquos hæredes scripserat, & posthumo præterito in puerperio decesserat, ante-  
quam commodè potuisset voluntatem mutare, l. si mater 3. C. b. r. quæ quæso diversitatis ratio erit, cur non in patre idem admiserimus, ex quo passim jure obtinuit, inter paternum maternumque testa-  
mentum ratione præteritionis aut exheredationis nihil interesse? Cum utique non modo pater æque ac mater falsis de morte filii rumoribus labi possit, & facillius ipse quam uxor propter absentiam aliasque causas plures ignorare, posthumum nasciturum. Ubi ergo a tempore conditi testamenti usque ad mortem filium præteritum superesse in vivis, aut posthumum sperari, ignoraverint, aut post conditum testamen-  
tum sperare quasi posthumum incipientes, testamen-  
tum prius (forte ob incertitudinem partus, dum monstrum nasci vel abortus fieri potest) mutare, posthumumque adscribere distulerint, eodem autem edito, repente humanis rebus exempti fuerint; in patrem æque ac matrem quadrat ratio d. legis ter-  
tia C. b. r. quod nempe repentinus casus iniquitatis per conjecturam materna (adde & paternæ) pietatis

emendanda sit, & ob id filio, cui nihil præter ma-  
ternum vel paternum fatum imputari potuit; perinde virilis portio tribuenda sit, ac si omnes filios hæ-  
redes institueret. Quibus consequens erat, ut cum ex  
testamento omnes succederent, quasi ex testamento  
omnes vocati, legata quoque in suo perdurarent vi-  
gore; cessante hic ulla pietatis præsumptione, quod  
parens non fuisset legaturus, si filium superesse aut  
sperari scivisset; eo quod reliquos jam natos, ejus-  
dem cum præterito gradus & affectionis probabiles,  
declaraverat obnoxios legatorum præstationi. Atque  
hoc ipsum est, quod puto Paulum Jctam velle in  
l. cum mater 23. ff. b. r. cuius verba paucis expla-  
nata, ita habent: Cum mater militem filium falso  
audisset decessisse, et testamento hæredes alios, (sub-  
audi, filios, non extraneos, quos nempe præter  
filium militem habebat) institueret: D. Hadrianus  
decrevit, hæreditatem ad filium pertinere (id est,  
non tantum ad reliquos liberos institutos, sed etiam  
ad filium illum opinione falsa pro defuncto habitum;  
ita ut ille reliquis fratribus institutis accresceret,  
virilem partem laturus: & quia hac ratione testa-  
mentum per querelam non rescindebatur, sed in suo  
statu conservabatur, congruum rationi juris erat,  
illum filium cum ceteris institutis succedere) ita ut  
liberatus et legata præstentur. Hic illud adnotatum,  
quod de liberis ceteris et legatis adjicitur; videlicet,  
ut quid singulare ex ratione, quod hæc præteritio  
non ab animo maligno & lædendi consilio profici-  
sceretur, sed a solo errore facti satis probabili, ac  
facile excusando; neque, juxta superius dicta, cir-  
cumstantia ceterorum fratrum legatis gravatorum  
pateretur præsumptionem, quod mater filium il-  
lum, quem mortuum credebatur, fuisset legatis non  
gravatura; ut proinde æquum etiam fuerit, par-  
ci testamento materno, eique tanquam iniuriam  
nullam continenti, effectum plenum attribui; fi-  
lio nempe sic considerato, ac si non conquestus  
fuisset, sed a matre institutus: nam aliquin cum  
inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo tes-  
tamento valet. Hactenus Paulus, qui sic explica-  
tus, non pugnat cum Papiniano, legatorum so-  
lutorum, tanquam indebitorum, conditionem dan-  
te, l. 3. junct. l. 5. ff. de condit. indeb. Nec hic,  
quæ de præterito per ignorantiam ceteris accreturo  
fratribus institutis dicta, adversatur, quod is, qui  
ignoravit, se filium Titium habere, si filii tutorem  
dederit, solis illis dedisse videatur, quos sciebat in  
potestate sua esse, at non ei, quem ignorabat se  
habere, quia de ipso non sensit l. si quis ita 16.  
§. si quis, cum 3. et 4. ff. de testament. tut. Ete-  
nim, quod præteritus per ignorantiam posthumus,  
aut falso rumore pro mortuo habitus filius, fratri-  
bus ceteris hæredibus scriptis accrescit, id ideo ob-  
tinuit, ne testamentum, quod non ex malo animo,  
aut lædendi proposito, sed ex facti probabiles igno-  
rantia, etiam prudentissimos fallente, præteritione  
laborat, adeoque vere inofficiosum non erat, per que-  
relam subverteretur, atque ita testator poenam quandam  
subiret, qui contra pietatis officia nihil molitus erat.  
Contra vero, cum testamentum nulla sui parte in-  
firmaretur, etiam non omnibus sed quibusdam tantum  
liberis tutores eo dati essent; ac proinde cessaret  
illa testamenti a reclamatione vindicandi ratio, con-  
sequens erat, ut secundum jus commune definitur,

tutorem ei datum non videri, quem se habere testator ignorabat, ac de quo propterea nec sensisse intelligendus erat; præsertim, cum filio tali non omne deesset adiutorium, sed abunde posset per legitimum dativumve tutorem prospectum esse. Et hæc quidem de legatis in totum præstandis etiam per illum posthumum vel creditum falso mortuum, qui fratribus ceteris institutis accreverat; si modo gravem legati generaliter institutis inveniatur impositum, nulla nominum propriorum enumeratione in legando facta: quippe quo casu præteritus ex fictione iuris consideratur tanquam cum ceteris institutus. Aliter tamen iudicandum, si testator certam personam, vel unum ex pluribus liberis institutis solum legato gravasset: eo namque in casu, cum ne ceteri quidem instituti ad legati præstationem devincti sint, absurdum fuerit, posthumum aut pro mortuo habitum videri gravatum talis legati parte: præcipue, quoniam expeditum est, duriorum non debere in dubio præsumi factam per parentes causam liberorum illorum, in quos nulla cadere potuit ingratitudinis causa, quales posthumi, quam eorum, qui forte potuissent fuisse ingrati ex tali ingratitudinis specie, quam parens indulgentior ad animum non revocavit. Solus ergo gravatus tunc legatum impleturus est; non tamen integrum, sed pro rata ejus partis diminutum, quam præteritus isti fratri gravato ex hereditaria ejus parte est ablaturus, dum ex jure accrescendi pro instituto est habitus. Ita enim, si quis unum tantum sibi successurum credens, eundem legati præstatione oneraverit, eique ignorantia insuper alius ex jure prætorio aut aliter hæres sit, pro ea tantum parte, qua gravatus cum effectu hæres est, legati partem solvet, pro altera parte, quæ ipsi pro adiunctum cohæredem detracta, neque ipsæ neque cohæres præter defuncti opinionem succedens ad legati implementum adstringetur, si individuum libertatis legatum excipiat, *l. cum pater 77. §. cum existimaret 29. ff. de legatis 2. l. pen. ff. de jure codicil.* Non obstante *l. quidam 14. §. ult. ff. eod. tit.* quippe quæ, in quantum obesse possit, per subsequentem *l. 15.* mitigatur, ac mutatur.

18. Quoties autem per querelam rescissio institutionis obtenta est, eo loco institutus habendus erit, ac si hereditatem nunquam adivisset: sic ut non tantum desinat tum creditoribus hereditariis tum legatariis obligatus esse, sed & reviviscant ei & in eum jura omnia & actiones, quæ additione fuerant extinctæ, *l. cum, qui 21. §. ult. ff. b. t. & si quidem sub conditione faciendi aliquid institutus (veluti manumittendi) conditionem impleverit, astimationem consequetur servi manumissi ab ipso manumisso; rata manente libertate ob favorem ejus, l. si sub hac 26. ff. b. t. aut facti astimationem ab eo, in cujus utilitatem factum cessit; si illud tale sit, ut condici & pro infecto haberi nequeat: veluti si sub conditione reficiendi ædes alienas, vel præstanda habitationis, institutus, refecerit eas, vel præsterit habitationem, atque ita adiverit, arg. *l. si non sortem 26. §. libertus 12. l. in summa 65. §. sic habitatione 7. ff. de condic. indeb. d. l. 26. ff. b. t.* Plane si illa sit facti impleti natura, ut effectus ejus in irritum deduci possit, (ut puta, si conditio fidejubendi pro alio, aut cautionis interponenda sit appositæ, & fidejusserit caveritve conditionis*

implendæ gratia) conditioni indebiti locum fore arbitror, ut vis cautionis aut fidejussionis evanescat, arg. *l. ult. ff. de constit. pecun. l. is, qui plus 31. ff. de condic. indeb. l. cum & soluta 5. C. eod. tit. l. si beres 5. §. 1. ff. de act. emti, l. si cum filio 2. §. aliud 3. & 4. ff. de donation. l. 1. ff. ut in possors. legat. vel fideic. sero. causa, junct. l. ex his omnibus 54. ff. de condic. indeb.* Quod si legata ex eo præstiterit testamento; quamvis olim ea condicere potuerit ut indebita, si errore, non sciens inofficiosi vitium, ea præstitisset, *l. cum, qui 21. §. 1. ff. b. t. sicut & victor eorum conditionem habuit, l. Papinianus 8. §. si ex causa 16. ff. b. t. l. 2. 3. 5. ff. de condic. indeb.* jure tamen novo, ex quo obtinuit, solam infirmari institutionem, magis est, ut sive legatarius sive creditoribus hereditariis exsoluta, in restituenda victori hereditate deducat; cum iniquum videretur, repeti a creditoribus aut legatariis, qui suum sunt consecuti, arg. *l. de hereditate 5. C. de petii. hereditate 5. C. de petii. hereditat. tit.* Si tamen nihil hereditarium possideat, vix dubitandum, quin habeat repetitionem, arg. *l. ult. in fine ff. de constit. pecun. l. si pater 19. §. quantois 1. l. in summa 65. §. ult. ff. de condic. indeb. ad de tit. de condic. indeb. num. 10.*

19. Hi querelæ jure intentatæ effectus sunt; sed si quis testamentum inofficiosum improbe dixerit, atque ita succubuerit, perdit legata aut fideicommissa testamento data, quæ fisco cedunt, tamquam indigno ablata, *l. Papinianus 8. §. meminisse 14. ff. b. t. nisi querelam pro alio, velut pupillo, movisset ex officio impositi necessitate, §. pen. Instit. b. t. l. tutorem 22. ff. de his, quæ ut indignis, l. adversus 30. §. 1. ff. b. t. adde l. filius 22. §. & querelatur 1. & seqq. ff. b. t.* Et licet hodie indignis ablata fisco cadere haud soleant; quia tamen non minus nunc est, quam quondam fuit, odium eorum, qui indignos sese reddiderunt, ut dicitur *tit. de his, quæ ut indignis, vix est*, ut hac in parte jus Romanum mutatum, & legatario, si inofficiosi accusatione agens victus sit, persecutor legati concedenda videatur; maxime, si calumniosa accusatio appareat; nam si probabilis admodum litigandi causa esset, non magis huic succumbenti deneganda videretur legati petitio, quam illis, quibus testator in suo testamento per modum pænæ comminatus est relictorum ademptionem, si judicium ejus aliqua in parte impugnant, quoties de cetero illi probabilem habuerint disputandi causam. Vide Brunnemannum ad *d. l. 8. §. 14. ff. b. t. n. 32. & seqq. Groenewegen ad l. 6. C. ad leg. Corn. de falsis, & quæ dicam tit. de admi. legat.*

20. Variis autem in casibus querela cessat; veluti, si quis alio jure possit ad hereditatem venire, *§. tam autem 2. Instit. b. t. eo quod odiosum est hoc remedium*, atque inde etiam ultimum adiutorium dicitur, *l. ult. in med. C. de liberis præteritis*, nisi alterum remedium etiam tendat ad rescissionem testamenti, *l. Papinianus 8. §. si quis & 12. ff. b. t.* vel pinguius sit querelæ remedium: unde & patri emancipatori electio datur, an per bonorum possessionem contra tabulas, an magis per querelam velit ad luctuosam filii pervenire hereditatem, *l. 1. §. ult. ff. si a parente quis manumissus sit*. Lapin quoque quinquennio, non a mortis sed adita hære-

ditatis tempore computando querela cessat, *l. si quis filium* 34. *in fine*, *l. pen. §. illud praeceptum* 2. *C. b. t. l. Papinianus* 8. *§. si condition.* 19. *ff. b. t.* Cum enim exhereditatio, testamento facta, deum additione confirmetur, invalida futura, si institutus adire noluerit aut non potuerit, *l. filium* 20. *ff. de bonor. poss. contra tab.* & querela contra heredem institutum movenda sit; nemo autem ante additionem re ipsa haeres dici queat, atque adeo neque exhereditatus agere, neque institutus conveniri ante additionem possit; iniquum fuerit agere necdum valenti praescriptionem incipere nocere. Unde &, si de valore testamenti questio sit, dum illud solemnibus destitutum contenditur; vel litio instituto, duo Tituli singuli ex ea scriptura sibi solidam vindicent hereditatem; incipiet demum currere quinquennium, ex quo lis illa prior decisa fuerit *l. contra majores* 16. *C. b. t.* Sed ne instituti consulto nocerent adendum moras, querela eludenda aut protelanda causa inunctum iis fuit, ut in eadem quidem constituti provincia intra sex menses, in alia vero intra annale spatium a morte testatoris numerandum, suam de adeunda hereditate vel repudianda mentem exponant, ad id officio iudicis adigendi, *d. l. pen. §. illud* 2. *C. b. t.* Non tamen minoribus currit hoc quinquennii tempus, adeo ut, quia integra ipsis servatur causa sua restitutio in integrum, seu reintegratio causae necessaria non sit, *l. adolescentia* 2. *C. in quib. causis restit. in integr. necess. non est.* Et quin majorennibus ex magna quoque & iusta causa, mediante in integrum restitutione, succurri possit adversus quinquennii lapsum, dubitare non sinit Ulpianus in *d. l. Papinianus* 8. *§. ult. ff. b. t.*

21. Querelae insuper locus non est de jure Romano, si pater jure patris potestatis filio suo impuberi substituens pupillariter extraneum, pupilli matrem silentio praeterierit; eo quod non pupillus sed pater tale testamentum fecit, nec tenebatur uxorem suam testamento vocare, *l. Papinianus* 8. *§. sed nec* 5. *ff. b. t.* uti nec, si militis testamentum sit, *l. de inofficioso* 9. *C. b. t.* Pachineus *contro. lib. 6. cap. 74.* aut tantum de castrensi vel quasi castrensi peculio conditum fuerit, *l. testamentum* 24. *l. ult. §. 1. C. b. t.* testator ad mortem usque filiusfamilias remanserit; nam si ante mortem sui juris factus esset, querela locus foret, cessante jam peculii castrensis & quasi castrensis natura, nomine, & a rebus ceteris distinctione, *d. l. Papinianus* 8. *§. Papinianus* 3. & 4. *ff. b. t.* Sed vix est, ut nec nostro jure hodierno admittantur, tum propter cesaentem illam peculiarem patriam potestatem, cui innitebatur de jure Romano singulis illa substitutio pupillaris; tum quia in ipsis quoque militum testamentis pietatis officia haud videntur aut negligenda aut remittenda, Groenewegen *ad l. 9. & ult. C. b. t.* Paulus Voet *ad §. ult. Instit. b. t. n. ult. in pr.* Simon van Leeuwen *cons. for. part. 1. lib. 3. cap. 4. n. 30.*

22. Cessat quoque querela, si quis juste exhereditatus sit; veluti si bona mente id factum fuerit absque proposito laedendi; in quantum multi non notae causa suos exheredabant filios: nec ut obsessum eis, sed magis ut consulerent; (ut puta impuberibus ob metum insidiarum) eisque fideicommissam hereditatem dabant. Quomodo & filios prodigiosos, aut aeris alieni mole gravatos, a sua excluderent hereditate, instituit nepotibus per eos progenitis, addita causa necessitateque iudicii sui, & legata ipsis prodigis aut obaratis ea quantitate, quam possit alimentis eorum sufficere, *l. pen. §. potuit* 2. *ff. de curat. furios. l. multi* 18. *ff. de liberis & posthum. l. si patronus* 12. *§. si quis non* 2. *ff. de bonis liber. t. l. in fideicommissi* 3. *§. cum Pollidius* 3. *ff. de usuris, Sane decisi. Frisic. lib. 4. tit. 2. defin. 3.* Mantica *de conject. ult. vol. lib. 4. tit. 2. defin. 3. tit. 13. num. 13. et seqq.* Carpzovius *defin. for. part. 3. constit. 9. defin. 11.* Merenda *contro. lib. 4. cap. 25.* Chassenus *ad consuet. Burgund. rubr. 7. §. 2. verb. nisi ob aliquas n. 2.* Jul. Clarus *§. testamentum quest. 41. n. 7.* Charondas *resolutions des questions part. 3. tit. 23. in fin.* Leeuwen *cons. forens. part. 1. lib. 3. cap. 4. n. 18.* 19. Paulus Voet *ad §. ult. Instit. b. t. n. 5.* Nec est quod quis hoc casu querelam filio crediderit accommodandam, quasi exhereditatio talis bona mente facta filio non noceret, *d. l. si patronus* 12. *§. si quis non* 2. *ff. de bonis liber. cum sensus sit, exheredationem illam filio non obesse, quo minus a patre ad ipsum devolvantur jura patronatus, atque adeo ipse in bona liberti a parente manumissi succedat, ut ex contextu d. l. 12. in pr. & l. Paulus 47. ff. eod. tit. apparet.* Si tamen causa illa, ob quam exhereditatio bona mente contigerat, cessaverit, veluti si prodigus ad mores meliores, furiosus ad sanam mentem redierit, aut aere alieno gravatus in partem cum suis sit pactus creditoribus; aliterve satisfecerit, non improbabile existimem sententiam opinantium, his eo casu non esse deneganda legum beneficia, juxta tritum illud, cessante causa finali cessat effectus, de quo Everhardus in *topici, loco, a cessatione rationis* 80. August. Barbosa *axiomat. juris usufreq. 40. n. 4. et seqq.* Tyraquellus *tract. cessante causa cessat effectus*, cum enim pater in casum cessanti illius causae non prospererit suo filio, inficias iri nequit, quin, eo casu existente, inofficiosum sit testamentum & injurium in filium, non ut oportet instituitur. Cui consequens est, ut statuamus, superfuturam saltem filio tali actionem ad plenam legitimae proprietatem consequendam; reliqua hereditatis parte penes nepotes institutos remanente. Cum enim aliquid hoc castri filio relictum sit, puta, alimenta, atque ita videri nequeat in universum praeteritis, actioni magis ad supplementum quam querelae locus dandus. Vide Respons. Jurisc. Holl. *part. 1. consil. 178.* Jul. Clarus *§. testamentum quest. 41. num. 7.*

23. Praecipue autem jure exhereditati censendi sunt, quoties ex satis gravi & vix ingratitudinis causa, testamento inserta, & per heredem probata, ab hereditate fuerunt exclusi. Si quid horum praetermissum fuerit, dum vel causa inserta non est, sed tantum allegata per heredem & probata; vel allegata quidem, sed non satis gravis ac iusta; vel denique expressa quidem, quae satis gravis legislatoribus visa est, sed in cujus probatione defecit haeres, querelae locus erit; sic ut legata quidem firma maneant, sed institutio secundum ante dicta infirmatur. Erroneum namque est, nullum iis in casibus fore testamentum, quippe quod, uti nulla lege novella cautum est, ita manifeste satis redar-

gum, aut aeris alieni mole gravatos, a sua excluderent hereditate, instituit nepotibus per eos progenitis, addita causa necessitateque iudicii sui, & legata ipsis prodigis aut obaratis ea quantitate, quam possit alimentis eorum sufficere, *l. pen. §. potuit* 2. *ff. de curat. furios. l. multi* 18. *ff. de liberis & posthum. l. si patronus* 12. *§. si quis non* 2. *ff. de bonis liber. t. l. in fideicommissi* 3. *§. cum Pollidius* 3. *ff. de usuris, Sane decisi. Frisic. lib. 4. tit. 2. defin. 3.* Mantica *de conject. ult. vol. lib. 4. tit. 2. defin. 3. tit. 13. num. 13. et seqq.* Carpzovius *defin. for. part. 3. constit. 9. defin. 11.* Merenda *contro. lib. 4. cap. 25.* Chassenus *ad consuet. Burgund. rubr. 7. §. 2. verb. nisi ob aliquas n. 2.* Jul. Clarus *§. testamentum quest. 41. n. 7.* Charondas *resolutions des questions part. 3. tit. 23. in fin.* Leeuwen *cons. forens. part. 1. lib. 3. cap. 4. n. 18.* 19. Paulus Voet *ad §. ult. Instit. b. t. n. 5.* Nec est quod quis hoc casu querelam filio crediderit accommodandam, quasi exhereditatio talis bona mente facta filio non noceret, *d. l. si patronus* 12. *§. si quis non* 2. *ff. de bonis liber. cum sensus sit, exheredationem illam filio non obesse, quo minus a patre ad ipsum devolvantur jura patronatus, atque adeo ipse in bona liberti a parente manumissi succedat, ut ex contextu d. l. 12. in pr. & l. Paulus 47. ff. eod. tit. apparet.* Si tamen causa illa, ob quam exhereditatio bona mente contigerat, cessaverit, veluti si prodigus ad mores meliores, furiosus ad sanam mentem redierit, aut aere alieno gravatus in partem cum suis sit pactus creditoribus; aliterve satisfecerit, non improbabile existimem sententiam opinantium, his eo casu non esse deneganda legum beneficia, juxta tritum illud, cessante causa finali cessat effectus, de quo Everhardus in *topici, loco, a cessatione rationis* 80. August. Barbosa *axiomat. juris usufreq. 40. n. 4. et seqq.* Tyraquellus *tract. cessante causa cessat effectus*, cum enim pater in casum cessanti illius causae non prospererit suo filio, inficias iri nequit, quin, eo casu existente, inofficiosum sit testamentum & injurium in filium, non ut oportet instituitur. Cui consequens est, ut statuamus, superfuturam saltem filio tali actionem ad plenam legitimae proprietatem consequendam; reliqua hereditatis parte penes nepotes institutos remanente. Cum enim aliquid hoc castri filio relictum sit, puta, alimenta, atque ita videri nequeat in universum praeteritis, actioni magis ad supplementum quam querelae locus dandus. Vide Respons. Jurisc. Holl. *part. 1. consil. 178.* Jul. Clarus *§. testamentum quest. 41. num. 7.*

guitur in ipsa novell. 115. cap. 3. in fine et cap. 4. in fine. Cum enim in princ. d. cap. 3. præscripta esset exheredandi forma, secundum quam & causa sufficiens adjici, & per hæredem probari jubebatur, concludendo, Imp. in fine cap. 3. ait, si autem hæc observata non fuerint, nullum exheredatis liberis præjudicium generari, sed quantum ad institutionem hæredum pertinet, testamento evacuato, etc. si vero contigerit, in quibusdam talibus testamentis quadam legata, aut tutorum dationes relinquere, vel qualibet alia capitula concessa legibus nominari, ea omnia jubemus adimpleri: quæ ipsa cap. 4. in fine repetita occurrunt. Est sane, ni ita sentiamus, necesse fuerit, ut ingentem juris veteris partem dicamus abrogatam, cujus tamen abrogationis nulla jure novo mentio est. Sic enim fieret, ut prope totam querelam tolleremus, vix ullo in casu admittendam, ut tacitam omnem reprobaremus exheredationem præteritione materna comprehensam; ut nullum bonorum possessioni contra tabulas locum relinqueremus, de quibus Vinnius *select. quaest. lib. 2. cap. 21.* Neque hisce adversatur, quod paria sunt in jure, aliquid non fieri, & non rite fieri, l. quous 66. ff. qui satis. cog. quodque exheredatio non recte facta præteritionis loco sit, sic ut filius emancipatus non rite exheredatus habeat bonorum possessionem contra tabulas, non exheredatis sed præteritis accommodatam, l. non putavit 8. ff. non quaeris 2. ff. de bonor. posses. contra tab. Quamvis enim verum sit, id ita receptum fuisse jure antiquo, secundum quod omnia per querelam subvertebantur testamentis disposita, & parum intererat, nullum esset testamentum, an per inofficiosi accusationem infirmaretur: jure tamen novo, quo in pluribus circa inofficiosa testamenta mutatio contigit, hoc quoque innovatum est juxta verba novellæ 115. adducta. Præterquam quod, secundum superius exposita, nihil nunc apud nos inter præteritionem paternam maternamque interest, & utraque tacitam continere censetur exheredationem. Vide Vinnium *select. quaest. lib. 2. cap. 21. & alios ibid. citatos.* Gude linum de jure novis. lib. 2. cap. 4. versu alterum, seu n. 6. & reqq. Fachineum *controversiar. lib. 4. c. 9.* Donellum *ad aurb. ex causa C. de liberis præteritis* n. 6. Viglium *ad rubric. Instit. de inoffic. testam.* 3. 4. Zoesium *ad tit. ff. de liberis & posthum.* num. 10. 11.

24. Justæ vero exheredationis causæ, ob quas liberi a parentibus exheredari possunt, recensentur quatuordecim, novell. 115. cap. 3. Octo tantum, propter quas parentes, novell. 115. cap. 4. Adde Grotium *manduct. ad jurispr. Holl. lib. 2. cap. 18. num. 19. 20. 23.* Franciscum de Barry *de successione lib. 10. tit. 4. 5.* pauciores merito, quia multa parentibus in liberos per leges sunt licita, quæ si liberi in parentes committerent, pœnam mererentur. In fratribus tres, puta, si ingrati, dum mortem fratri aut criminalem inscriptionem inducere, aut substantiæ inferre jacturam properarunt, novell. 22. cap. & quoniam 47. si infames sint, arg. l. in arenam 11. C. b. r. aut servus institutus fuerit hæres necessarius, l. frater 27. C. b. r. Adde Barry *d. lib. 10. tit. 6.* Quæ tamen omnes causæ, in d. II. enumeratæ, similes aut graviore alias non excludunt. Cum enim non omnes & singuli casus

in legibus comprehendendi possint, sine distinctione, cuius generis leges sint, l. non possunt 12. ff. de legibus, & novas quotidie formas edere natura deproperet, ut loquitur Imp. in l. 2. §. sed quia 18. C. de veteri jure enuch. atque adeo, ubi sententia legis in uno altero manifesta est, is, qui jurisdictioni præstet, ad similia procedere atque ita jus dicere debeat, d. l. 12. l. 13. ff. de legib. necesse profecto fuerit, ut novellæ, causas exheredationis continenti, naturam, vim effectumque legis denegeamus, nisi ad similia admittamus productionem. Unde & in gravissimo parricidii crimine, cum lex Pompeja varios recensuisset, in quos patricidium committeretur, in l. 1. ff. ad leg. Pomp. de parricid. Jurisconsultus Marcellus in l. 3. ff. eod. tit. scripsit, sciendum esse, lege Pompeja de consobriño comprehendendi; sed non etiam eos pariter complexi, qui pari propiorive gradu sunt; sed & novæ & sponsæ personæ omittæ sunt; sententia tamen legis continetur: quasi diceret, licet in lege Pompeja tantum consobrinorum mentio fiat, & non patruellum, aliorumque, qui pari aut propiore gradu sunt, quam illi, qui in ipsa lege sunt enarrati, adeoque hi verbis legis non contineantur, uti nec novæ sponse; tamen sententia legis comprehensi sunt, perinde ac si expressi essent. Et frustra sunt, qui, dum odiosa non esse extendenda obtinuit, hanc exheredationem justis ex causis factam odiosam arbitrantur; nisi pari ratione pœnas omnes odiosas putent sentibus decernendas, quas certe maleficis imponi magna publicæ utilitatis ratio suadet, l. si a reo 79. §. ult. ff. de fidejussor. & mandatorib. junct. l. cum, qui nocentem 18. ff. de injuriis, quasque, posita delicti similitudine, etiam locum invenire, indubium est. Confer. Ant. Matthæum *parameia 6. num. 8. in med.* Favorabilibus quidem negotiis, benigna interpretatione præter strictam juris rationem juvandis ac conservandis, annumerari non oportere exheredationem, uti quidem juvatur institutio, Scævola & Paulus ajunt, l. cum quidam 19. ff. de liberis & posthumis. Sed nulla sequela est, eam ergo odiosam esse eo sensu, ut ad similia non patretur extensionem. Quin potius iis accensenda, quæ generalis justitiæ fundamentis suffulta nec favorem peculiarem nec odium proprie loquendo singulare merentur. Pœnarum scilicet naturam habet, imo ingratitude commissæ pœna est. Unde & si duo iudices in questione inofficiosi pro instituto hærede stent, duo pro exheredato, rata est sententia in hoc dubio, quæ pro instituto est, adversus exheredatum, atque ita tenet exheredatio, l. si pater 10. ff. b. r. quod admittendum haud fuisset, si in odiosorum classem Romani exheredationem credidissent referendam. Neque hæc ad causas similes aut graviore extensio vetatur per d. nov. 115. cap. 3. in pr. Quod enim illic Imp. ait, se causas ingratitude in diversis legibus dispersas, & non aperte declaratas nominatim præsen. i lege comprehendisse, ut præter illas nulli liceat & alia lege causas ingratitude opponere, nisi quæ in hujus constitutionis serie continentur; id non alio sensu dictum, quam, quod noluerit causas legibus anterioribus expressas, & non satis dignas ad ingratitude visas, allegari ex illis aliis legibus anterioribus, sed tantum eas, quæ inde in hanc constitutionem translata

erant, aut cum anterioribus legibus fuissent prætermisſæ, nunc in hac lege exprimebantur; non ad exclusionem ſimilium aut graviorum, ſed leviorum ac minus dignarum; gravioribus ſcilicet aut ſimilibus cauſis mente legis, quæ verbis potior, comprehenſis; dum ſcilicet leges non eſt verba tenere, ſed vim ac poteſtatem, ac ea lege contineri creduntur, quæ ex ejus ratione ac ſententia deſcendunt, *l. ſcribere 17. l. contra legem 29. l. 30. ff. de legibus.* Et quis, obſecro, juſtum cenſuerit, exheredare filium, qui novercæ aut concubinae patris ſeſe miſcuerit, *nov. 115. cap. 3. §. ſi novercæ 6. ſi dignus exheredatione non habeatur, qui vivo patre matrem propriam nefariè violaverit conjunctione; cum tamen altum ſit eus in cauſarum enarratione ſilentium?* Aut quis non abſurdum arbitretur, excludi ab hæreditate velut indignum, qui captum apud hoſtibus parentem non redemerit, aut carceri incluíum in ſuam non receperit fidejuſſionem, *nov. 115. cap. 3. §. ſi quælibet 8. & §. ſi unum 13. ſi exheredari a patre nequeat, qui patrem ipſe aut publicis curavit mancipari carceribus, aut privato carcere ſcelerate detinuit: quod tamen cauſarum ſerie non comprehenſum? Quis denique cum ratione probaverit, filium patremve patris proditorum ac ad patriam delendam venientem occidi impune & cum præmio poſſe a patre vel filio, *l. minime 35. ff. de religioſis*, exheredari non poſſe, quia id novella 115. expreſſum non eſt? Aliam ſane Juſtiniano fuiſſe mentem, ipſe ſatis indigitat, dum in *d. novell. 115. cap. 3. §. vel vita 5.* modos omnes inſidiarum vitæ ſtriſcendarum aſſequi aut enumerare non valens, ait; ſi vitæ parentum ſuorum per venenum, aut alio modo inſidiari tentaverit. Quæ enim, obſecro, maniſeſtior eſſe poteſt ad ſimilia extenſio, quam quæ iſta oratione indefinita aut alio modo, eſt comprehenſa? Gomeziiſus variat. *reſolut. tom. 1. cap. 11. num. 12. 13. Fachineus controverſ. lib. 6. cap. 78.* Menochius de arbit. *jud. lib. 2. cent. 3. caſu 267. num. 6.* Beroldus de libat. *juris ad Pand. lib. 5. quaſt. 26.* Hugo Grotius manuſc. *ad jurispru. Hollan. lib. 2. cap. 18. num. 20.* Gudelinus de jure novis. *lib. 2. cap. 8. in mad. vers. notandum, ſeu num. 5.* Jul. Clarus §. *teſtamentum quaſt. 41. num. 2.* Et hæc ita, ſi modo cauſæ ſimiles aut graviores ſint, quibus parentes læduntur: neque enim ſufficit ad exheredationem, quod grave crimen in extraneum commiſſum ſit, idem inceſtus, dum homicidium, aut aliud ſimile crimen nefarium fuit perpetratum; cum talibus non exheredatio, ſed aliæ poenæ legitimæ propoſitæ inveniantur, Struvius ad *Pand. exercit. 32. num. 33.**

25. Inter cauſas juſtas numeratur & hæreſis *d. novel. 115. cap. 3. §. ſi quis de 14.* Sed cum religio ſpecti magis ac duci perſuaſionibus, quam poenarum atrocitate cogi debeat, & nulla odia graviora ſint, quam ex diverſitate opinionum de ſacris nata; prudenter ſuperiori & hoc ſeculo cautum, non eſſe odia hæc ad rei familiaris diſpendium producenda, adeoque diſſenſum religionis juſtam non eſſe exheredandi cauſam, & nullas eſſe ex eo capite exclusiones a ſucceſſione, *Pacificat. Gandenſis 8. Novemb. 1576. art. 22.* Hugo Grotius manuſc. *ad jurispru. Holl. lib. 2. cap. 24. num. 21. 22.* Quod & in Germania receptum; probatis illic ſimul tribus publicis

Vot. ad Pandect. Tom. II.

religionibus, Beroldus de libat. *juris ad Pand. lib. 5. quaſt. 27.* Carpzovius deſinit. *forenſ. part. 3. conſtit. 14. deſ. 10.* Rittershuſius ad *novell. part. 6. cap. 3. num. 14. 15.* Quin imo conſtitutum tum ab Hollandiæ, tum a Belgii federati Ordinibus, ne parentes Pontificii liberis reformatæ religionis minus relinquant ſive inſtitutione, ſive legato, ſive donatione, quam ei ex liberis Pontificiis, cui maximam dederunt portionem; & ſi minus datum, id ſuppleatur ex bonis parentum inter cohæredes necdum diviſis, *placit. Ord. Holland. 4. Maji 1655. vol. 1. pag. 159a. Ilacito Ordin. Generalium 14. Octob. 1655. vol. 2. pag. 2419.* Adde *l. hæreſis 13. C. de hæreſicis*, & Sim. van Leeuwen *conſ. for. part. 1. lib. 3. cap. 4. num. 24.* ubi de filiis Judæis & Atheis agit.

26. Cauſis quoque juſtis annumeratum, ſi parenti volenti ſux filiz vel nepti maritum dare, ac dotem præſtare congruam, illa non conſenſerit, ſed luxurioſam degere vitam elegerit, aut nuptias ſine parentum conſenſu contraxerit: non vero, ſi, cum uſque ad vigefimum quintum ætatis annum neglexiſſent parentes eam viro copulare, ex eo tempore illa vel ſine parentum conſenſu nuptias contraxiſſet, vel in proprium corpus peccaſſet, *novell. 115. cap. 3. §. ſi alius 11.* Circa quam tamen cauſam nunc penes nos id magis obſervatur, ut, ſi annis viginti minor, aut generaliter filius & filia ejus ætatis ſint, ut necdum ſine parentum conſenſu nuptias recte contrahant, jure exheredes fiant, ſi ſine parentum conſenſu nuptias de facto contraxerint, Hugo Grotius *lib. 2. manuſc. ad jurispru. Holl. cap. 18. num. 21.* Zypæus *not. jur. Belg. lib. 5. pr. tit. de ſponſalibus vers. poſſunt bujusmodi*, Groenewegen *ad l. ſi filiam 19. C. b. t. Brouwer de jure concubiorum lib. 2. cap. 24. n. 36.* Quid penes alios hac in quaſtione obtineat, tradunt, conferendi porro Franciſcus de Barry de *ſucceſſionibus lib. 10. tit. 4. num. 12. 13.* Chriſtineus *vol. 1. deſ. 325.* Mavivius *ad jus Lubecens. lib. 1. tit. 4. art. 2. num. 18.* Barbosa *ad l. 1. ff. ſoluto matrimon. part. 4. num. 34. & ſeqq.* Gudelinus *de jure novis. lib. 2. cap. 8. vers. quaſtio, ſeu num. 6.* Fachineus *controverſ. lib. 3. cap. 44.* Struvius *ad Pand. exercit. 32. nam. 34.* Majorennæ plane liberi, & generaliter omnes illi, quibus ſine parentum conſenſu leges aut mores permiferunt nuptias contrahere (*vide tit. de ritu nup.*) non cenſentur juſtam præbere parentibus exheredandi cauſam, ſi ſine eorum conſenſu nuptias contraxerint, quoties parentes nullam habent juſtam diſſentiendi cauſam. Neque enim æquum, ut lex permitteret, coerceri liberos ob ea, quæ lege permittente fuerant geſta; nec, quod legitime factum eſt, poenam meretur, arg. *l. Gracchus 4. C. ad leg. Jul. de adulter. l. ult. ff. quod quiſque juris in alterum ſtatuerit, l. furti 6. §. paſſurus 5. in fine ff. de his qui not. infam. l. 1. §. ult. l. 2. ff. ne quis eum, qui in jus voc. vi eximat*, Groenewegen *ad d. l. 19. C. b. t. num. ult.* Abrah. a Weſel *ad novell. conſtit. Ultrajeſtin. art. 24. num. 81. & ſeqq.* Zypæus *notis. juris Belgici lib. 5. in pr. tit. de ſponſalibus, vers. non comprehenduntur.* Si tamen poſt eam ætatem, parentibus invitiſ, ſe adeo turpi & ignominioſæ perſonæ junxerint matrimonii vinculo, ut dedecori ſit tam ipſis, quam parentibus, talem



familia sociari; jure suo uti quin possint parentes, ac in talem vibrare fulmen exheredationis, haud putem dubitandum, *l. non tantum* 3. §. *si emancipatus* 5. ff. de bonor. poss. contr. tab. novell. 115. cap. 3. §. *si alicui ex* 11. verbis, marito se, libero tamen conjungere. Gudelinus de jure noviss. lib. 2. cap. 8. in fine, Barry de succession. lib. 10. tit. 4. num. 11. Ant. Faber Cod. lib. 5. tit. 2. defin. 2. Andr. Gayl. lib. 2. observ. 95. num. 17. & seqq. Multoque magis id obtinebit, si puella, aut, quod pejus, si nupta, etatis cujusunque luxuriosam ac turpem vitam agat, in proprium corpus peccando: abrogata haec dispositione *d. nov.* 115. cap. 3. §. 11. & reducto jure Codicis, generaliter ob turpem filii vitam parentibus indulgente exheredandi potestatem: sublata scilicet ratione distinctionis inter minores majoresque filias, propter mutatum filiarum elocandarum ac procandorum morem, Groenewegen ad d. l. 19. C. b. t. num. 4. & 5. Fr. de Barry de succession. lib. 10. tit. 4. n. 11. Brouwer de jure connub. lib. 2. cap. 24. n. 34. Neque hic ea tantum in proprium corpus peccasse aut turpiter vivere credenda est, quae publice in lupanari prostituta eam artem profectur; ut inepte censet Simon van Leeuwen cens. for. part. 1. lib. 3. cap. 4. n. 22. sed omnis ea, quae vel ab uno, sive pretio corrupta, sive prece atque blanditiis turpiter exorata, corumpi se passa est: si modo manifesta pollutio castitatis probatione ex partu editione, uteri gestatione, similibusque, in promptu sint. Per quae licet acerbissimum honestis parentibus, familiae dedecus, ipsis denique peccantibus aeternum opprobrium conciliari constat.

27. Quibus autem in casibus ipsos liberos, invitis parentibus ineuntes matrimonium, exheredari posse obtinuit; ad nepotes tamen ex tali matrimonio (supposito, quod nullum non fuerit) legitime natos licentia exheredandi haud videtur extendenda, quoties, parente intermedio defuncto, avo superstitie, proximum inceperint in jure successionis locum obtinere: cum potius generaliter definiendum sit, ob nullam omnino ingratitudinis causam, a parente intermedio praedefuncto commissam, nepotes exheredari posse. Iniquum enim judicatum fuit alieno odio alium praegravari, & exheredationis poenam subire ex alieno facto eum, qui testatorem nunquam offendit, *l. si quis sua* 33. in fine C. b. t. fas quidem esse ex suo admissio sorti ac poenae quemque subijci; injustum vero, filium vel extraneum paterni aut alieni criminis constitui successorem, *l. crimen* 26. ff. de panis, neque minus judicem considerare oportere nepotum ipsorum benemerita, quam filii intermedii crimina, morte ejusdem extincta, *l. non tantum* 3. §. *si emancipatus* 5. in fine ff. de bonor. poss. contra tabulas. Qua etiam de causa rescriptum, nepoti non obtuturum, quo minus ad liberti avi hereditatem veniat, quod pater intermedium eundem libertum capitis accusans sese videretur reddidisse indignum successionem, *l. divii fratres* 17. pr. & §. 1. ff. de jure patronatus, Johan. Papon lib. 20. tit. 1. arrest. 6. & ibi notata, Ann. Robertus rer. judicator. lib. 2. cap. 9. Brunneanus ad d. l. 3. §. 5. ff. de bonor. poss. contra tabulas, Charondas lib. 7. respons. cap. 105. Neque assentiendum Cujacio, qui lib. 3. observat. 5. in

contrariam censuit eundem sententiam, ac jure nepotes ex nuptiis supradictis conceptos exheredari, motus verbis Ulpiani in d. l. non tantum 3. §. *si emancipatus* 5. ff. de bonor. poss. contra tab. Cum enim in adeo manifestis refragetur juris rationibus in contrarium jam adductis, ac luculentius per Annum Robertum d. loco firmatis, quin & ipsis Ulpiani fundamentis, in d. l. Divii fratres 17. ff. de jure patronatus traditis; est prope, ut mihi persuadeam, non sine mendo esse vulgatam d. l. 3. §. 5. lectionem, & addendam ei particulam nec, adeoque scripsisse Ulpianum: Nam et si tam ignominiosam duxeris uxorem fuit, ut dedecori sit tam ipsi quam patri, mulierem talem habere; dicemus, & ex ea natum ad bonorum possessionem avi admitti: cum nos posset avus jure suo uti eumque exheredare: nec enim minus in hoc nepote is, qui de inefficacio cognitus est, merita nepoti, quam patris ejus delicta perpenderit. Etenim totus in eo Jctus est, ut d. finiat, nepotem, ex matr. monio filii emancipati sine consensu patris contracto natum, admitti debere ad possessionem bonorum avi; illudque etiam ad eum producat casum, quo filius ignominiosam duxit invito patri uxorem: contendens, ex tali quoque conjunctione natum ab avita bonorum possessione non debere repelli; addita ratione, quod nec avus jure suo uti possit, quod alioquin ascendentibus datum est de liberis suis ex justa causa exheredandis, cum nulla hic causa talis inveniat: licet enim deliquerit filius intermedii, ac sese praeberit exheredatione dignum; tamen ob id justam non esse nepotis exheredationem, sed hunc medianter inofficio i querela impetraturum avi testamenti tanquam inofficiosi rescissionem: judicem enim, qui de inofficioso cognitum est non minus in nepote merita nepotis, quam patris ejus delicta perpensurum; atque adeo necessitate juris contra testamentum judicaturum; eo quod sua quidem cuique merita prodesse debent, nulli vero delicta aliena nocere. Eoque facit *l. emancipatus* 7. §. u. ff. de reatoribus, uti & *l. si ex patronis* 10. §. 1. l. 11. ff. de bonis liberorum. Quae omnia pro d. legis emendatione facientia, si cui displiceant, responderi secundo potest, jure quidem veteri inter causas exheredandi numeratam & eam fuisse, si nepos ex ea natus esset, quae & marito & socero dedecori erat; sed novellarum jure abrogatum fuisse illud Ulpiani responsum, dum inter justas exheredationis causas in nov. 115. cap. 3. hac recensita non fuit, adeoque visa non digna ad exheredationem, Fachineus contrav. lib. 3. cap. 44. D. Joh. a Someren de representatione cap. 2. sect. 1. num. 4.

28. Ad haec inter exheredandi causas occurrit, si filius parentibus gravem & inhonestam injuriam intulerit, novell. 115. cap. 3. §. 2. quod de verbalibus potissimum injuriis, maledictis, atque conviciis atrocioribus, intelligendum existimo; tum, quia generaliter indignum hereditate judicatur, quisque palam & aperte testatori maledixerit, & infestas voces adversus eum jactaverit, *l. si inimicitia* 9. §. 1. de his, quae ut indignis, tum quia reales, veluti manuum violentarum illationes, ac vitae insidiae, in aliis d. cap. 3. partibus inveniuntur enarratae, §. 1. & 5. tum denique quia & alibi impiarum munum illationem ac contumeliarum ingestionem in

parentes, in eo videmus exaequatam, quod praefectus arbi utramque tanquam delictum ad publicam pertinens pietatem jubeatur vindicare, l. 1. §. si filius 2. ff. de obsequiis parent. Et patrono praestandis. Jul. Clarus recep. sent. §. testamentum quart. 41. n. 3. Francisc. de Barry de successione lib. 10. tit. 4. n. 2. Grassus recept. sent. §. testamentum quart. 42. n. 8.

29. Quod si plures testator exheredationis causas expresserit, & in quarundam probatione defecerit institutus, ac vel unus tantum veritatem monstraverit, ratum mansurum est testamentum: cum singula per se sine aliarum adminiculo perfectae & sufficientes sint ad faciendam ab hereditate exclusionem, novell. 115. cap. 3. in fin. Sic enim & tutor, plures habens excusationis causas, si quasdam non probaverit, probata alia, a tutela dimittendus est, §. qui autem 16. Instit. de excus. tutor. Mich. Grassus recept. sent. §. testamentum quart. 41. n. 6. Rittershusius ad novell. part. 6. cap. 3. n. 24. 25.

30. An vero sola ingrati poenitentia, vivo testatore contingens, faciat cessare exheredationem, sic ut & quae jam intercessit vires perdat, & quae necdum facta, fieri in posterum jure non possit, dubitatum est. Sunt qui poenitentia omne aboleri ingratitudinis crimen, exheredationem impediri, aut factam vivo testatore infirmari arbitrantur. Sunt, quibus placet, distinguendum esse, utrum causa ingratitudinis talis sit, quae testatoris offensam primario respicit, velut atrox injuria, impia manus, vitae insidia; an vero ad ipsos ingrati infamiam ac turpitudinem spectet principaliter, dum mimis sese sociavit, aut luxuriosam puella vitam eligendo in suum corpus peccavit. Priore casu sola poenitentia ingratitudinem haud aboleri; posteriori evanescere vitae morumque emendatione, Fachineus consuev. lib. 6. cap. 80. Barry de successione lib. 10. tit. 4. n. 25. Grassus recept. sent. §. testamentum quart. 42. num. 9. 10. Sed vix est, ut aut priorem aut hanc distinguendum sententiam admitteris; & si certiores libet rationem sequi, vero propius erit, nullas omnino causas ingratitudinis, adeoque nec ipsam exheredandi jus, sola ingrati poenitentia tolli; tum quia omnes una serie recensentur promiscue & sibi invicem permixtae tam quae ad testatoris offensam quam quae ad ingrati infamiam primario pertinent, tum quia nonnullae aequae testatoris lesionem atque exheredati feditatem continent, dum sese filius novercae miscuit aut patris concubinae; tum denique, quia illata injuria poenitentia sola non aboletur, neque poena evitatur, neque quisquam in gravioribus poenitendo nocens esse desinit, arg. l. pen. ff. de vi bonor. rapt. l. qui ea mente 65. ff. de furtis, l. 1. §. si rem 25. ff. depositi, l. quis sit fugitivus 17. §. Celius 1. ff. de adilit. edit. Nihil in contrarium faciente eo, quod leges subinde ex poenitentia remissionem poenae concedant, l. item 14. §. si quis 1. ff. quod metus causa, l. quavis 11. ff. de in jus vocand. l. hoc edito 5. ff. de publican. & vestigal. cum in d. II. sint tantum casus singulares, excepti ab illa regula, quae nemo ex poenitentia dicebatur desinere nocens esse, praesertim in gravioribus, uti notat Gothofredus ad d. l. 65. ff. de furtis, & in jus vocato parentis sine venia, non tam atrox visa fuerit injuria esse, ut inter causas

exheredationis numeraretur. Sed nec patrociniū adversa sententiae pareret, quod mulieres scenicae, si derelicta mala & inhonesta conversatione, commodiorem vitam amplexae fuerint, honestatique sese dederint, nulla amplius macula deinde laborent, neque distent ab illis, quae nunquam infamiae nota fuerint aspersae, l. Imperialis 25. §. itaque 1. C. de mulieris. Non enim ex ea lege per vitam emendatorem ipso jure evitabant infamiam, sed magis id unum iis ex inhonestae vitae professione deposita fuit quassitum, ut Imperiali rescripto impetrare possent natalium famaeque restitutionem, d. l. Atque adeo fatendum, in id hortandos esse post reditum ad meliorem mentem vitamque parentes, ut pietate in liberos resipiscerent, non juris rigore, & acerbitate utantur, desinantque ad animum revocare sive injurias sive dedecora sibi familiaeque per morum filialium turpitudinem procurata, ac memores sint illius, quod apud Senecam est lib. 1. de clementia cap. 14. parem, nisi magna & multa injuria patientiam evicerint, nisi plus sit quod timet, quam quod damnat, non accedere ad decretorium stylum. Cui tamen, si se inexorabilem severumque praeare cupiat, non deneganda foret juris sui exercendi & dedecoris per exheredationem vindicandi potestas. Neque interit, utrum ante poenitentiam exheredatio jam facta sit, an post eam sequatur; cum ab incerto casu conditi vel non conditi testamenti pendere non debeat ingratitudinis coercendae facultas, ac condita quocunque tempore suprae voluntas, simulque exheredatio, morte demum testatoris firmitatem acquirat. Perezius ad tit. C. de liberis praetoribus n. ult. Ant. Matthaeus de successione. disput. 5. lib. 17. adde Manticam de conjec. ult. volunt. lib. 4. tit. ult. n. ult.

31. Aliud dicendum, si ultra simplices poenitentiae fines expressa, vel ex evidentibus indiciis praesumpta, intercesserit conciliatio: tunc enim cessare debere hereditatis adiuvandae voluntatem, cessante ac extincta iam ademptionis causa, vel inde collegeris quod legatum, per intervenientes inimicitias capitales vitiatum, reconciliatione postmodum subsecuta redintegretur, l. quod si ierum 4. ff. de adim. vel transferend. legatis: & extincta censeatur injuriarum actio, quoties injuriam passus in gratiam cum eo, qui fecerat, redierit §. ult. Instit. de injuriis, l. non solum 11. §. injuriarum 1. ff. de injuriis, nec denique severior domini contra servos dispositio, testamento comprehensa, effectum sorti debeat, si dominus offensam istam clementia flexerit; licet expressa non fuerit interposita mutatio voluntatis, l. in ipsius 5. C. famul. ercisc. Quibus non obest, quod non obstante adrogationis intervenitu exheredationis factae effectus perduret, l. filio, quem 25. ff. de liberis & posthumis. Non enim ex adrogatione protinus recte collegeris offensae prioris remissionem; cum ea aliis de causis, velati conditionis implendae gratia, interponi possit. Minus obest, sic futurum esse, ut causa testati redigatur ad causam intestati, ac testator sic videatur elegisse viam ad impugnandum suum testamentum; quo fundamento motus in contrarium Menochius de praesumption. lib. 3. casu 30. n. 3. & seqq. Non enim absurdum est, causam intestati redacti, quoties apparet, inofficiosam esse dispositionem: uti in casu

tis rebus jure cautum esse jam vulgo notum. Neostadius *tract. de pactis antenupt. observat.* 1. in not. & observ. 2. in not. & observ. 3. Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprudent. Holl. lib. 2. cap. 29. num. 5.* 4. 5. Christ. Rodenburch *tract. de jure conjug. in preliminar. de statut. divers. tit. 3. cap. 2. n. 4. 5. pag. 132. & seqq. Abr. a Wesel de connub. bonorum societ. tract. 2. cap. 5. n. 28. 29. 30. Resp. Jctor. Holland. par. 3. vol. 1. consil. 4. & d. par. 3. vol. 2. consil. 339. (revera) 239. n. 1. & par. 4. consil. 4. Paulus Voet ad §. 1. Inst. b. r. n. 5. Si tamen ita pactis dotalibus ordinem succedendi definitum appareat, ut simul fideicommisso gravata sit liberorum portio, dum vel alienatio prohibita, vel designati tabula dotali hæredes ulteriore sunt onerati restitutione, haud dubium quin ex juris canonici memorata superius dispositione locum habitura sit legitimæ simul ac l'rebellianicæ detractio; non ut parenti superstiti crederet, quippe sua voluntate ab omni jure successionis intestatæ liberorum exclusio; sed magis illis, qui tabulis dotalibus designati liberorum successores, ulteriori restitutione gravati sunt, Groenewegen ad Grotium *manuduct. d. lib. 2. cap. 29. n. 3. Rodenburch d. tit. 3. cap. 2. n. 5. in fine*, faciunt huc quæ habet Neostadius *de pactis dotal. observ. 5. in notis*, & Grotius *d. lib. 2. cap. 29. n. 6.**

41. Quod si liberi secundum potestatem sibi competentem, non attempta successorum designatione per parentes tabulis dotalibus concepta, testamentum de suis bonis condendum censuerint, verius est, parentis superstitis rationem habendam esse, sicut, eodem præterito, querela non videretur deneganda. Cum enim testamento facto vis omnis eorum, quæ dotalibus cauta instrumentis, evanescat; neque jam hæreditas ex parentum voluntate deferatur, s.d. testamentaria potius liberorum ipsorum dispositione, non potest non inofficiosa illa dici, in qua præteriti inveniuntur a liberis, quos & pietatis & commiserationis ratio jubeat vocari, l. nam essi 15. ff. b. r. Wesel *de connub. societ. tract. 2. cap. 5. num. 31. 32. 33. post Crivellum dec. 53. num. 45.* 46. Stockmans *Cur. Brabant. dec. 22. licet ex parte diffidentem*. Neque interest, an liberi alios, quam qui tabulis dotalibus expressi fuerant, instituerint, an eosdem partibus iisdem iisdemque modis. Nam cum omni in casu non vi pacti, sed testamenti ficialis, hæreditatem deferri manifestum sit, neque filius parentum paciscentium beneficio, sed propria liberalitati, hæreditatem per institutos accepto ferri voluerit; incipias ire nullus poterit, quin ea ratione pater non vi pacti aut propriæ renuntiationis, sed filii sui iudicio, & ita contra pietatis officia sibi a filio debita, exclusus sit. Neque novum adeo atque insuetum, ut hominis dispositio eandem inducens læsionem quam vel lex vel voluntas alterius intulerat, eodem tamen jure haud æstimetur. Sic enim & jure civili, cum filii hæreditas vi substitutionis pupillaris a patre factæ extraneis jure deferretur, exclusæ pupilli matre, ac ne ad querelam quidem admittenda, quia non filius ipse excluserat, sed pater: l. Papinianus 8. §. sed uoc impuberis 5. ff. b. r. tamen omnino admittenda mater erat, si a filio jam pubere facto ac testamentum condente fuisset præterita, licet is eosdem nunc sibi scripsisset hæ-

redes, quos pupillari pater designaverat substitutione. Nec minus in Hollandia ad secunda vota transiens, si tabulis dotalibus in præjudicium liberorum primi matrimonii communionem bonorum cum conjugæ pacisci voluerit, & ita sua voluntate liberis iisdem nocere, nihil agit, dispositioni legis hæc edictali subijciendus; qui si commodum idem ex communionem voluisset conjugæ acquiri ex vi statuti, ommissa omni dotalium pactorum solemnitate, habitus non fuisset in liberos injurius; nullo quippe facto proprio adversus eos inducens læsionem, Abr. a Wesel *de connubial. bonor. societ. tract. 2. cap. 5. num. 34. 35. 36. D. Joh. a Someren tract. de representatione cap. 6. num. 24.* Neque hisce, quæ de testamentaria liberorum dispositione, ac non negligendo in ea parente superstiti dicta sunt, repugnat, quod, si maxime superstiti præterito querela daretur, nihil ipsi ea profutura esset, dum per inofficiosi accusationem ipse causam quidem testati redigeret ad causam intestati, sed sua victoria prodesset illis, qui deficiente testamento tanquam successores ab intestato fuerant dotali conventionem parentum electi, non vero sibi, utpote per renuntiationem ab intestati successione excluso. Falsum enim, parentem superstitem vi renuntiationis in casu testamenti conditi a successione intestati exclusum videri; nam cum secundum ante dicta liberi, ultimum condentes elogium, noluerint, suam hæreditatem pactis, sed magis testamento, deferri, atque adeo enervaverint pactorum vim, iniquum esset, ex illis pactis renuntiationem continentibus, & voluntate liberorum subsecuta inirmatis, sustineri testamentum illud ipsum, quod ea irrita reddidit & infirmata. Veriusque est, per intentatam inofficiosi infirmationem redire non pactis sed legitimæ successionis jus, parentibus superstitibus ita deferens hæreditatem, quasi nunquam renuntiatio aut pactum dotalis intercessisset.

42. Quod si parentes statuto exclusos concipias a liberorum suorum successione ab intestato, uti id alterutro parente præmortuo obtinet in iis Hollandiæ partibus, quæ jure Scabinico utuntur; si liberos a successione parentum, uti multis in regionibus in filiabus id constitutum; si denique fratres a fratrum successione legitima remotos ponas; non dubitandum videtur, quin his omnibus in parentum aut liberorum fratrumve testamento præteritis querela in totum sit deneganda, sive institutos ponamus eosdem, quos & statutum vocabat ad successionem intestatorum, sive alios remotiores vel etiam prorsus extraneos nullo sanguinis nexu conjunctos. Cum enim jam monitum sit, ac in seqq. plenius explicandum, legitimam esse partem portionis ab intestato debita, atque adeo omnem suam relationem habeat ad intestatæ successionis jura, optima sane ratione traditum existimo a juris interpretibus, legitimam nunquam illis esse debitam quibus delatum non est a lege vel statuto successoribus ab intestato percipiendæ jus, Barbosa in *collectan. Cod. ad l. 8. C. b. r. de inoff. testam. num. 8. Tyraquelus de jure primogenitura quasi. 55. num. 9. & seqq. Berlichius concl. præf. parit. 2. concl. 16. num. 47. Jacobus Coren observat. 10. num. 24. & seqq. ad num. 35. Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprudent. Holl. lib. 2. C. 18. n. 22. Respons. Jctor. Holl.**

part. 3. vol. 1. contril. 90. Sm. van Leeuwen *cons. for. part. 1. lib. 3. cap. 4. n. 5.* Hic, si rem omnem penitus ad examen revocare libuerit, apparebit, frustra hos omnes futuros esse, licet maxime intentata querela depulissent ab hereditate eos qui fuerant testamento vocati: nam & qui prolixissime extendunt querelæ effectum (de quo nos antea in questione, an & fratres uterilii alique similes post rescissionem admittantur) in id consentiunt, testati causam ad summum sic reduci ad causam intestati, quasi nullam ab initio compositum fuisset a defuncto testamentum. Quo ipso posito, cum lex eis nullam deferat successionem, obtineret quod ab Ulpiano traditum, puta, *si quis ex his personis, quæ ad successionem ab intestato non admissum, de inofficioso egerit, & casu (non jure) obtinuerit, non ei propter victoriam, sed his, qui habent ab intestato successionem, nam intestatum patremfamilias facit, l. posthumus 6. §. si quis t. b. r.* Nec est quod quæpiam turbet, quod in casu exclusionis parentum, per pacta dotalia factæ, paulo ante parentem superstitem ad querelam statimur admittendum, quoties liberi testamento conditum eum præterissent, licet institutis iisdem, quos antenuptialis designaverat conventio; cum utique multum inter hæc duo intersit. Quoties enim pacto definitus est successionis ordo, exclusis parentibus ipsis paciscentibus & ita iuri suo renunciantibus, supponitur, sine pactis illis legitimam parentibus in bona liberorum successionem non fuisse denegatam. At nostro in casu contra sese res habet; cum de illis queratur hic, qui lege vel statuto ad successionem ab intestato non sunt vocati. Illo ergo in casu cum redeat per inofficiosi querelam non illa pæctitia, sed legitima succedendi ratio, & intestatus reddatur testator, prodessse sibi potuerunt, quotquot a iure successionis ab intestato non fuerant per leges moresque repulsi. Nostra vero in questione monstratum abunde, non posse eum, qui ab intestato non succedit, sibi per intentatam inofficiosi accusationem prodessse, sed tantum aliis lege vocatis. Ut proinde satius fuerit, repelli in universum a querela hos omnes, velut nulla exheredationis injuria affectos, neque legitimam spoliatis successionem. Dissentit Stockmans *(curia Vraban. decis. 22.)*

43. Evanesce præterea querelæ movendæ jus, si mortuus fuerit, qui exheredatus erat, cum querela necdum esset præparata; quippe quæ tunc ad hæredes non transmittitur, *l. posthumus 6. §. ult. l. 7. ff. b. r.* Licet enim petitio hereditatis ad hæredes procul dubio transmittatur, tamen in querela contrarium placuit; non alia (ut opinor) de causa, quam quia exheredatus hic agit propter injuriam exheredatione illatam ac testamento inductam, *l. non est 4. l. Papinianus 8. ff. b. r.*; injuriarum autem actio hæredi non datur, *§. 1. Inst. de perper. & temp. act.* Ut tamen ad exheredatorum liberos etiam non præparata jure novo transmittatur, *l. si quis filium 34. l. pen. in fine, C. b. r.* in quo differt ab actione ad supplementum, quæ etiam non præparata ad hæredes extraneos transit, Neostadius *Cur. sutr. decis. 99.* Hugo Grotius *manuduct. ad Jurisprud. Holl. lib. 2. cap. 24. num. 25. 26. & cap. 25. num. 26.* Simon van Leeuwen *cons. for. part. 1. lib. 3. c. 4. n. 34.* Præparasse vero querelam cent-  
Voet ad Pandect. Tom. II.

setur, non tantum qui inofficiosi accusationem jam in judicium plena litis contestatione deduxit, sed & qui comminatus tantum fuit accusationem, vel usque ad denunciationem vel libelli dationem processit, *d. l. posthumus 6. §. ult. l. 7. ff. b. r.* Quod ad instituto deliberante exheredatus decesserit, præparata videri non potest querela, *d. l. si quis filium 34. & l. pen. in fine, C. b. r.*

44. Denegata insuper querela est, si legitima relicta fuerit, quæ est portio portionis ab intestato debita, *l. cum queritur 6. C. b. r. l. Papinianus 8. §. quoniam 8. ff. b. r. §. ult. Inst. b. r.* ac magis bonorum quam hereditatis pars; non modo, quia sic in jure appellatur, *l. cum queritur 6. C. b. r.* sed & quia non ante ineunda est legitime ratio, aut præstatio facienda, quam si deductum fuerit æs alienum ac funeris impensa, *d. l. Papinianus 8. §. quarta autem 9 ff. b. r.* quo factò, non hereditatis sed bonorum denominatio superest: bona quippe proprie non sunt, nisi quæ deducto ære alieno supersunt, *l. subsignatum 39. §. 1. ff. de verb. sign. l. mulier bona 72. ff. de jure dot. l. ea demum 6. C. de collation. ac in eo bona distant ab hereditate, quæ & æris alieni onus includit, ac damnosa hæredi esse potest; cum ex adverso bona, a beando dicta, damnosa non sint, l. bonorum 49. ff. de verb. signif.* Ne dicam, jure veteri legitimam non solo institutionis, sed & legati & fideicommissi & mortis causa donationis alioque titulo potuisse relinqui, *d. §. ult. Inst. b. r.* qui quantum a titulo heredis distent, eumque excludant, nec legitimam sinant hereditatis partem esse, expositione nulla opus est. Quibus adde, nullum posse a testatore gravamen imponi legitimæ; gravamen autem non leve esset, si filius in sola institutus legitima, eandem percipiens, impediretur vindicare pro parte res suas a patre defuncto nullo jure distractas, & cogeretur ultra legitimæ ipsius vires agnoscere æris alieni molem; de quibus mox latius. Nec denique dubium, quin legitimæ supplementum petens, actione personali, puta, conditione ex lege agat; qui tamen petitione hereditatis debuisset experiri, si pro portione legitima fuisset re ipsa hæres, And. Gayl. *lib. 2. observ. 126. num. 2. 3. 4.* Mantica *de conject. ult. volum. lib. 7. tit. 8. num. 5.* Ant. Faber *Cod. lib. 2. tit. 3. def. 18. n. 2.* Nec hisce repugnat, quod & quartam falcidiam ex legatis non ante institutus iisdem gravamen percipiat, quam deducto prius ære alieno aliisque, ac nihilominus ut hæres considerandus sit, *§. ult. Inst. de lege Falcid.* Neque enim talis ex eo hæres est, quod quartam falcidiam, & ita quartam bonorum ex hereditate percipiat; sed magis quartam percipit ac deducit ideo, quia hæres est, quod ipsi datum, ne alioquin ob exiguum vel nullum lucrum repudiaret delatam hereditatem legatis exhaustam: atque adeo ante omnem falcidiæ deductionem, & extra omnem ejus considerationem, jam ex institutione & additione subsecuta hæres erat. Minus adversatur, quod quartam hanc legitimam aliquando hereditatis partem appellatam invenias, *§. sed hæc ita 3. Instit. b. r.* Cum non alia de causa id factum videatur, quam quia titulo etiam institutionis relinqui poterat; adeoque titulo tenus tunc erat pars hereditatis, nequaquam re ipsa & juris effectum, ne alioquin inde illa profluere absurditas,

quod ex filiis pluribus eodem successionis jure gaudentibus, eadem portione legitima honorandis atque honoratis, alius ad æs alienum ultra vires patrimonii adstringeretur, alius non item, dum uni legitima institutionis, alteri legati jure fuisset delata. Et licet jure novo legitima solo institutionis titulo relinquatur Justinianus sanciverit, *nov. 115. c. 3. in pr.* nihilo tamen magis propterea vi & effectu pro hæredibus habendi: cum neque veteris juris dispositio, secundum quam ex legitima instituti non considerabantur tanquam hæredes, mutata sit; neque ipsa juris novi ratio talem interpretationem admittat. Quod enim Justinianus solo institutionis, non item legati titulo, legitimam relinquere jussit, id in liberorum favorem sic cautum fuisse in confesso est, *nov. 115. cap. hoc autem 5.* Si vero ex hæredis titulo etiam re ipsa hæredes censerentur, eveniret ut in ipsorum utilitatem inventa torquerentur in dispendium; contra *l. quod favore 6. C. de legibus 1. nulla juris ratio 25. ff. eod. tit. de legibus.* Nec leviter hæc ex eo firmantur, quod, licet jure novo desideretur institutionis honoratior titulus; sufficiat tamen, vel in certis rebus institutione factam esse, *d. nov. 115. cap. 5.* quo casu, quin institutus legatarii loco habendus sit nequaquam dubium, *l. quoniam 13. C. de hered. instituend.* Non denique sententia nostra obest, quod in legitima institutus copii possit adire hæreditatem & ex Senatus consulto Trebellianico restituere, *l. ita tamen 27. §. si patronus 13. ff. ad Senatusc. Trebell.* ad quam aditionem solus hæres, non is, qui legatarius est aut ejus loco habetur, adigendus est. Respondeo namque, erroneum esse, quod in sola institutus legitima, alio cohærede existente, ad adeundum & restituendum construngi possit; cum utique nullum legitimæ gravamen aut restitutionis onus imponi posse, principia nos doceant; ut proinde nihil eo casu esse, quod per rogatum restitueretur. Neque id voluit *d. l. 27. §. 13.* quippe in qua non alia concipi potest facti species commoda, quam hæc, quod patronus ex asse ab initio institutus, rogatus fuerit, retenta legitima, reliquam restituere liberti sui hæreditatem, quo ipso quantum effectum non nisi ex debita parte institutus videbitur: nam si præter legitimam ipsi nihil initio inspecto obvenisset ex hæreditate, nihil esset, quod ex fideicommisso veniret restituendum. Suadetque hunc sensum connexio *§. sequentis 14.* in quo proponitur hæres itidem institutus præceptis quibusdam rebus restituere rogatus, uti in *§. 13.* præcepta legitima.

45. Consistit vero controversiæ hujus utilitas inter alia in eo quoque, quod, si legitimam hæreditatis partem esse velimus, eos, qui legitimam petierint, tanquam hæredes; ad alienum pro portione sua obstrictos esse statuamus, ubi apparuerit, æris alieni mole superari patrimonii vires: contra vero, eosdem non teneri, si ultra vires patrimonii æs alienum excurrat, sed liberari restituendo id quod legitimæ nomine consecuti fuerant; quasi bonis non apparentibus nec legitima, tanquam bonorum portio, & ad bona relationem habens, concipi potuerit, arg. *l. mulier bona 72. ff. de jure dot.* Responsa Jurisc. Holl. *part. 1. consil. 145. quart. 3.* Sed & secundo utilitas in eo est, quod filius in sola institutus legitima, suum fundum a patre alienatum

vindicare in totum possit; cum alioquin, si eum vere hæredem esse velimus, pro ea parte, qua hæres est, vindicare non posset, sed defuncti factum hæcenus teneretur præstare, arg. *l. cum a matre 14. C. de rei vindicat.* Pinellus ad *l. 1. C. de bonis maternis part. 3. num. 79. 80.* Grassus *recept. sent. §. hæreditas quasi. 12. num. 25.* Peregrinus de *fideicommissis. art. 53. num. 3.* Barry de *successionib. lib. 11. tit. 9. num. 14.* Ant. Matthæus de *succession. dispur. 16. num. 20.*

46. Legitimæ quantitatem quod spectat, olim eam constituebat pars quartæ portione ab intestato debita; at jure novo triens, si quatuor fuerint liberi vel pauciores; semis, si plures quam quatuor, *nov. 13. cap. 1.* Quod augmentum in ascendentibus quoque locum habere, frequentius receptum est; eo quod hisce æque, ac liberi, non certis tantum casibus, sed regulariter quærela tributa est. Non tamen in fratribus, quippe quibus leges regulariter legitimam non concesserunt, sed tantum in casu singulari, & in odium personarum turpis iisdem per fratrem prælatæ; cum tamen in *d. nov. 18. cap. 1. in fine* constitutum sit, augmentum illud in omnibus personis observandum esse, in quibus ab initio antiqua quærela ratio de inofficiosa lege decreta est, adeoque quibus leges ob propria merita & propriam sanguinis conjunctionem antiquitus quartam dederant; non, quibus odium magis alienum profuit ex accidenti; licet de fratribus plures dissentiant. Vide Fachineum *lib. 4. controvers. cap. 28.* Berlichium *conclus. præf. part. 3. conclus. 12. num. 42. & seqq.* ubi plures congressit Sim. van Leeuwen *cons. for. part. 1. lib. 3. cap. 4. num. 12. 13.*

47. Quod si circa legitimæ quantitatem statuta varient, uti peculiariter Zircizæ in Zelandia fertur bes liberis pro legitima assignatus; in immobilibus quidem servandæ leges loci, in quo res unaquæque immobilis sita est: in mobilibus vero juxta domicilii testatoris; ita uti in successionis intestatæ delatione id obtinere, alibi dictum; eo quod legitima omnem suam relationem habet ad intestatæ successionem, Respons. Jurisc. Holl. *part. 5. consil. 181. quart. 3. pag. 548.* Quibus consequens est, ut, si parentes non ex asse, sed in partem cum fratribus aliisque succedant suo filio prædefuncto, etiam in bonis tali lege regundis non nisi trientem ejus, quod ab intestato iis obvenisset, legitimæ jure possint percipere. Cum ergo in bonis Hollandicis, ea parte sitis, quæ jure Aesdomico censetur, filio improli succedat parens superstes ex semisse, fratres vero ex altero semisse, legitimæ parentum non triens sed sextans erit, seu tertia pars dimidiatæ ab intestato deferendæ. Quod quidem minus dubium, si fratres instituti fuerint, sed si præteritis fratribus extranei nulla turpitudinis macula laborantes vocati sint, idem quidem obtinere pluribus visum est, Respons. Jctor. Holl. *part. 4. consil. 23. & part. 2. consil. 115. & part. 3. vol. 1. consil. 90. & 169.* & plures allegati apud Berlichium *part. 3. conclus. 12. num. 47.* sed cum in casu, quo extranei sunt instituti fratres præteriti, & superstes parens ad legitimam vocatus est, fratres neque ab intestato succedere neque quærela partem ullam advocare possint, exclusi propter testamentum jure conditum, & nullo inofficiosi vitio laborans; & in sequentibus ple-

nus tradendum sit; æquum non esse, ut partem facerent, qui partem non capiunt; non omnino erraverit, qui superstiti parenti in tali casu totius hereditatis trientem pro legitima censuerit adjudicandum esse, uti id multorum auctoritate confirmat Berlichius *d. part. 3. concius. 12. num. 51. 52.* Peregrinus *de fideicommissis art. 38. num. 13.*

48. De nepotum legitima in bonis avi, dum pater intermedius e vivis excessit, quamquam jure veteri res satis expedita sit, juxta *l. Papinianus 8. §. quoniam autem 8. in fine ff. b. t.* ex quo tamen variis cepit esse legitimæ quantitas pro numero liberorum, intricatissima nunc questio est. Quæ ut commodius terminetur, in antecessum id observandum, nepotes, sive soli existant, sive cum suis patruis ad successionem avi defuncti vocentur, non suo ex capite sed jure representationis admitti; quasi pater intermedius avo, hi suo patri successissent, tantum scilicet percepturi ab intestato, quantum pater si vixisset; adeo ut primo in tot partes dividenda veniat avita hereditas, quot filii aut naturaliter superant, aut juris fictione in nepotibus vel pronepotibus, defunctos representantibus, finguntur superesse; tum dein filii cujusque prædefuncti portio inter nepotes ex unoquoque genitos iterato distribuatur; & si nepotes præmortui concipiamus pronepotibus superstitibus, inter pronepotes similis subdividendi ratio observetur, *§. cum filius 6. §. ult. Inst. de heredit. qua ab intestato placit. Ord. Holl. 1. Aprilis 1580. art. 20. & 18. Decemb. 1599. art. 1.* Quo posito, singulatum diversi casus veniunt considerandi; aut enim avum mortuum concipimus, relictis nepotibus ex diversis filiis prædefunctis, vel etiam ex filio uno prædefuncto, sed superstitibus adhuc aliis ejusdem avi filiis: aut contra, eundem decessisse fingimus, relictis tantum ex unico filio prædefuncto nepotibus, dum nulli alii erant defuncto avo filii superstitis, aut ex aliis præmortui filii nepotes. Priore casu pro filiorum superstitum, & per nepotes representatorum numero vel triens vel semis nepotibus, ex uno filiorum præmortuorum natis legitimæ nomine videtur assignandus; atque adeo si sex ponas filios partim relictis ex se liberis defunctos, uti hereditas ab intestato delata in sex partes fuisset dividenda, sic ut singulis filiis, aut defunctorum stirpi sextans cederet, ita singulis filiis legitimæ nomine semissem istius sextantis competiturum, constat. Et quia nepotes ex unoquoque filio nati, ex avita hereditate tantum capere debebant, quantum pater eorum, si vixisset, etiam ex capite ejus semissem sextantis eodem percipere ratio dicat. Cum enim legitima relationem habeat ad jus successionis ab intestato, sequitur eos, qui ex capite patris æstimantur & veniunt ad successionem ab intestato, etiam ex ejus capite æstimari debere in determinanda quantitate legitimæ, tanquam portionis ex debita ab intestato portione deducendæ. Ut proinde hic nihil intersit, an duo vel tres vel sex ex uno filio prædefuncto, & sextam hereditatis paternæ partem jure intestati ablaturus si vixisset, nepotes supersint, quippe quæ distinctio tum detrum inveniret locum, cum a proprio patre fuissent in legitima instituti: neutiquam vero, quoties non ex suo capite tanquam tres aut quinque aut sex, sed tanquam unica tantum persona, parentem suum dei-

functum intermedium representantes, ab avo in legitima instituti sunt, arg. *l. Papinianus 8. §. quoniam 8. in fine ff. b. t.* Peregrinus *de fideicommissis art. 36. num. 39.* Francisc. de Barry *de successione lib. 15. tit. 2. num. 1.* Si tamen non omnes ex uno filiorum prædefuncto nepotes in legitima instituere velit avus; sed forte unum tantum; virilem ei pro numero nepotum assignando partem ex legitima, toti isti stirpi debita, defungi potest; adeoque si ex uno ex sex filiis nepotes duos ponas superstitis, uti stirpi toti uncia una sufficisset pro legitima, ita semuncia sufficet uni nepoti in legitima sola per avum instituendo. Posteriorem casum quod attinet, quando ex unico tantum filio prædefuncto nepotes supersunt; cum nullis patruis, aut patruorum liberis concursuri, sed soli hereditatem jure intestati ex asse inter se divisari, frequentius quidem placuisse videtur interpretibus legitimam nepotum semissem fore, si quaternarium nepotes ex unico prædefuncto nati numerum superent: sin quatuor tantum aut pauciores existant, trientis assignationem ab avo factam pro legitima sufficere, Francisc. de Barry *de successione lib. 16. tit. 2. num. 1.* Peregrinus *d. loco.* Sed cum horum sententia falso laboret fundamento, quasi ex unico filio prædefuncto nepotes haud succederent jure representationis tanquam subintrantes in parentis prædefuncti locum; rectius dixerimus, iis, quotquot numero fuerint, sive duo, sive quinque pluresve, trientem legitimæ nomine deberi, eo quod & pater eorum, quem representant, tanquam unicus, trientem tantum potuisset percipere. Ne dicam, absurdum esse, quod avus, qui proximiori filio trientem dando potuisset defungi, & de reliqua hereditate suo disponente arbitrari, ob intervenientem intermedii filii mortem cogeretur majorem relinquere portionem illis, qui defunctum representant, aut (si maxime largiremur eos non representare) saltem a defuncto, ac per trientis assignationem dimittendo si supervixisset, fuissent exclusi, tanquam gradu remotiores, & jure instructi debiliore, Responsa Ictorum Holl. *pari. 3. vol. 1. consil. 157.* Cui consequens est, ut, si non omnes, sed unum tantum ex pluribus nepotem avus in legitima instituere desideret, ei virilem, pro numero nepotum, portionem trientis teneatur assignare. Neque hisce obstat, quod tali in casu, quo ex unico filio nepotes succedant, opus non sit ullo jure representationis, eo quod æqualem singulis nepotes seu virilem tunc partem capiunt. Nam & si tribus filiis prædefunctis tres nepotes unicos sui patris filios successores concipias, virilem procul dubio avitæ hereditatis partem latituri sunt, atque adeo in hisce quoque necessaria non posset videri representatio, dum idem habituri sunt, sive in capita sive stirpes hereditas divisa sit. Sed non ita est: liset enim tunc representationis nullus sit usus, quantum ad partium hereditariarum distributionem; collationis tamen inguitu representationis necessaria visa fuit, ut nempe nepos quisque conferat in medium, quod pater intermedius, si vixisset, debuisset conferre; *de quibus sit. de collationibus.* Atque ita quoque non assimili modo, licet in unici filii nepotibus representatio supervacanea sit quantum ad dividendam inter eos avitam hereditatem: attinet, utilis tamen est ac rationem

habet, quatenus de maiore aut minore legitima portione assignanda disceptatur. Plane, si loci alicuius statuta manifesto dicent, nepotes solos existentes sive ex uno sive ex pluribus filiis prædefunctis pari vel impari numero natos (veluti ex uno uno, ex altero tres) avo non jure representationis, sed in capita succedere, non dubium, quin eo casu, non ex filiorum, sed magis nepotum numero, legitima quantitas definienda sit. Quale successione jus in capita novissime stabilitum in tetrarchia Neomagiensi, *Gerformeerde Landrecht van Nymegen* in 33. art. 3. 4. 5.

49. An autem numerum liberorum augeant, qui vel statuto exclusi sunt a successione, vel exheredati, vel querela renunciaverunt, varia sentiunt interpretes, quorum opiniones vide apud Grassum *de successione* §. *legitima quæst.* 7. Hartmanum Pistorium *lib. 4. quæst.* 8. ubi plures allegat, Fachineum *controvers. lib. 4. cap. 31.* Peregrinum *de fideicommissis* art. 38. Francisc. de Barry *de successione* lib. 16. tit. 2. num. 5. & *seqq.* Berlichium *conclus. præf. pars. 3. conclus. 12. n. 7. & multis seqq.* Carpovium *defin. ferent. pars. 3. cons. 10. def. 12. 13. 14. 15.* Guidonem Papæ *decis. 295.* Zoesium *ad pand. b. 1. num. 87. & seqq.* Sed ut distinctius universa capiantur, duplicis omnino questionis plenior esse consideratio debet. Aut enim disputatur, an tales exheredati vel renunciantes vel statuto exclusi numerum faciant ad id, ut legitima reliquorum major esset; an vero ad id ut minor sit reliquorum legitima. Prioris questionis species est, quando pater quinque relinquens filios, tres quatuorve in legitima instituit, dum quintus exheredatione vel statuto vel renunciatione exclusus est. Hic si quintus numerum liberorum augeat, legitima singulorum non triens, sed semis erit portionis ab intestato debita: sin contra ceteris liberis ille haud computetur, legitima trientem tantum portionis ab intestato defendere constituet. Non computari vero ad hunc effectum juste exheredatos aut statuto vel renunciatione exclusos verius est, quoties statutum eos ab universa exclusis hereditate, aut renunctio generaliter & non in certæ personæ favorem facta est, & ita quidem, ut neque dos neque aliud simile renunciati aut alteri, in cuius favorem renunciavit, aut per statutum excluso, cesserit: tunc enim, in quantum nihil ex hereditate capit aut diminuit exheredatus, merito mortuis annumerandus est, l. 1. §. *sed & si 5. ff. de conj. cum emancipato liberis*, neque novum: ut moriens relictis liberis, sed juste exheredatis, eo jure censeatur, quo illi, qui liberos tales non reliquerant, §. *sed nostra 3. vers. in autem Institut. de successione liberorum*, & quia augmentum legitima, ut nempe semis esset in casu liberorum plurium quam quatuor, inductum fuit, ne paupertate nimium premerentur liberi post patris obitum, qui eo vivente fuerant idone exhibiti, si quadrante vel triente juberebantur contenti esse, *novell. 18. præf. in fin.* consequens erat, ut excluso penitus quinto cessare dicamus semissi dati rationem, dum soli quatuor reliqui ad hereditatem ita veniant, ac si quintus nunquam in rerum natura fuisset, accrescente reliquis quatuor liberis latus quintæ portione, ut plenius in sequentibus dicendum est. Quod si non sim-

pliciter, sed dote demum accepta renunciatio intercesserit, aut statutaria sic facta exclusio, rectius eo casu statuatur, ipsum quoque exclusum ceteris connumerari, adeo ut, si ipse quintus sit, legitima reliquorum remissum potius quam trientem complectatur: locum habente tunc ratione illa superius allegata, ob quam Justinianus eo usque legitimam voluit augendam, & æquitate suadente, ut, qui dotis aut alterius deductione patrum minuitur patrimonium, prodesset quoque reliquis ad augendam proliis numerosioris intuitu inductam legitimam quantitatem. Neque hic audiendus Fachineus, alique nonnulli supra memorati, putantes filiam quidem statuto exclusam, sed dotandam, aut jam dotatam, numerum facere ad id, ut reliquorum legitima semis sit; eam autem, quæ dote accepta ulteriori renunciavit successioni (juxta *cap. quamvis 2. de pablis in 6.*) numerum non facere ad legitimam augmentum. Quid obsecro, interest, statuto, an renunctio exclusæ filia dotem capiat, cum utroque in casu æque contingat patrimonii paterni diminutio ex præstita vel præstanda dote; eoque contingat minorem esse reliquorum singulorum debitam ab intestato portionem. Quod & tanto magis admittendum, cum consideratur, ab ipsis dissidentibus asseri, dotem talem velut legitimam filia, aut saltem loco & vice legitimæ, habendam esse. Zoesium *ad Pand. b. 1. n. 91.* Similiter eum quoque, qui sive vivo patre, sive post mortem ejus, nullo accepto renunciavit hereditati paternæ non simpliciter, sed in certæ personæ gratiam, veluti in gratiam tantum fratris primogeniti, non reliquorum, numerum liberorum augendum esse, verius est; eo, quod, licet ipse nihil capiat, ille tamen, in cuius favorem renunciavit, portionem renunciantis percipit, & ita ex capite renunciantis diminuit patrimonii quantitatem, ac si ipse renunciens ad hereditatem pervenisset; imo renunciens partem spe aut re perceptam rursus in eam transtulisse, in cuius utilitatem renunciavit successioni, ut late adstruit Hartmannus Pistoris *lib. 4. quæst. 8. n. 5. 6. 7. 8. 9.* Peregrinus *de fideicommissis* art. 34. num. 12.

50. Hactenus de questione prima, an exheredati, renunciantes, vel statuto exclusi, augeant numerum liberorum, ad id ut legitima aucta censeatur. Restat excutere, an hi ipsi connumerandi veniant ad legitimam partem diminuendam, seu, an partem faciant; veluti si quatuor liberos ponamus relictos, ex quibus unus statuto, exheredatione, aut renunctio, exclusus est, tres reliqui jure succedendi haud destituti. Si enim reliquis tribus connumeretur ac partem faciat, sic legitima computanda foret, ac si quatuor ab intestato succederent, adeoque tres illi jure succedendi haud destituti pro legitima unciam tantum singuli habituri essent, velut trientem quartæ partis ab intestato debita; si vero numerum non augeat, singulis reliquis pro legitima caderet uncia una & tertia alterius uncia pars, velut triens trientis ab intestato delata. Probabilis autem videtur, talem juste exheredatum aut statuto vel renunctio exclusum, uti in superiori questione non numerabatur ad augendam legitimam quantitatem, ita nec hic computandum ceteris ad legitimam diminuendam. Primo enim nulla ratio est, cur minus pro mortuo haberetur exheredatus & si-



miles juxta d. l. 1. §. 5. ff. de conj. cum emanc. liberis, §. 3. vers. in autem Insiit. de success. lib. hor. si de minuenda, quam si de augenda legitima dubitatio sit. Cui accedit, quod ineptum videatur, connumerari ceteris & partem facere eos, qui nullam omnino partem ex hereditate illa ferre possunt. *Liberi*, (inquit Ulpianus) qui contra tabular habere non possunt, nec partem faciunt, si per alios commissarii edictum, quo enim bonum est eis favore, ut partem faciant, nihil habuerit? l. si post mortem 10. §. liberi 4. ff. de honor. poss. contr. tab. junct. l. filio 16. ff. b. t. Quin imo, partem ejus, qui renunciatione vel tempore exclusus est, ita ceteris non jure exhereditatis & ob id querelam moventibus accrescere obtinuit, ac si hi soli in rerum natura fulsent, l. qui, repudiavit 17. in fine pr. l. si ponas 23. §. ult. ff. b. t. neque aliter penes extraneos heredes institutos remanere ingratorum filiorum, & ita juste exclusorum, portiones, quam si omnes liberos velut ingratos repellendos esse constiterit; alioquin ingratorum penam & portionem adeam in premium cedere liberis reliquis ingratitudinis vitio non contaminatis, novell. 22. cap. si quis enim 21. pr. & §. 1. Idemque in renunciantium & successionem respuentium portionibus observandum esse constat ex l. un. C. quando non potentium partes potentibus accrescant. Cum ergo sic portio tota, quæ exhereditatis juste aut renunciantibus fuisset debita, si nulla renunciatio aut exclusio acta esset, accrescat reliquis non exclusis, tanquam solis jure successionis intestatæ manitis, consequens erat, ut illud accrescendi jus ad legitimæ quoque incrementum sese extenderet, quippe quæ portionis ab intestato delatæ pars est. Si tamen & hoc casu renunciantes vel statuto exclusas filias dotem accepisse, vel dotis ex statuto petendæ jus habere concipiamus, magis esset, ut renunciantium aut exclusarum portionem non ceteris in legitima institutis accrescere dicamus, sed hereditibus ceteris sive liberis sive extraneis institutis, perinde ac si legitima tali renuncianti jam præstita vel adhuc præstanda foret, cum deo talis legitimæ locum ac vicem censeatur obtinere, Abr. a Wesel de connub. bonor. societ. tract. 2. cap. 6. num. 141. Fontanella de patris dotibus clausula, 9. part. 2. num. 28. & seqq. Peregrinus de fideicommissis art. 38. num. 12. in med. Idemque erit, si renunciatio, nullo accepto, interposita fuerit non generaliter, sed in certæ personæ favorem, quippe cui tunc soli renunciantis sive portio sive legitima obventura esset, non vero ceteris accretura. Vide DD. supra citatos.

51. In ineunda autem circa legitimam ratione spectanda quantitas patrimonii, quæ mortis tempore invenitur, l. cum queritur 6. C. b. t. arg. l. o. iamsi 3. §. ult. ff. de bonis lib. l. omni modo 50. §. ult. C. b. t. eo modo, quo id Falcidiz deductione receptum est ex §. pr. Inst. de lege Falcid. l. in quantitate 73. §. ad leg. Falcid. Cum enim nulla viventi successio sit, nulla hereditas l. 1. ff. de hered. vel act. vend. l. 1. ff. pro herede, legitimam vero ad intestati successionem habere suam relationem, tanquam pars portionis ab intestato debita; nulla potest in vivi bonis legitima concipi, Ant. Faber Cod. lib. 3. tit. 3. defin. 13. num. 14.

& seqq. Mynsingerus cent. 4. observ. 25. Quia adeo vera, ut, si maxime pater sua dissipare incipiat ac luxu consumere, liberi tamen eo vivo nullam legitimæ exactionem habeant; præmature quippe concipientes sibi non spem tantum, sed & jux successionis, cum adhuc vivit is, ex cuius bonis legitima debetur, arg. l. 1. §. si impubere 21. ff. de collationibus, inellus ad l. 1. C. de bonis maternis part. 3. num. 75. Ferd. Vasquius controvers. lib. 1. cap. 37. Nec est, quod alimentorum sibi a parente debitorum prætextu videantur posse eo vivo legitimam consequi; ne post dispersum patrimonium iisdem fraudentur; ut post alios Fachineus controvers. lib. 12. cap. 59. Gratianus discept. for. tit. cap. 44. num. 18. & seqq. cum alia huic incommodo avertendo prodita inveniantur in jure remedia, secundum quæ prodigo curatorum constitui, eique bonorum administrationem a prætoribus adimi receptum est. Et licet non sine dedecore parentis hæc fieri concedendum sit; tamen, cum legitima petitio, quæ vivo patre fieret, non aliter eff. cum sortitura esset, quam allegata ac probata eadem prodigalitate, frustra sub obtentu honoris paterni, non ea ratione magis conservandi, fingetur sine lege (alio modo abunde prospiciente) potestas exigendi legitimam adeo juris fundamentis adversa.

52. Huic sententiæ consequens est, errare eos, qui (posito jure, quo filiz non nisi accepta dote non minore, quam est legitima, renunciare possunt hereditati paternæ) arbitrantur filiam, accepta dote congrua & ad legitimam sufficiente dotis datæ tempore, renunciantem ulteriori successioni, non posse post parentis ejusdem obitum supplementum petere, si inter dotis constituta & mortis paternæ tempora sic opes excreverint, ut nunc minus quam legitimam, considerato mortis tempore, penes filiam esse manifeste appareat. Si enim nulla viventis sit hereditas, nulla proprie loquendo legitima, & considerari nequeat quantitas patrimonii, nisi quæ mortis tempore fuit, jure petitur supplementum ejus, quod deest legitimæ, Ant. Faber Cod. lib. 2. tit. 3. defin. 15. num. 14. & seqq. Zoësius ad tit. ff. de patris, num. 40. & b. tit. num. 97. Peregrinus de fideicommissis art. 36. num. 17. Barry de succession. lib. 11. tit. 25. num. 37. 38. Grassus §. institutio quart. 19. num. 3. Nec moveri quisquam debet iis, quæ in contrarium moventur ab Abrah. a Wesel de connub. bonor. societ. tract. 2. cap. 6. num. 52. & seqq. post multos ibidem in unum collatos. Quod enim ipse statuit, negotium hoc, quo, dote congrua accepta, renunciat nilia, non alterius considerationis esse, quam cujus est venditio spei, sive rei futuræ, quæ solum præsentis temporis pretium spectatur, & sufficit, licet postmodum id, quod ex eventu apparet emptum, longe & spem & pretii proportionem aumeret, aut ex adverso minimum aut nullum sit; id vero gratis ab eo assumi putem. Et licet id, quod dotis datæ tempore legitimæ nomine datum erat patrimonio tunc ampliori proportionatum, per filiam renunciantem restitui non debeat post patris obitum, si ob diminutum postea parentis patrimonium videri posset justam excedere legitimæ mensuram; licet etiam dotis datio momentanea causa sit, & pater promissioni dotis satisfecisse censeatur, semel facta congrua dotis numeratio

ne: licet denique filia ex sua renunciatione semel legitima perfecta ab omni successione intestata remota sit: nil tamen ista omnia adversam juvant sententiam. Nam & posita renunciatione, & extra omnem renunciationis considerationem, si pater congruam filiz dotem dederit, quam ex officii paterni necessitate & legis ac iudicis jussu promiserat, secundum *l. capite 19. ff. de ritu nupt.* promissio ejus & solutio momentanea est; nec tamen ideo post patris obitum impedita fuit supplementi petitio, si minus quam legitima in dote esse mortis paternæ tempore deprehenderetur, dote summummodo in legitimam imputanda, *l. si quando 35. §. 1. 2. l. omnimodo 30. C. b. r.* contra vero diminuto patrimonio dotem retinebat filia quantamcumque, a paterna abstinens hereditate, si modo salva esset ceteris liberis sua legitima *l. ult. ff. de dotis collatione*. Ut proinde, nihil minus in hisce quam spei venditæ similitudo reperiatur. Et quod filia renunciatione sua se omni successionis ulterioris jure exuerit, id non ultra verum est, quam quatenus salvam habet legitimam, quam ei post renunciationem salvam esse voluit statutum renunciationem ea demum confirmans conditione. Et quia juxta Romanum æque ac hodiernum, legitimæ quantitatem æstimari voluit ex totius patrimonii quantitate illa, quæ mortis tempore apparebat, juxta ante dicta; frustra quis fuerit, si in questione præsentæ quandam prætendat juris Romani mutationem; cum id unum mutatum sit, renunciationem quæ jure Romano invalida erat, effectum sortiri posse: neutiquam vero de legitima quicquam ex eo jure inveniat innovatum; quin potius nominatim reservatum legitimæ liberis tributæ jus, dum salva demum legitima renunciatio supponitur per statutum roboratur.

53. Quisquis autem legitimam persequitur, quin & fructus a litis contestatæ tempore simul consecuturus sit, ne litigatori temerario sua mora ac frustratoriz litis protelationes prosint, nequaquam dubium. Fructus vero a mortis tempore usque ad litis contestatæ tempus perceptos quod attinet, ex juris quidem Romani principis idem de legitimæ, quod de hereditatis universæ fructibus in hereditatis petitione receptum est, statuendum existimo; cum ex ante dictis plus quam manifestum sit, legitimam portionem ab intestato debitz partem esse, imo velut partem hereditatis quantum ad commoda non perperam haberi: adeoque, si ad legitimæ præstationem conveniatur hæres, qui bona fide possedit debitam alteri legitimam, æquum, ut de extantibus teneatur, & de consumtis bona fide eatenus, quatenus inde locupletior est redditus; sin malæ fidei possessor sit, de universis sive extantibus sive consumtis reddendis dicatur obstrictus, *l. sed & si 25. §. consuluit 11. ff. de petit. hered. §. & si in rem 2. Instit. de offic. judicis*. Eo quod fructus considerandi veniunt velut hereditatis partes, & ipso jure hereditas ex fructibus incrementum accipit, *l. non est 9. C. famil. ercisc.* (vide latius *tit. de petit. hered.*) Licet nunc pluribus placeat, legitimæ fructus a mortis tempore omni modo deberi, etiam si hæres neque de legitima solvenda interpellatus fuerit, neque se legitimæ præstanda novit debitorem esse: Peregrinus de fideicommissis art. 36. num. 69. Boerius de test. 3. num. ult. Gratianus de recept. forens.

cap. 638. D. Someren de jure novor. cap. 11. sect. 3. num. 1. in fine.

54. De augmento hereditatis, quod demum post mortem contingit, dubitatum, an & illud legitimam augeat ac quantitatem ejus ampliorem efficiat? Prodesse illud augmentum ad augendam legitimæ quantitatem recte dixeris, quoties augmenti causa jam vivo patre extitit, sive legitimæ computatio tempore talis augmenti adveniens jam facta fuerit, sive non; nisi tempore eo, quo legitima computabatur, is, cui ea debita, ulteriori persecutioni renunciasset, & velut mediante transactione se præsentis assignatione contentum fore professus esset. Hujus generis incrementa varia sunt, veluti si debitor hereditarius mortis quidem tempore solvendo non fuerit, sed postea ad meliorem reversus fortunam inceperit idoneus esse: vel debiti vivo testatore contracti conditio extiterit post mortem ejus, *l. cum quo 56. §. aliquis 1. ff. ad legem Falcid.* aut jure postliminii revertantur post mortem res vivo testatore per hostes capta, *l. servi 43. ff. eod. tit. ad leg. Falcid.* aut delata defuncto hereditas legatumve, ac necdum adita vel agnita, per heredem agnoscantur; aut victoria obtineatur ex lite, quæ jam fuerat per defunctum capta; aut conditio deficiat fideicommissi, quo pater circa res quasdam fuerat sub conditione gravatus. Cum enim hæc proficiant ad quartæ falcidiz augmentum *d. II.* longe magis ad legitimæ incrementum proficere dicendum est; eo quod longe major legitimæ, tacita quadam lege naturæ debitz, ac archissimo cognationis vinculo junctis præstandæ, quam Falcidiz ex sola ratione & lege civili per quoscunque hæredes deducendæ, favor credi debet, *Zoesius ad Pand. b. r. num. 93. 99.* Frustraque inter legitimam ac falcidiam differentiz rationem hic ponit dissentiens post alios Peregrinus de fideicommissis art. 36. num. 20. & seqq. cum vere nulla subsit. Nam & legitima & falcidia est portio per legem data, casu quo testator non dederit; & ideo invito quoque testatore detrahenda. Ut proinde non veniat consideranda in legatis voluntas testatoris, quasi legatariis, ex voluntate testatoris integra legata percipere debentibus, magis favendum esset, minusque falcidiz nomine detrahendum, & ob id facilius esset admittendum patrimonii augmentum, quo minor fiet legatorum diminutio. Sane enim voluntatis contra legum dictamen interpositæ, qualis est legatorum ultra dodrantem donatio, nulla omnino ratio habenda est, sed magis omnia sic censenda, quasi nulla talis fuisset a defuncto voluntas declarata. Nec minus falcidiz, quam legitimæ portio certam certi temporis, mortis scilicet, taxationem habet; & licet in taxatis ac limitatis superveniens ex nova causa augmentum non prosit; accedens tamen ex causa, tempus taxationis antecedente, quo minus augeat, rationem nullam esse jam supra probatum est. Neque subvertit sententiam nostram, quod patroni legitimæ dicatur non augeri augmentis, causam ante mortem liberti habentibus, *l. si patron. 44. §. pub. ff. de bon. libers.* Non enim recte a legitima patrono data ad eam, quæ sanguinis jure proxima est debita ratione quadam naturali, augmentum transfertur; cum & in aliis pluribus illa patronorum legitima distet ab ea, quæ liberorum est, nec illadem juris regulis consistat.

Si quæ enim a patre dolo dissipata sint ac prodigata, non consideranda erunt ac si in bonis essent, si de liberorum legitima questio sit; contra vero in debita patrono portione servatum, *l. niamii* 3. *§. ult. ff. de bonis liberis*. neque sic ex jure novo relinquenda patrono legitima institutionis titulo, uti quidem in liberis fieri debere a Justiniano cautum est *novell. 115. cap. 3.* denique Faviana & Calvisianæ actiones accommodatae patrono circa legitimam læso; quæ tamen liberis non ita datæ. Unde manifestum est, in quibusdam melioris, in quibusdam deterioris conditionis esse legitimam portionem patroni, quam liberorum; atque ita a diversis haud recte argumenta duci. Alia augmenta quod attinet, quorum causa post mortem demum testatoris extitit; ea ad augendam legitimæ portionem non prodesse, verius est. Si tamen post patris obitum creverint rerum hæreditarium prætia, fundi hæreditarii alluvione aucti fuerint, aut simile quid in ipsis rebus hæreditariis contigerit, videndum, an hæc incrementa intercesserint, postquam jam ex voluntate partium aut judicis officio inita fuerit legitimæ ratio, & computatio, an vero ante. Si enim post definitam demum legitimæ quantitatem, sive in pecunia, sive in corporibus quibusdam hæreditariis æstimationis præstandam, hujus generis incrementa supervenisse appareat, nullo modo legitimæ quantitati semel definitæ augmentum allatura sunt; eo quod per rerum certarum aut pecuniæ assignationem videtur quædam inita esse venditionis species, eo modo, quo & alias in adjudicationibus inter cohæredes sociosve fieri solitis, in quantum is, cui debita erat legitima, cuique ex eo capite ipso jure competebar in rebus singulis hæreditariis sua portio (uti mox dicitur) has ceteris hæredibus ad legitimam solvendam obligatis vendidisse censetur, & pretium earum accepisse, quando pecuniam pro legitima sibi assignari passus est; vel vicissim res quasdam hæreditarias ab hæredibus emisse, quando certis rebus hæreditariis sibi pro legitima datis dimissus est, eo modo, quo id etiam in omnibus inter cohæredes sociosve aut confines adjudicationibus factis locum habet: principiis vero juris conveniens est, omnem rerum venditarum alluvionem, pretii augmentum, ac commoda alia emtori cedere, pretio semel recte constituto propter hæc nullatenus augendo, ut dicitur *sic. de peric. & commod. rei vend.* Sed si acciderint hæc rerum augmenta ante initum legitimæ calculum & assignationem, etiam ad legitimæ quantitatem augendam profutura, non dubitem. Debetur namque legitima liberis ipso jure non in pecunia numerata aut certis quibusdam rebus, sed ipsis corporibus hæreditariis singulis pro rata, *arg. l. pen. C. b. t. novell. 18. prefat. in fine, & cap. 1. in verbis triumcium, sexuncium, quadrumcium*, sic ut, pro quota parte percipere debent bonorum quantitatem legitimæ titulo, pro ea etiam rerum hæreditarium domini censeantur, *arg. l. linam* 26. *ff. ad leg. Falcid.* Cui consequens est, ut & ex alluvione, & ex rerum pretiis auctis, tanquam pro parte domini, suam partem ferant, Peregrinus *de fideicommissis art. 36. num. 26. 27. 29.* Licet enim verum sit, non præcise rerum singularum partem legitimæ titulo assignandam esse, sed magis aut mutua conventionione aut judicis arbitrio in certis rebus

vel quantitate pecuniaria legitimam constitui, aut testamento paterno dari, sic ut nec legitimam debens suo arbitratu solvere eam, nec petitionem ejus habens eandem suo arbitrio deducere possit, Grassus *§. legitima quart. 17.* Peregrinus *de fideicommissis art. 36. num. 28.* Responsa *Jctor. Holl. part. 4. consil. 210. vers. tenuerunt.* Menochius *de arbitr. jud. lib. 2. cent. 2. casu 163.* Berlichius *decis. 270. num. 11. & seqq.* id tamen non impedit, quo minus ipso jure singulis ex rebus hæreditariis portio legitima debita sit; eo modo quo & hæredes plures ipso jure rerum singularum hæreditarium pro rata domini sunt, & tamen adjudicatione rerum, non satis apte dividendarum, tandem a communione solent abire.

55. Quæ de augmentis servanda diximus, eadem & in decrementis eodem modo obtinere suadet vulgata regula, secundum quam pericula & incommoda rei cuiusque eum sequi debent, quem commoda sequuntur, *l. secundum 10. ff. de regul. juris §. quum autem 3. Insti. de em. vendit. §. illud 3. Insti. de societate*, atque adeo per defunctum, sive ex contractu, sive ex legato, sive ex fideicommissio debita sub conditione, eadem post mortem demum debitoris existente, minore efficiunt legitimæ quantitatem, quia causa diminutionis vivo testatore extitit, *arg. l. in quantitate 73. §. 1. 2. 3. ff. ad leg. falcid.* Contra vero post mortem & initum legitimæ calculum ac quantitatis definitionem contingens diminutio æstimationis rerum hæreditarium, aut edacitate, chasmate, mortalitate, aliove casu superveniens earum decrementum aut interitus, non minuet legitimam semel æstimatione & adjudicatione rerum vel pecuniæ, aut transactione, constitutam: quæ tamen diminutio aut interitus si accidisset antefactam legitimæ computationem & adjudicationem, etiam legitimæ imminutionem post se traheret, si modo culpa desit ejus, qui ad legitimæ præstationem obstrictus est: ea enim apparente, dum forte neglexit pretio majore distrahere res promercales, aut agrum hæreditarium munire adversus edacitatem fluminis, aut ad averteandam ruinam ades fulcire, solum negligentem, non vero legitimæ persequendæ jus habentem, hæc patrimonii diminutio esset gravatura, Peregrinus *de fideicommissis d. art. 36. n. 33.* Neque quicquam hic in contrarium movet, quod hujusmodi decrementa patrimonii nullam in falcidie detractiōe & computatione ineunda mutationem faciant, *d. l. in quantitate 73. ff. ad leg. Falcid. §. pen. Inst. eod. tit. cum alia hac in parte falcidie, quam legitimæ ratio sit.* Quod enim in falcidia superveniens illa diminutio non consideretur, id inde est, quia in omnem eventum ea diminutio hæredi nequit damnosa esse, ut inquit *Jtus*, dum ei liberum est non adire hæreditatem: quo fiet, ut necesse sit legatariis ne destituto testamento nihil consequantur, cum hærede in portionem legatorum pacisci, *d. l. 73. in fine pr. d. §. pen. Insti. ad legem Falcid.* Cum ex adverso nunquam is, cui legitima debita, metu testamenti destituendi moveretur ad portionem in partem cum hærede instituto ineundam; quippe non aliud votis magis exoptare valens, quam ut, hærede hæreditatem sibi testamento delatam repudiante, ipse jure successionis ab intestato munitus, destituto testamento, ex asse

aut saltem portione integra ab intestato debita hæres fiat.

56. Licet autem in legitimæ calculo ineundo dixerimus, spectandam esse patrimonii quantitatem, quæ mortis tempore invenitur; varia tamen sunt, quæ prius inde deducenda veniunt, eo habenda loco, quasi nunquam fuissent in defuncti substantia. Ne quid enim dicam de funeris impensis & ære alieno prius inde exsolvendo, *l. apinianus §. §. quarta g. ff. b. s.* deducenda insuper, quæcunque defunctus tanquam fiduciarius possedit, & ex fideicommissio restitui rogatus est; quippe quæ etiam merito æris alieni jure censenda sunt, neque ad gravati hæredes transeunt, neque existente fideicommissi casu in bonis fiduciarii amplius computari possunt, sed magis a fiduciarii morte bonis fideicommissarii annumeranda: quippe quæ fideicommissarius non actione tantum personali ex testamento persequitur, sed & rei vindicatione petere potest; ut proinde non jure ex his, quæ testatoris in patrimonio non sunt, nec ad hæredes ab intestato transmittuntur, deduceretur legitima, portio illa debita ab intestato portionis, *l. ult. §. 2. 3. C. communia de legatis*. Eoque facit, quod nec in falcidiz quantitate definienda restituenda ex fideicommissi causa res considerantur, ut defuncti propriæ, sed potius tanquam extra patrimonii massam positæ, & æris alieni loco, *l. irricum §. C. ad leg. Falcid.* Berlichius *part. 3. conclus. 11. num. 19. 20.* Schraderus *de feudis part. 7. cap. 5. num. 52.*

57. Quod spectat res jure primogenituræ natu majori soli cedentes, sive allodiales sive feudales; nec eas ad constituendum bonorum cumulum considerandas esse, nec legitimam inde deberi, communis receptum est. Nam cum nullus præter primogenitum jus succedendi in ea habeat, & legitima jus succedendi ab intestato supponat, tanquam portio portionis ab intestato debita, absurdum videri posset, ex bonis illis augeri legitimæ quantitatem, a quorum successione in totum remotus est is, de cuius legitima quæstio est. Et ut de feudis paulo plenior fiat discussio, haud distinguendum existimo, utrum novum fuerit feudum, an antiquum; & si novum, utrum emtum, an sine pretii interventu ex liberalitate quæsitum defuncto. Quamvis enim pretio soluto diminutum videri possit defuncti patrimonium; quia tamen mortis tempore spectanda est patrimonii quantitas, neque tunc pretium illud in bonis est, neque res feudalitatis in pretii locum ita succedit, ut pretii ipsius naturam indueret ac qualitatem, sed suo jure proprio, per dominum directum prima constitutione circumscripto, consistit, neque pater impeditur suam substantiam, dum vivit, diminui, eaque ratione efficere, ut minor mortis tempore legitimæ sit quantitas, præsertim si bona fide, sine fraudandorum liberorum proposito, id egerit; consequens est, ut neque pretii, quod tempore mortis nusquam apparet: neque feudi ipsius emti (a cuius successione remoti sunt, primogenito excepto, reliqui) ratio in calculo bonorum & legitimæ ineundo habeatur, Schraderus *de feudis part. 7. cap. 5. num. 46. & seqq.* Fachineus *controvers. lib. 4. cap. 23.* Petrus Bort *de feudis Holl. part. 5. tit. 3. cap. 2. regula 4. pag. mibi 123.* Petrus Heygins *part. 1. quæst. 25.* Joachimus a Beust *ad l. ad-*

*monendi §. 1. ff. de jurejurando n. 874.* quæst. *an in feudo novo a patre emio, si iustus debeatur legitima.* Neque movet, quod defunctus emens feudum, jure primogenituræ deinceps deferendum, videri posset donationem pretii filio primogenito fecisse, quo fundamento dissentit de feudis emptis post Hartmannum Pistorum, Thomingium *decis. 2.* & alios, Berlichius *part. 3. conclus. 11. num. 30.* Grati namque fingitur hoc casu donatio pretii, quod non ad filium, sed venditorem pervenit: gratus assumitur, patrem feudum sibi comparantem voluisse liberalitatem quandam inter vivos in primogenitum exercere, dum incertum prorsus, an unquam ille, qui emtionis tempore primogenitus est, parenti superses sit futurus, & feudi successor. Sed & si hæc maxime darentur universa, tamen nec ideo sequeretur, donata illa collationi post mortem obnoxia esse, aut patrimonii quantitati ad legitimam definiendam annumeranda, ut patebit ex mox dicendis.

58. Si tamen statuto vel consuetudine inducitur fuerit, feudi novi emti primogenito cessuri pretium per eundem primogenitum fratribus ceteris conferendum esse (de quo nos plenius ad *tit. de collationibus*) dubitatio nulla superesse potest, quin pretium illud ad augendam legitimæ quantitatem sit profuturum. Constat namque ea, quæ conferenda sunt, sic patrimonio defuncti copulari, ac si ipso mortis tempore fuissent naturaliter in ejus dominio, & in res collatas æquale successioneis jûs liberis omnibus esse quæsitum; quibus consentaneum est, ut legitimæ jure partem quandam ex eo ferant pretio collato, ex quo virilem tulissent ab intestato portionem, Petrus Bort *de feudis Holland. d. part. 5. tit. 3. cap. 2. regula 4. num. 27.* præsertim, cum & quævis alia collationi obnoxia, & ita inter cohæredes dividenda, etiam ad legitimæ augmentum proficiant, Papon *lib. 20. tit. 7. arrest. 10.* Sive is, qui conferre debet hæreditatem adeat & ita conferat, sive non adeat, & ita nec conferat, sive denique ipsi remissa nomenclativum fuerit paterno testamento conferendi obligatio. Nam etsi repudiet, dote aliisque perceptis contentus, aut etiam a collatione liber sit ex remissione paterna, & ita non videantur illa patrimonio paterno adnumeranda esse, tanquam quæ naturaliter a patrimonio patris recesserant, & cessante collationis necessitate nunquam cum eo iterum sunt consolidanda, arg. *l. ult. ff. de dotis collatione*, tamen, cum supra dictum fuerit, eos, qui dote vel legitima inter vivos accepta de cetero renunciarunt hæreditati paternæ, sic considerari ac si successissent, ac partem facere in minuenda reliquorum legitima; fas est, ut & per eos percepta matrimonio paterno in computanda legitima sic adnumerentur, quasi re ipsa collationem fecissent & successissent, Papon *d. lib. 20. tit. 7. arrest. 7.* Ne dicam, malitiis & collationibus ad fraudandam legitimæ quantitatem viam apertum iri, si ob collationis remissionem, aut hæreditatis repudiationem cessante naturaliter collatione, minus credetur in patrimonio esse, & ita minus legitimæ nomine deduceretur filii repudiationibus & collationum remissionibus facile fabricandis.

59. Quin imo, si feuda antiqua, quorum nomine collationem non esse faciendam manifestum est, desiderint ejus esse conditionis, ut primogenito cedant,

Adm pater liberam testandi de feudo antiquo facultatem a directo feudi domino impetravit, & ita vel testamento illud inter liberos divisit, vel uni ex liberis sive maximo natu sive natu minoribus, aut filiabus aut etiam prorsus extraneo reliquit, non dubitandum putem, quin feudi saltem æstimatio paterno patrimonio cumulanda sit, ut legitimæ quantitas inde præstetur. Cum enim per obtentam testandi licentiam & subsecutam dispositionem evanuerit omne jus primogenituræ, quod unum impedimento erat, quo minus feudum in bonis paternis ad legitimam definiendam computaretur, & non ex beneficio aut voluntate domini directi, vel providentia juris feudalitatis, aut pactione primi acquirentis, sed mera patris testantis liberalitate tanquam res ejus propria deferatur, atque ita hæcenus feudum redactum sit ad instar allodialium; ratio nulla videtur, cur non etiam ad exemplum ceterorum allodialium paternam auget substantiam in legitimæ quantitate definienda. Quod etiam haud leviter ex eo firmatur, quod placuit interpretibus, ex feudis hæreditariis seu eorum æstimatione legitimam deberi non alia de causa, quam quia ista se habent, ut cetera hæreditaria ultimi possessoris bona, & hæreditibus quibuscumque cedere possunt: uti post Bartolum & alios defendit Fachineus *controvers. lib. 4. cap. 23. vers. secunda conclusio* Jul. Clarus *§. feudum quas. 46. Et licet Berlichius cum aliis existimet, in casu, quo pater ex consensu domini directi feudum donaverat secundo genito, solum primogenitum, tanquam solum in eo feudo jus ab intestato succedendi habentem, legitimam, id est, trientem ex æstimatione feudi secundo genito donati percepturum esse; non item ceteros filios natu minores, quasi jure successionis intestatæ destitutos, præfaticab. conc. ur. part. 3. conclus. 11. n. 28. & 29. & hæc ipso quoque de feudis Hollandicis tradantur a Pet. Bort de feudis Holland. part. 5. tit. 3. cap. 2. regula 4. n. 15. & seqq. pag. mibi 125. & seqq. ista tamen sententia tum demum admittenda videtur, cum non libera testandi facultas per dominum directum concessa est, sed nominati in donationem feudi certa personæ, puta secundo geniti, intuitu consensu accommodatus est; quippe quo casu feudum non ita pleno allodialium jure censi potest, nec dispositionis paternæ liberalitate ac beneficio in liberos omnes conferri: nam si (uti nunc in Hollandia & aliis locis) libera testandi facultas datur, per quam vel liberis vel extraneis relinqui potest, feudalitatem hæcenus induere allodialium naturam ac conditionem, & per dispositionem testamentariam in rem & substantiam testatoris redigi, testatur Petrus Bort de feudis Holland. part. 5. tit. 2. cap. 1. n. 23. pag. mibi 79. & tit. 3. cap. 2. regula 4. n. 2. pag. 124. firmumque circa feuda Hollandica, & alia simili jure regenda, argumentum est, quod testamento paterno legata liberis feuda, ei, cui legata sunt, licet ipsi natu maximo, imputanda sunt in legitimam, perinde ac si res alia quæcunque allodialis legata esset, uti ipse Bort. d. part. 5. tit. 3. cap. 2. regula 4. num. 2. d. pag. 124. Si enim imputentur tunc feuda in legitimam ei, cui legata sunt, aliter fieri non potest, quin quanto minus legitimæ nomine ex patrimonio paterno deducit filius ob feudum ipsi legatum in legitimam imputatum, tanto*

major supersit patrimonii quantitas ceteris liberis ex testamento vel etiam ab intestato cessura (posito quod pater voluerit unius filii intuitu testatus, reliquorum respectu intestatus mori, uti potest) cui consequens est, ut & debita ex tali portione legitima debeat pro rata augmentum habere.

60. Ceterum, quod neque Hollandica neque Geldrica, plurimumque locorum aliorum feuda in patrimonio defuncti & intestati computentur, id inde est, quia, licet in multis nostralia feuda, etiam hæreditaria nobis dicta, cum feudis hæreditariis vulgo per interpretes feudales appellatis, magnam habeant affinitatem, non tamen in omnibus, sed plures supersint differentie, ut nos latius dicemus in materia feudali, & observat Petrus Bort de feudis Holland. part. 5. tit. 3. cap. 10. quest. 6. num. 55. pag. 202. & 203. & d. part. 5. tit. 3. cap. 2. regula 4. num. 6. 7. pag. 124. Ultra finis tamen magis placuit, non attentis hisce differentiis, quantum ad hanc questionem attinet, sua feuda & emphyteuses, etiam jure primogenituræ ad exemplum feudorum devolventes, censere ex jure de feudis mere hæreditariis vulgo recepto; adeoque & emphyteuticaria & feudalitatis prædia, licet primogenito jure intestati cedentia, imo omnia jure primogenituræ natu majori obvenientia, æstimari volunt, & æstimationem patrimonii paterni adiacenti cumulo, atque ita demum legitimæ calculum subducunt. Petrus Bort de feudis Hollandia part. 5. tit. 3. cap. 2. regula 4. num. 29. pag. 124. Wassenaar præfaticab. judic. cap. 11. num. 114. Responsa Jctor. Holland. part. 3. vol. 2. consil. 134. num. 1. adde de mobilibus Carpiovium defin. for. part. 3. consil. 11. Berlichium part. 3. conclusiones 17. An vero illud, quod de bonis emphyteuticariis in solo Ultrajectino obtinere diximus, ut connumerentur, antequam fiat legitimæ determinatio, etiam locum habeat, cum non de liberorum, sed parantum legitimæ questio est, merito dubites, propter ea, que judicata narrantur apud Rodenburch de jure conjugum in tract. præliminari de statut. diversitate tit. 3. cap. 2. parte priore num. 5. in fine pag. mibi 135.

61. Expositum hæcenus, quænam patrimonio annumeranda sint, ut inde legitimæ portionis quantitas definiatur. Proximum est, ut excutiat, quænam in ipsam legitimam veniant imputanda. Quæ de re regulam non improbabiliter tradi posse puto, ea omnia in legitimam imputanda esse, quæ collationis necessitati sunt obnoxia, arg. l. illud sine 20. pr. C. de collationib. l. quoniam novella 29. C. b. s. Deckherus lib. 2. dissert. 6. num. 11. Fontanella de patris dotal. claus. 4. gloss. 1. num. 49. Berlichius decis. 246. Quod & naturalis ratio dicat: si enim legitima ex patrimonio paterno debita sit, & collatio faciat, ita collata patrimonio adijungi paterno, ac si nunquam ab eo recessissent, & unicam cum eo junctam constituent massam, deinceps inter liberos æqualiter, aut secundum patrum elogium dividendam; non potest fieri quin conferenda etiam in legitimam veniant imputanda; quasi compensatione facta melius fuerit, non conferre, quam collatum repetere, arg. l. ideo 3. ff. de compensat. præsertim cum & collatio non tantum fiat re ipsa inferendo accepta, sed & tanto minus ex hæreditate deducendo. Et hæc usque adeo vera, ut & nepo-

tes, premortuo parente succedentes avo, pati debeant, in legitimam sibi imputari ea, quæ parens intermedium, si sup̄stes fuisset, debuisset conferre; sive hæredes fuerint parenti intermedio, sive non; sive cum patris suis concurrant, sive soli avo succedant, arg. l. illam 19. C. de collationibus. cum omni casu nepotes, uti avo per patrem conjunguntur, ita ex capite patris ac jure representationis ad avitum veniant hereditatem; nec casus immortalitatis parentis intermedium nocere debeat reliquis liberis simul avo succedentibus; quibus tamen noceret, si nepotum legitimæ non imputaretur, quod parentum intermedium legitime videretur imputandum, si vixissent. Quibus addæ, æquum non esse, ut melioris essent conditionis illi, qui in aliorum premortuorum locum subintrant; quam fuissent hi, quorum locum obtinent ac personam representant. Joh. Papon lib. 20. tit. 1. arrest. 22. Ant. Faber Cod. lib. 2. tit. 3. defin. 16. 17. 18. Christianus vol. 4. decis. 2. n. 7. Deccherus lib. 2. dissert. 6. n. 11. & seqq. Abr. a Wesel de connub. honor. societ. tract. 2. cap. 6. n. 145. & seqq. Resp. Jurisc. Holl. part. 5. consil. 257. pag. 774. 775. vide distinguentes, sed minus recte, Blichium decis. 246. Grassum §. legitima quærit. 23. num. 6. & seqq. Ant. thesaurum decis. 217. His conveniens est, & doct. & propter nuptias donationes concessas ab eo, ex cujus bonis legitima debita, imputari oportere, arg. auct. ex assensu, & l. 4. 5. 7. 12. 17. C. de collationibus d. l. quoniam novella 29. C. b. t. Andr. Gayl. lib. 2. observ. 91. n. 5. Ant. Faber C. lib. 3. tit. 19. defin. 31. Peregrinus de fideicommissis art. 36. n. 131. 132. Ant. thesaurum decis. 217. n. 1. Grocius manu duct. ad jurispr. Holl. lib. 2. cap. 15. n. 18. idemque de milita emta hlio dicendum est, l. omni modo 30. §. ult. C. b. t. & de ceteri rebus quam plurimis, de quarum collatione proluxa disputatio est, idem judicium esse debet, quæties collationis necessitatem in iis locum invenire rationes juris legesque dicant, de quibus videndum i. de collationibus.

62. Non tamen imputanda in legitimam, quæ parens binubus ultra filialem portionem reliquerat secunda conjugi, quæque ob id, velut contra legem data, eidem adempta cesserunt thori prioris liberis, juxta l. hæc edita i. 6. C. de secund. nup. & novell. 22. cap. optimo vero 27. eo quod d. l. 6. & salvam liberis vult esse legitimam, & concedit beneficium detrahendi id, quod supra partem filialem conjugi secunda relictum fuit. Primo ergo legitimam singulis prioris matrimonii liberis salvam esse necesse est; tum deinde supra legitimam id cedit iis, quod in penam secundarum nuptiarum noverca vel virico secundum legem erat adimenda, Cravetta consil. 194. Pachimus controvers. lib. 3. cap. 70. D. Joh. a Comerens de jure novercar. cap. 11. sect. 2. num. 5. Similiter in legitimam non imputanda feudæ & alia jure primogenituræ natu maximo cedentia, idque isdem ex fundamentis, ex quibus ea non auge e paternum patrimonium ad constituendam legitimam quantitatem, supra monuimus: excepto solo ultrajectino, ubi placuit, illa quoque legitimæ imputanda esse: excepto quoque in Hollandia alibique casu, quo feudi novi enim pretium fratribus cetris est conferendum, eo quod tunc verum est, effectus inspecto natu maximum feudæ & alia jure præci-

pui non possidere: excepto denique casu, quo feudum antiquum natu maximo vel secundo aut tertio genito hlio acquisitum est non ex jure successionis feudalis int. state, sed ex dispositione patris testamentaria ex consensu domini superioris facta; eo quod tunc successione intuitu allodialium aut feudorum hereditarium naturam ac conditionem videntur induisse. Adde superius dicta, & Julium Clarum §. feudum quart. 46. Petrum Bort de feudis Holland. part. 5. tit. 3. cap. 2. regula 4. num. 1. 2. pag. 124. Neoradium de feudis Holland. cap. 6. n. 11. Paulum Voet ad §. ult. Instit. b. t. num. ult. in med. An autem legata aut prælegata relicta ei, qui legitimæ petende jus habet, in legitimam imputanda sint, in sequentibus, ubi de actione ad supplementum tractatur, manifestum fiet.

63. Modum relinquendi legitimam quod attinet, observandum ante omnia, liberam eam esse oportere ab omni onere, sic ut neque ex conditione aliqua suspendi neque gravari fideicommissio possit, neque usufructu legitimæ defraudari illi, quibus ea debita, nulla denique dilatio, nullus modus addi, quo gravamen videretur legitimæ impositum, aut diminutio ejus facta. Quod si vel conditionibus vel dilationibus aut aliqua dispositione, moram aut modum aut aliud gravamen introducere, imminutum esse videatur legitimæ plenum jus, gravamen omne pro non scripto & irritum habendum est, & ita tollendum, quasi nihil eorum testamento additum esset, idque quantum ad ipsam portionem legitimam, non quantum ad alia, quæ supra legitimam inventiantur data, l. omnimodo 30. pr. l. quoniam 32. C. b. t. auct. novissima, C. b. t. novell. 18. cap. prohibemus 3. Gomezius variar. resol. tom. 1. cas. 11. num. 27. 28. Responsa Jæcor. Holl. part. 1. consil. 55. & 265. in fine, Andr. Gayl. lib. 2. observ. 119. Christianus ad i. Machinaria et i. 16. art. 26. num. 11. Grocius manu duct. ad jurispr. Holl. lib. 2. cap. 15. num. 15. 16. 17. Nisi tamen bona mente et onas aliquod legitimæ impositum appareat: quibus enim in casibus ratam esse exheredationem bona mente factam, supra traditum; iidem quin & gravamen imponi legitimæ possit, non dubitandum; Orsenewegen ad l. f. i. i. 25. C. b. t. Neque hi, quæ de legitima fideicommissio non oneranda divi, repugnat l. si pater pueri 12. C. b. t. quæ reciproco fideicommissio legitimam gravari posse innuit. Licet enim non desint, qui in universum in fideicommissio tali reciproco exceptionem admittunt, utet alii casum singulare d. l. 12. comprehendere ardentur, quia non perpetuum, sed temporale tantum fideicommissum, quæ ad vicesimum quintum ætatis annum sese extendens, a parente est impositum, Deccherus lib. 1. dissert. 14. num. 22. rectius tamen sentire videntur, qui d. l. 12. per Justinianum abrogatam putant, sic ut ne in terminis quidem d. legis duodecimæ gravamen jure novo subsistat, improbo in universum onere quocunque, d. l. 30. 32. C. b. t. Nec est, quod quis hic juris veteris emendationem admittere reformidet; cum d. lex duodecima alia sui parte mutationem passa sit per d. l. 31. supponit enim, gravamine legitimæ imposito querelam inofficiosi dandam esse, quæ uti in ipsa fidei specie legi duodecimæ calumniosa Imperatori videbatur, ita in aliis casibus censeri debebat, jure movenda: cum tamen propter

impositum legitimæ onus quodcumque jure posteriori supervacua fuerit inofficiosi accusatio; dum pro non scripti fuerunt habita, quæcumque legitima gravamen redolebant, *d. l. 32. C. b. t.*

64. Quod si liberos in proprietate nuda ex asse institutos conciniamus, uxori vero omnium bonorum usumfructum relictum esse; liberi quidem omnium bonorum proprietatem sibi habebunt, secundum defuncti parentis judicium, sed tamen inuper legitimæ usumfructum jure sibi vindicabunt, quippe sibi testamento contra leges ademptum: & vice versa, si omnium bonorum ususfructus liberis datus sit, proprietatem in universum aliis, salvam nihilominus habituri sunt legitimæ ipsius proprietatem, D. Somenen *de jure novæscarum cap. 11. sess. 3. n. 1. circa fin.* Responsa Jctor. H. d. l. par. 3. vol. 2. consil. 134. n. 1. & par. 1. consil. 57. g. 3. Sande decr. Frisic. lib. 4. tit. 7. defn. 1. 2. Leeuwen cons. forens. par. 1. lib. 3. cap. 4. n. 1. 17. in fine, Gomezius variar. resol. 1. 1. cap. 11. num. 26. Andr. Gayl. lib. 5. observ. 144. num. 1. Carpovius defn. forens. par. 3. consil. 12. defn. 7. Nisi testamento nominatim electio concessa fuerit, intra certum temporis spatium declaranda, utrum sola omnium rerum proprietate vel etiam solo omnium bonorum ususfructu contenti esse velint, an plenam legitimam proprietatis ac ususfructus jure ex hereditate defuncti sibi arrogare: quo facto, sive nudam proprietatem elipendam potaverint, sive ususfructum aut quid simile sibi propositum, sive iis repudiatis ad legitimam venire mauerint, electione sua persecutionis ulterioris jure destituti sunt: cum non possit inofficiosum dici testamentum, ex quo quis habuit legitimæ consequendæ potestatem; neque videri possit in fraudem legitimæ conceptum testatoris præceptum, qui eo etiam spreto, voluit salvam nihilominus esse legitimam. Sive enim legitimam filius elegerit, habet quod leges præstari jusserunt, sive totam elegerit hereditatem cum pleno fideicommissi onere, vel nudam proprietatem, vel nudum ususfructum, per ipsum stetit, quominus ex testamento haberet, quod ei leges dari jubent. Ut proinde non de testatoris iniquitate aut pietate neglecta, sed magis de se queri sibi imputare debeat, arg. *l. plane si filium g. 4. §. si cui Si reb. 2. ff. de leg. 1. 1. Surdus decr. 21. num. 20. Peregrinus de fideicommiss. art. 31. num. 61. in med. Menochius lib. 4. præsumpt. 161. num. 23. Parens p. m. Paulus Voet ad §. ult. Instit. b. t. num. ult. fr. in fine. Dissent. Sande decr. Frisic. lib. 4. tit. 7. def. 2. in fine. Nec contrarium inferri potest ex *l. Sejor & Agorius 27. ff. ad leg. Falcid.* quasi nulla esset omnis testatoris voluntas fraudandæ portionis legitimæ gratia interposita; cum, ut jam observatum, in electione, quam testator in casu nostro testamento dedit, nulla fraudatio legitimæ, sed potius expressa eius concessio contineatur.*

65. Simili modo apud nos infruens non est, ut parentes sibi invicem omnium bonorum ususfructum legent, cum onere alendi liberos, donec ad legitimam ætatem pervenerint: quo casu interim quidem nullus legitimæ ususfructus peti potest, quippe cum alimentis ad legitimam usque ætatem præstandis compensandis; sed adimpleta ætate legitima, recte petitur a liberis debita legitimæ portio, ab omni ususfructus onere libera, arg. *d. nov. 18. cap. 3. An-*

*dr. Gayl. lib. 2. observ. 144. num. 1. Sim. van Leeuwen cons. for. part. 1. lib. 3. cap. 4. n. 30. in m. d. Respons. Jctor. Holl. part. 2. consil. 227. Adde consil. 225. post med. pag. 447. & part. 4. consil. 276.*

66. Secundo legitimam institutoris titulo relinqui debere Justiniano placuit; nec sufficere, quod per donationem, vel legatum, vel fideicommissum, vel alium quæcumque modum portio data fuerit legitimæ debita, *nov. l. 113. cap. 3. in pr. tum*, quia honoratior est institutionis, quam legati titulus, *l. si filium 5. §. sed & si. 6. de legatis præstand. contra tab. bon. potest. p. ita*, tum quia pinguior, dum jure accrescendi ad totam hereditatem pervenire potest titulo institutionis, licet ad rem minimam vocatus; cum contra legati donationisve jure legitimam percipiens nunquam jure accrescendi totius possit hereditatis compos fieri, *l. 1. §. si ex fundo 4. ff. de hered. institut.* Quod an etiamnum hodie apud nos obtineat, varia pragmaticorum sententia est; institutionis titulum requirit Neostadius *Curia Holland. decr. 17. sufficere alium quemcumque, videtur censere Hugo Grotius manduct. ad jurispr. Holl. lib. 2. cap. 18. num. 18. Parens p. mem. Paulus Voet ad §. ult. Instit. b. t. num. ult. in med. ibique plures D. D. citati.* Nec exigui hujus controversiæ usus est: nam si solo institutioni titulo relinqui debeat, eo neglecto, quærelæ locus erit, liberique ab intestato hæredes; sed vi clausulæ codicillaris fideicommissio gravati, legitimam simul & rebellianicam habebunt salvam. Sin titulus legati sufficeret, aliussimili, non nisi ad supplementum legitimæ superesset actio, ei, cui alio quam institutionis jure minus quam legitima datum esset. Ceterum distinctionis ope non inepte hoc componi posse de sidium existimo; ita ut quærelæ quidem locus sit relinquendus, non tantum, cum præteriti in universum aut exheredati sunt liberi, sed & cum simpliciter legati titulo ipsis res certa aut certa quantitas p. cuniarum relicta est, nec expressum, legitimæ loco hæc data esse, quo de casu concepta Neostadii decisio superius memorata decima septima. Si vero declaratum testamento inveniatur, rem aut quantitatem legati titulo collatam legitimæ loco ac vice dari, aut alia occurrant his æquipollentia, cessatura videtur quærela, & ad supplementum tantum agi poterit, etiam si verba defuerint hæredis institutionem palam præ se ferentia; quasi in liberis legitimæ mentioni adjectum legendi verbum pro institutione habendum sit, ne alioquin verbis magis quam rebus jura videantur scripta esse. Hugo Grotius *d. lib. 2. cap. 18. num. 18. Respons. Jctor. Holland. part. 1. & consil. 151. & cons. 263. & part. 2. cons. 4. & part. 5. cons. 44.*

67. Est autem hæc actio ad supplementum p. sonalis stricti juris, scilicet conditio ex *l. omni modo 30. C. b. t.* quæ non ipsis tantum legitimæ petendæ jure munitis accommodata est, sed & heredibus eorum quibuscunque, etiam si præparata non fuerit per defunctum hæc actio, nec contra moveri, nec defunctus ænovavit legitimam sibi in rebus certis, sed non sufficientibus, testamento assignatam: sive enim legitimam ex sententia quorundam statuimus esse quædam hereditatis, necesse est, ut petitionem ejus ad hæredes quoscunque transmitti dicamus, eodem jure, quo & tota hereditas ex jure deliberandis per eos, qui eam sibi deitam esse non ignorant,



transmitti solet; juxta *l. cum in antiquioribus* 19. C. de jure deliberandi; sive eam ut partem bonorum, & ut res alienum ex legis dispositione debitum consideremus, in heredes transmissio admittenda est, exemplo quartæ D. Pii impuberibus adrogatis tributa, arg. *l. si adrogatur* 22. ff. de adoptionibus, Andr. Gayl. lib. 2. observ. 120. num. 17. & observ. 131. n. 12. & 13. Mantica de conjectur. ult. voluntat. lib. 7. tit. 8. num. 10. Christinus ad leg. Mechliniens. tit. 16. art. 25. num. 12. Neostadius Curia Holland. decis. 3. vers. ende indien bevonden overder, Responsa JCor. Holl. part. 4. capit. 274. quest. 2. Nec est, quod a querela non preparata ab heredibus non transmittenda argumentum ducatur ab hac de supplemento actionem; eo quod inofficiosi accusatio tanquam impugnans defuncti judicium, & testatorem neglectæ pietatis, imo furoris, arguens, odiosa plane est; cum ex adverso actio ad supplementum intentetur per eam, qui supremum comprobavit testatoris elogium, atque ita nequaquam odiosa sit. Et hinc quoque est, quod, licet querelam quinquennio ad adita hereditate computando finire supra dictum sit, actioni tamen ad supplementum, tanquam personali, triginta demum annorum spatium prescribitur ex vulgata personalium actionum natura, arg. *l. sicut in rem* 3. C. de prescript. vel quadrag. annor. vel etiam ex natura petitionis hereditatis, si eam cum aliis actione illa peti debere contendatur, arg. *l. hereditatis* 7. C. de petiti. heredi. Andr. Gayl. lib. 2. observ. 120. n. 16. Mynsingerus cons. 2. observ. 72. Bugnion de legibus abrogatis lib. 1. cap. 248. Neostadius Curia Holland. decis. 3. vers. nec etiam obitare doctrinam, seu n. 10.

68. Illam certe non satis tuto admiseric sententiam, qua hanc supplementi petitionem per inofficiosi querelam neri debere, atque adeo quinquennii spatio extinguatur contenditur: quasi Justinianus novella lege querelam ad hunc quoque supplementi casum extendisset, *l. si quis filium* 34. in fine, *l. si quando* 55. §. & generaliter 2. C. b. 1. Etenim manifestis id redargutum fuit Justiniani verbis in §. sed hac ita 3. Inst. b. 1. ait enim, *sin vero quantacumque pars hereditatis vel res eis fuerit relicta, de inofficioso querela quiescente, id quod eis deest, usque ad quartam legitimæ partis repleatur, licet non fuerit adjectum, boni viri arbitrio debere eam compleri.* Et quæ, quæso, potest hic concipi inofficio i querela, ubi nulla vel intenditur vel impetratur rescissio testamenti aut partis eius? Cum enim jure veteri atque etiam tempore hujus supplementi a Justiniano introducti, & institutio, & legata, & quæcunque testamentum curata, per institutam jure querelam corruerent; ac jure novellarum testamentum quantum ad institutionem hæc edum attinet, fuerit evacuandum, novell. 115. cap. 3. in fine, ex adverso, ubi supplementum petitur neque institutio subvertitur, manentibus heredibus ipsis illis institutis, nec ullum aliud testamentum caput, substitutionis, legati, libertatis, fideicommissi, aut tutelæ mentionem habens. Neque quicquam præsidii est adversæ sententiæ in d. l. 34. in fine & l. 35. §. 2. C. b. 1. eo quod utraque annis aliquot ante Institutiones compositas promulgata, interpretationem suam omnem ex manifestis Institutionum verbis, inofficiosi querelam quiescere jubentibus, accipere debet. Præterquam quod nec ad sup-

plementum actio in d. l. 34. appellata fuit inofficio si querela: nam cum in ea lege questio hæc proponeretur, an querela non preparata ad heredes transmitteretur, d. cisum a Justiniano, eam ad suos transmitti; sed limitatione addita in fine legis, *nisi poterit abduc superstes vel repudiaverit querelam, vel quinquennio iacuerit*, quæ verba non ad actionem de supplemento, incidenter tantum in ea lege tractatam, sed ad decisionis principalis limitationem de transmissione querelæ, spectant. Et quod dicitur in l. 35. §. 2. C. eod. tit. in casu, quo nihil (cui aliquid, sed minus legitima, relictum fuit) post patris obitum professus est se contentum fore relictis, & de eo quid deest, nullum habiturum questionem, tunc omni exclusa querela filium compellendum, paternum amplecti judicium; leve prorsus est: cum querela nomen simpliciter positum latissime pateat, & omnis agens queratur de læsione ac juris sibi competentis denegatione. Ita namque prior quæ sup. r. suis locis de huius querimoniam deferre dicitur, *l. si quis* 3. C. finium regund. Justiniano frequens fuit querelæ usus, dum dixit, *jus in querimoniam deduci*, cum adversarius absens est, ut i terpellari nequeat, *l. ut perfectius* 2. C. de annal. except. & querelam non numerata pecunia manifestari, *l. in contrahibus* 14. §. in omni 4. C. de non numerata pecunia, & de serorum querelis cognosci, §. ult. Inst. de his, qui sui vel alien. juris. Sic ut non alius verborum omni exclusa querela sensus sit, quam si dixisset Imp. omni exclusa actione, eum debere relictis contentum esse, nec ultra quicquam extra paternum posse judicium obtinere.

69. Neque hanc actionem ad supplementum impediri, quod is, qui supplementi petendi jus habet, relictæ acceptaverit, atque ita videatur defuncti comprobasse judicium. Neque enim magis propter agnitionem a se factam, legitimam partem persequi prohibendus est, quam quivis alius extraneus legato vel fideicommissio gravatus prohibetur ex eo, quo adivit, falcidiam deducere aut Prebellianicam; additione scilicet aut agnitione non auferente partes illas, quæ non tam testatoris beneficio, quam juris dispositione cuique cedunt, *l. si quando* 35. §. & generaliter 2. C. b. 1. Et licet falcidiam ac Prebellianicam jure novo prohiberi posse in aperto sit: legitimæ tamen perceptionem nequicquam posse testamento vetari, constat: cui consequens est, ut ne tum quidem ad supplementum actio deneganda sit cum testator nominatim jussit, filium relictis contentum esse; si initio bonorum calculo non totam legitimam relictæ contineant, *l. si quando* §. & generaliter 2. C. b. 1. Pachineus controvers. lib. 12. cap. 8. 7. Neostadius Curia Holland. decis. 3. vers. nec obitare quod, Ant. Faber Cod. lib. 3. tit. 19. defin. 10. Christinus ad Leg. Mechliniens. tit. 16. art. 25. num. 11. Mantica de conject. ult. voluntat. lib. 7. tit. 8. n. 10. in med. Guido Papa decis. 93. Gomarius varior resol. t. 1. tit. 11. n. 25. Responsa JCor. Holland. part. 2. cons. 320.

70. Intentanda ad supplementum actio adversus heredes institutos, non adversus legatarios, quippe qui ab hærede potius conveniendi forent, si ob id, quod hæres legitimam supplere coactus fuit, salva ei non sit quarta falcidia, juxta tit. ff. si cui plus, quam per leg. Falcid. licet legat. esse dicatur. Unde & heredes solos eo onere Justinianus gravavit;

si qui enim liberorum aut parentum certis rebus iussi sint contenti esse, testamentum quidem non solvi; sed quiddam eis minus legitima portione relictum esset, hoc ab heredibus impleri constituit, *novel. 115. cap. hac autem. 5. pr. id quod & manifesta juris ratione demonstratur*. Primo enim, si legitimam ut quasi res alienum consideres, juxta *l. Papinianus 8. §. si quis impubes 15. ff. b. t. nullum prater heredes, neutiquam legatarios, ad res alieni exsolutionem obstringi constat, l. quotiens 25. C. de hered. instituend. l. ult. C. de heredi. ar. action. Sed & deinceps absurdum esset, adversus alios intentari actionem ad supplementum, casu quo aliquid, sed minus, relictum est, quam adversus quos nullo relicto querela movenda esset; eo quod querela loco Justinianus hanc ad supplementum tum actionem introduxit, quæ & olim ante Justiniani tempora non nisi contra heredem institui poterat, quoties scilicet testator jus isset, ut quod deesset legitimæ, viri boni arbitratu suppleretur, *§. sed hac ita 3. Instit. b. t. d. nov. 115. cap. 5. l. omnimodo 30. C. b. t.* Quibus accedit, quod eo tempore, quo primitus introducta fuit a Justiniano actio ad supplementum, legitima adhuc titulo legati relinqui potuit; quo posito, heredem solum ad legitimæ legato datæ solutionem obstrictum fuisse, legatorum definitio satis demonstrat. Et licet institutionis titulo eam jure novissimo relinqui necesse sit, ut honorarie liberi titulo & pinguiore muniti essent; tamen nulla, quantum ad personas actione ad supplementum conveniendas, mutatio invenitur facta, sed magis confirmatum jus antiquum per *d. novel. 115. cap. 5.* Ne dicam, liberos ita titulo institutionis honoratos effectu inspecto etiam jure novo legatariis quantum ad legitimam, tanquam bonorum, non hereditaris partem, similes remansisse; quippe quibus certas res institutionis titulo pro legitima relinqui sufficit ad excludendam inofficiosam querelam, *d. novell. 115. cap. 5. ex re autem certa instituti pro legatariis habentur, d. l. quotiens 13. C. de hered. instituend.* & hanc sententiam fovet Guido Papa *decis. 82. num. ult. Boerius decis. 145. Radelantius Curia Ultraject. decis. 43. n. 12. in fine & n. 13. Papon lib. 20. tit. 7. arret. 4.* Neque hisce adversatur *l. si ex patronis 10. l. liberis sub conditione 20. §. liberis. 2. & §. idem servari 3. ff. de bonis liberis.* unde probari quidam putant, pro rata contra heredes & legatarios actionem ad supplementum intentandam esse. Primo namque non de legitima eorum, quibus jure sanguinis debita est, illic agitur, sed de ea, quæ patrono est ex civili ratione constituta; a qua ad legitimam jure sanguinis debitam non recte argumentum fieri, superius monitum *n. 34.* Sed & deinde contra legatarios patronum agere ad supplementum legitimæ, non inde apparet: sed potius adversus heredes singulos pro ea parte, qua heredes sunt; ut inspicienti *d. l. 19. & d. l. 20. §. 2. patebit, & ex l. in servitutum 16. §. ult. l. si liberis 34. l. Julianus 43. ff. eod. tit.* manifestum est. Et quod dicitur in *d. l. 20. §. idem 3. tantum Titio legatario detrabi, quantum ab herede pro rata parte, id ad quartæ Falcidie detractionem referri debere existimo; ut scilicet heres, pro qua parte supplevit patrono, quod legitimæ defuerat, pro eadem legatario detrahit ex legato; cui ob præstitam patrono legitimam totum**

legatum non poterat salvum esse ob intervenientem Falcidie rationem: simili plane locutione, qualis est in *l. pænales actiones 32. §. si Titio 4. ff. ad leg. Falcid.* Vide var. e sentientes Berlichium *part. 3. conclus. 13. n. 10. & seqq. Andr. Gayl. lib. 2. observat. 120. num. 13. Costalium ad l. 25. ff. b. t.* Plane, si pater quid filix reliquerit nomine legitimæ, filios autem & nepotes ex illa filia instituerit, ac filia queratur minus sibi relictum esse; supplementumque petat, non omnes in tituti, sed soli ex filia nepotes, hoc supplementi onus sustinent; quippe quibus materna portio ex testamento obigit, ut ita inter liberos æqualitas servetur, Dom. Joh. a Sommeren *de repræsentatione cap. 5. num. ult.*

71. Tendit hæc ad supplementum actio ad id, ut suppleatur quod deest legitimæ: adeoque supponit hæc actio, aliquid jam te testamento fuisse assignatum, sed quia minus quam par est relictum erat, alia debere relictis addi, *§. sed hac ita 3. Instit. b. t. l. omnimodo 30. C. b. t.* cui consequens est, ut si quis, nulla re vel quantitate in testamento legitimæ nomine relicta, exheredatus fuerit, aut præteritus, neutiquam ad hanc de supplemento actionem admittendus sit, sed potius ad querelam inofficiosi testamenti, arg. *d. §. 3. Instit. b. t. Zoësius ad Pand. b. t. n. 99. in fine,* etiamsi ei inter vivos titulo dotis aut alio simili tantum datum esset, quantum ad legitimam constituendum sufficere poterat: percepturus scilicet hereditatem totam jure intestati, & ita tanquam ex clausula codicillari gravatus universali fideicommisso duas quartas, legitimam & Trebellanicam, secundum ante exposita deducturus; ac ne in legitimam quidem imputaturus sibi inter vivos data, nisi positis illis terminis, quibus descendens succedens ascendenti, cum aliis descendentibus ad dotem & similia ceteris coheredibus conferenda obstrictus est, secundum collationis naturam, de qua *tit. de collation. vel nisi nominatim dationi inter vivos adjectum fuerit, hæc inter vivos data in legitimam imputanda esse, l. si quando 35. §. & generaliter 2. C. b. t.*

72. Non minus hisce consentaneum est, exheredatum talem, cui nihil legitimæ nomine datum est, si aliquo facto testamentum & exheredationem comprobaverit, neque ad querelam admitti; quippe quæ sese per probationem, secundum ante tradita, spoliavit; neque ad actionem ad supplementum; quippe quæ prærequirit, aliquid fuisse testamento datum. Et licet quandoque jure sit etiam minus dicatur habere, qui revera nihil habet, & minus ei tributum in actione tributaria, qui nihil tributum est, *l. illud quoque 7. §. si casus 2. in med. ff. de tribut. act. l. minus solum 32. l. verbum amplius 83. l. si ita a te 150. ff. de verbor. signifi.* tamen ut ei, cui nihil penitus testamento datum est, actio ad supplementum accommodaretur, quasi minus datum esset, dum nihil datum, non permittunt leges superius allegatz, *§. 5. Instit. b. t. l. 30. l. pen. C. b. t.*

74. Quod si in ferenda de inofficioso testamento sententia dissentiant pari numero iudices, pro testamento contra exheredatum pronunciandum est, ita suadente non tantum jure reorum, in pari causa potiore habito, quales plerumque in hac materia qui testamento instituti, arg. *l. inter pares 38. ff. de re*

judicat, sed & (si eos aliquo in casu actores concipias juxta l. *Lapiniarius* 8. §. *si filius* 13. ff. b. t.) urgente ipso testamentorum favore ac humanitate, l. *si pars* 10. ff. b. t. Quamvis enim odiosa fuerit credita passim interpretibus exheredatio, ideoque nulla fuerit interpretatio adjuvanda, l. *cum quidam* 19. ff. de *liberis & posthumis*, supratatum tamen fuit in hoc dubio odium exheredationis prætensum favore testamenti & institutionis: tametsi vere nullum odium exheredationis in jure nostro apparet, sed tantum favor talis ei denegatur, qualis institutionem comitatur, ut ante dictum.

74. Sed nec illud prætereundum, ei, qui per querelam victor evasit adversario ab illa sententia ad superiorem appellante, interim ab herede instituto & victo alimenta pro modo facultatum subministranda esse, quoties id urget inopia conquerentis, l. *si instituta* 27. §. de *inofficioso* 3. ff. b. t. maxime, cum exheredato non solcat tribui bonorum possessio ex Carboniano edicto, dilata in tempus pubertatis querela, l. *qui de inofficioso* 20. ff. b. t. l. 1. §. *Pomponius* 8. ff. de *Carbonian. edict.*

### TITULUS III.

#### De Hereditatis petitione.

##### SUMMARIA.

1. Quid sit petitio hereditatis; cur, & quo sensu sit actio mixta in rem & in personam ex quasi contractu? durat triginta annis.
2. Est & bona fidei.
3. Quibus competat? an ex testamento recte petat, qui petiit prius ab intestato, & vice versa? An uno libello cumulari possit de iis ex testamento, & ab intestato? Quibus uti sit petitio de iur?
4. Qui petit hereditatem ab intestato, probare non tenetur, defunctum intestatum decessisse, sed tantum, se proximum esse.
5. Qui eam petit ex testamento, si illud producat, probare non tenetur, illud postremum esse, aut vitio carere.
6. Qui eam petit ab intestato ab extraneo, probare non tenetur, se proximum esse, sed sufficit, quod se cognatum doceat; necus, si petat ab alio intestato cognato.
7. Contra quos datur? qui pro herede, qui pro possessore dicantur possidere, aut pro talibus habeamur?
8. Datur & contra eos, qui dolo desierunt possidere, vel liti se obulerunt. Qui si actori satisfecerint, an liberetur versus possessor jure civili aut bonitario?
9. Etiam contra eos, qui de rei hereditaria possessione vi defecisti sunt, aut rerum hereditariarum pretia possident, & similes: an etiam contra debitores hereditarios?
10. An contra possidentem titulo singulari? an contra emones hereditatis, quibus eam in dorem acceperunt, eorumque heredes, utilis petitio datur?
11. Quid juris sit circa fructuum restitutionem, cum emor hereditatis uti i actione conveniatur?
12. Quid juris, si fuitis. aut servus hereditatis possessor sit?

13. Qua restituenda sint in hac actione?
14. Qua non restituantur? an penna per possessorios exacta? an rei ipsi possessori emta? an servitutes prediales aut personales?
15. Quid intersit inter bona & mala fidei possessionem in hac actione circa restitutionem fructuum naturalium, civilium, pensionum, usurarum, & circa periculum nominum ea collocata favori pecunia hereditaria?
16. Quid intersit inter bona & mala fidei possessionem, si res hereditaria neglecta, consumpta, eregata sint, & quo usque bona fidei possessor de rebus consummatis teneatur?
17. Si res hereditaria ante vel post litem contestatam perierint, an, & quando pereant bona vel mala fidei possessori? Quid juris, si possessor hereditatis debitor hereditarius non incompellatur, & ita inopia debitoris aut praescriptione actio inutilis facta sit?
18. Quid intersit inter bona & mala fidei possessionem circa restitutionem pro ii, quoties res hereditaria ante vel post litem contestatam ex necessitate vel libera voluntate per eos distracta sunt, sive privatim, sive publica auctione?
19. Qui hac conveniuntur actione, vicissim indennes servandi, si occasione rerum hereditariarum cavent, si hereditario nomine ea alienum aut similia solverint, & quid juris, si indebitum solvere bona vel mala fidei possessor ante vel post litem contestatam?
20. An bona vel mala fidei possessor restituere deducere ex hereditate possit, quod sibi ex hereditate debuit?
21. Quare impensas in res suas hereditarias, non fructuum inveniuntur factas, deducat aut collat bone & mala fidei possessor? & quid circa hac intersit inter hanc actionem & rei vindicationem?
22. Si impensa ad fructuum perceptionem facta sint, vel tales, qua cum usu colentur contrarii, an, & quo usque eas bona & mala fidei possessor recuperet?
23. Nulla actio, sed sola retentione possessor hereditatis impensas recuperat, exceptis paucis casibus; & quid moribus?
24. An & pro illiquidis impensis retentio possessori datur, & an res restituere compellendus sit oblaa tibi cautione de illiquidis restituendis cum liquide erunt?
25. Tendentis petitione hereditatis, legatarii & creditori hereditarii agere possunt contra affectum vel rem. An & actor aut reus, tendentis hoc iudicio, debitores hereditarios aut rerum hereditariarum possessores convenire possint? An reus petitionem hereditatis repellere possit: exceptione prejudiciali facti testamenti?
26. An ad hanc actionem impendam jurisdictione per arretum fundari possit?

1. **H**ereditatis petitio est actio civilis primario in rem, mixta tamen propter prestationes personales, hanc fidei, qua quis contendit hereditatem suam esse, eamque sibi ab eo, qui pro herede vel pro possessore possidet, restitui. Primario in rem esse hanc actionem vix ambigitur, eo quod petitor hic

in rem agere dicitur, *l. si bona fidei* 49. ff. b. t. & id ipsum abunde demonstrat tum vindicatio tum petitionis vocabulum, quo proprie in rem actiones denotari constat, *l. legi immo* 1. ff. b. t. hereditas 3. Cod. b. t. junct. §. appellamus 15. Inst. de actionib. l. pecunia verbum 17. §. actionis 2. ff. de verb. signif. Mixta tamen esse propter praestationes personarum, rescriptum in *l. hereditas* 7. C. b. t. Quamvis enim in rei vindicatione, & aliis actionibus, fructuum quoque restitutionem venire haud negandum sit; tamen non tam jure actionis, quam judicii officio id contingere verum est, cum fructus non augeant rem singularem, nec, re per singulare judicium vindicata, videri possint vindicati fructus jam separati, & ita non amplius partem rei singularis constituentes: contra vero augeant ipso jure hereditatem utcumque jam a solo aut principali re separata, sic ut quisquis hereditatem petat, etiam simul censeatur ipsos petisse fructus, non velut rei, unde provenerunt, sed magis ut hereditatis, juris illius universalis, partem, seu sub universali jure comprehensam: jure scilicet universali facilius, quam corpore singulari, augmentum admittente *l. si poss.* 2. C. b. t. l. non est ambiguum 9. C. famil. erci. cund. l. item veniunt 20. §. item non solum 3. ff. b. t. Ut ut apertius dicam, considerandum est, petitionem hereditatis actorem persequi & ea, in qua defunctus jus aliquod habuit, & ea, in qua nullum ipsi tempore mortis jus erat quaesitum. Illa quidem, in qua jus defuncti competit, petuntur ex jure in re, in quantum actor, ex additione hereditatis heres factus, in univer- successit defuncti jus, sub quo tam bona defuncti propria, quam commodata eidem, aut pignori data, aut deposita, aliaque similia sunt comprehensa; cum hereditas juris nomen sit, & juris intellectum habeat, ac universitatem quandam successiones non singulas res demonstrat, *l. hereditas* 30. ff. b. t. hereditas 119. l. bonorum appellatur 20. ff. de verb. signif. At ex adverso ea, in qua nullum jus defunctus habuit, ex jure in re nequaquam heres hac actione persequitur; quippe in quas cum nullo gauderet jure defunctus, nec heres jus ullum ex defuncti persona sibi potuit arrogare; sed magis is, qui pro herede vel possessore possidet, ex quasi contractu, puta gestione vel factu, est obligatus. Et enim quinario praecise numero, in iii. Inst. de ob. ex quasi contractu proposito, adstringere ac circumscribere velle omnes quasi contractus, erroneum est; eo quod & condictione causa data causa non secuta ex quasi contractu descendit; & generaliter, ubi extra id quod agitur tacita obligatio nascitur, *l. si, qui* 15. in fine ff. comm. dat. Quin & jurisjurandi delatione, & judicio quasi contrahi, manifestum est ex *l. licet* 3. §. idem scribit 11. ff. de pemptio l. qui jurasse 26. §. ult. ff. de jurejur. junct. l. inier stipulam em 83. §. si Stichum 1. ff. de verb. obligat. Simili ratione, si possessor hereditatis fructum perceperit, vel ex rerum hereditarium distractione pretium redegerit, vel defuncti debitum a debitoribus hereditariis exegerit, vel ex hereditaria pecunia res comparaverit hereditati necessariae, vel res hereditarias reddiderit dolo culpave deteriores, incipit protinus heredi vero ex quasi contractu ad haec omnia restituenda vel praestanda obstrictus esse, *l. nec & si* 25. §. petio 18. ff. b. t. unct. item ve-

niant. l. 20. §. 1. 2. 3. ff. b. t. Cum ergo neque pretia rerum, neque id quod a debitoribus exactum est, nec res nummis hereditariis emta, aliaque similia, nunquam defuncti fuisse certum sit; & tamen haec omnia petitione hereditatis heres persequatur, tanquam jus illud hereditarium heredi quaesitum augmenta, aut in locum rerum ex ea hereditate diminutarum surrogata; manifestum puto, cur, & quo sensu haec actio *mixta* fuerit ab Imperatore appellata. Quia vero mixta est, ideo quoque ex actionum personalium natura id habet, quod non decem aut viginti, sed tantum triginta annorum praescriptione perimitur *l. heredi* 7. C. b. t. l. hereditatem 4. C. in quib. caus. cessat longi temp. praescripi. Parla- dicitur rerum quodlibet lib. 1. cap. 1. §. 11. n. 5. & seqq.

2. Sed & bonae fidei esse hanc actionem, a Justiniano constitutum est; licet de eo olim fuisset disceptatum; §. actionum unum 23. in fine ins. de action. l. ult. §. ult. C. b. t. adde Cujacium lib. 3. observ. 17.

3. Competit autem heredi vero, sive per se sive per personas suae subjectas p testati, velut servos aut filios familias, haeres sit; sive ex testamento, sive ab intestato, & adierit hereditatem, *l. 1. 2. 3. ff. b. t.* ut tamen potior sit causa heredis instituti, eo- que demum deficiente haeres ab intestato veniat admittendus, *l. si scrip.* 9. C. b. t. Quod si quis hereditatem ex testamento petens succubuerit, deinceps eandem ab intestato petere non prohibetur; eo quod hereditate petens ex testamento, quod putat valere, legitimam non videtur repudiasse hereditatem, *l. legi immo* 1. ff. b. t. l. laurus respondit 45. ff. de bonis liberor. l. maior 19. in med. ff. de inoff. testam. & vice versa, si quis ab intestato petierit ac succubuerit, posteaque resciverit, se testamento institutum esse, non vetatur ex testamento petere; eo quod videri non potuit per additionem hereditatis, quasi ab intestato delata, repudiare hereditatem, quoniam sibi testamento delatam ignorabat, *l. nec is* 17. §. 1. ff. de acquir. vel omi. heredit. Quod si actor simpliciter hereditatem petat, nec exprimat, utrum ex testamento an ab intestato haeres sit, petente adversario, id exprimere tenetur, repellendus alioquin obsecuri libelli exceptione ex generalibus juri. principiis, *si. de edendo traditus*. Qui consequens est, ut merito reprobetur eorum sententia, qui putant, uno libello cumulari posse petitionem hereditatis ex testamento & ab intestato; non tantum, quia jure Romano plures actiones uno libello comprehendi prohibuit, ut dixi *si. de edendo*; sed &, quia duo contraria, quae simul consistere nequeunt, qualis est successio testati & intestati, non possunt ejusdem liti fundamentum esse, arg. *l. ut. C. de edendo*, Boerius decii. 35. Ant. Matthaeus de successione lib. 20. n. 10. Mynsingerus con. 3. observat. 25. Utiles quoque hereditatis petitio datur emptori hereditatis, cum haeres vice sit, *l. et, qui* 54. ff. b. t. junct. l. 2. §. cum quis debitori 17. ff. de heredit. vel act. vend. ut & marito, cui uxor hereditatem in dotem dedit, arg. *l. nec ullam* 13. §. apud Marcelum 10. ff. b. t.

4. Ceterum qui hereditatem ab intestato petit, probare non tenetur, eum, de cujus hereditate agitur, intestatum esse mortuum; sed sufficit, quod se

proximum adeoque legitimum esse heredem docuerit: quo demonstrato, totum actionis fundamentum adstructum est, reoque deinceps incumbit suam probare exceptionem, qua legitimum testamentaria dispositione contendit a jure per leges dato exclusum esse; cum utique reo incumbat exceptionis suae veritatem adstruere; non vero auctori, nulla exceptione suam posse intentionem elidi, *l. 1. ff. de exceptionibus, l. quingenia 12. l. in exceptionibus 19. ff. de probationibus*. Neque facit, quod ab ea parte, quae dicit, adversarium suum ab aliquo jure prohibitum esse, vel exclusum specialiter lege vel constitutione; id ipsum probari oportere, Paulus respondit, *l. ab ea parte 5. ff. de probationibus*. ac proinde etiam necesse est, ut testamentariam dispositionem, qua legitimus quasi lege, a jure succedendi prohibitus dicitur, contradictor probet. Quibus accedunt non temere spernenda juris axiomata, affirmanti, adeoque contententi testamentum esse factum, incumbere probandi onus; nec ea, quae facti sunt, in dubio praesumi, sed probationibus legitimis esse demonstranda, Fachineus lib. 6. *controvers. cap. 46. Mantica de conject. ult. voluntat. lib. 2. tit. 1. pec. tot. & praecipue num. 17. Menochius de praesumpt. lib. 4. praesumpt. 1. Mascardus de probationibus vol. 2. conclus. 933. ad verbum intestatus*. Nec contrarium est in *l. si emancipati 9. C. de collationibus*; cum probatio illic proposita non ad testamentum pertineat, sed tantum ad emancipationem; dicitur enim, *si nec ullum testamentum relictum est, vel novissimum iudicium communis patris, reque emancipatum probatum fuerit*. Ne dicam, eos quoque in jure nostro dici probare, qui ab adversa parte prolata diluunt, docendo verbi gratia, testamentum, ab adversa parte productum, inutile esse; aut falsitate laborare; juxta *l. D. Prus 5. §. pen. ff. b. t. quo modo & rei criminum & heredes eorum innocentiam diantur probare, quos tamen ut nihil probantes, sed argumenta tantum ad convincendum ab accusatore adducta diluentes ac enervantes, absolvendos esse, ex principiis juris manifestum est, l. quicumque 2. C. de requirendis reis, l. ult. §. ult. ff. de bonis eor. qui ante sent. mortem sibi consue.*

5. Eodem juris fundamento, qui hereditatem ex testamento petit, eodem prolato, probare non tenetur, nullo alio posteriore testamento illud infirmatum aut revocatum esse, aut vitio nullo laborare; sed magis is, qui id ratione quacunque infirmatum contendit, *l. si scriptum 11. C. de probationibus, d. 1. 5. §. pen. ff. b. t. Mantica de conject. ult. voluntat. d. lib. 2. tit. 1. num. 11.*

6. Quin imo, si ab intestato hereditatem quis vindicat ab eo, qui extraneus est, nec jure sanguinis succedere potuit, ne necesse quidem erit, ut se proximum probet defuncti cognatum esse, sed sufficit, quod se cognatum doceat, quo probato, possessoris esset, demonstrare, auctorem, ab aliis proximioribus & ita jura potiora habentibus succedere impeditum esse. Si enim affirmanti probatio incumbat, non neganti, & omnis assertio, qua quis se proximum defuncto esse ait, pro fundamento habeat negationem illam alium nullum esse proximiorum, necesse est, ut extraneus possessor confessione propria nullum jus habens, doceat, illum, qui tanquam cognatus ad successionem ab intestato venire

potest, ab alio jura potiora habente exclusum esse; praesertim si consideres, non praecise requiri, ut, qui ab intestato successionem vindicat, cognitionis vinculo proxime defunctum contingat, ut pote & hereditatem civilem & praetoriam bonorum possessionem agnoscere sibi que arrogare valens ex successorio edicto, quoties gradu proximior eam petere noluierit ac vindicare, *l. si avia 3. C. de successor. edicto*, sic ut fundamentum intentionis in casu, quo extraneus possessor est, tantum sit vinculum sanguinis, non item gradus proximitas; cum cognatus, utcumque remotissimus, quamvis a proximioribus cognatis excludatur, extraneum tamen ipse eo unico, quod cognatus est, in totum ab omni & successionis jure excludat. Contra quam statuendum foret, si hereditatis possessor ipse quoque cognatus esset. Tunc enim non aliter petitor hoc iudicio possidentem superare posset, quam si se probaverit esse ipso possessore proximiorum ei, de cujus agitur hereditate; eo quod tunc non in solo sanguinis vinculo, quod & possessori & petitori commune est, sed in gradus proximitate unicum est positum intentionis fundamentum, Mascardus de probationibus vol. 3. *concl. 1252. ad verbum, proximior*, Tyraquellus de retract. gentil. §. 11. *glor. 1. n. 8. 9. 10. Covarruvias variar. resolut. lib. 2. cap. 6. n. 6. Responsa Jctor. Holl. part. 3. vol. 2. consil. 332. (revera) n. 1. 2. 3.*

7. Datur adversus eum, qui pro herede vel pro possessore po sidet; adeo ut & jure singulari cogatur reus conventus dicere titulum possessionis suae, utrum pro herede possideat, an pro possessore, *l. cogi 11. C. b. t. Sed & adversus horum heredes datur, etiamsi hi ignorent, pro herede vel pro possessore defunctum possedisse, l. nec ullam 13. §. Neratius 2. ff. b. t. l. si port 2. cap. 6. n. 6. Pro possessore quidem possidere censetur, qui nullo jure rem hereditariam vel totam hereditatem, sciens ad se non pertinere, possidet, §. adipiscenda 3. Instit. de interdictis, nec ullum allegare potest possessionis titulum, sed interrogatus cur possideas, responsurus est, quia possideo, ne per mendacium quidem contendere audeas, se heredem esse; quales fures & praedones, *l. pro herede 11. §. 1. l. 12. l. 13. ff. b. t. l. hac actio 13. §. 1. ff. de servo corruptio*. Quibus & accensendi, qui tacitam fidem accommodarunt, ut incapaci restituerent hereditatem, *l. praedonis 46. ff. b. t. & quotquot titulo quidem aliquo munit sunt, sed tali, qui ipso jure nullus est, quales qui emerunt a furioso, quem putabant sanam mentis esse, aut in dotem acceperunt a puella duodecim annis minore, aut a conjuge per donationem; cum constet, neque venditionem neque donationem dotisve dationem his in casibus posse efficacem esse, l. nec ullam 13. §. omnibus 1. ff. b. t. Pro herede vero praecipue quidem ille possidere dicitur, qui bona fide se heredem esse opinatur, cum non sit, *l. pro herede 11. ff. b. t. d. §. adipiscenda 3. Instit. de interdictis*, sive in facto, sive in jure erret; eo quod ipse quoque juris error alienae rei conscientiam, malamque adeo fidem, excludit, *l. sed etiam 15. §. scire 6. ff. b. t. Nec est, quod quem turbet, juris errorem non potesse acquirere volentibus lucrumque captantibus, l. juris ignorantia 7. ff. de juris & facti ignorantia*, cum possessor bonae fidei in hac**

materia non de lucro captando agat, sed tantum de damno evitando; quippe obstrictus ad restituendum, quatenus locupletior factus est, omni lucro ei auferendo, *l. post Senatusconsultum 28. ff. b. t.* Interim tamen & eum, qui mala fide possidet, non pro possessore, sed pro herede possidere obtinuit, quoties justum habet, validum titulum, dum sciens emit alienam hereditatem: nemo enim prado videri poterat, qui pretium numeravit, *l. nec ullam 13. §. si quis sciens 8. ff. b. t. l. nemo prado est 126a ff. de reg. jur.* reprobata Juliani sententia, quæ non tantum proponitur in *d. l. 13. §. 8. sed & in l. non solum 33. §. quod vulgo 1. ff. de usurpat. & usucap.* Licet autem hactenus pro herede possidere censeatur, qui sciens emit, ut pro pradone habendus non sit; non tamen ideo bonæ fidei possessoribus annumerandus est, sed magis illis, qui mala fide possident; sic ut & ea, quæ de malæ fidei possessoribus delinquentes tradenda erunt, ad hunc quoque scienter ementem porrigenda sint. Nam si ille pro malæ fidei possessore habendus sit, qui hereditatem emit, de qua controversia est; multo magis huic classi accensendus erat, qui non dubius tantum propter controversiam motam, sed plane certus est, alienam esse hereditatem, arg. *l. si post motam 2. C. b. t. Ant. Matthæus de auctionibus lib. 1. cap. 16. n. 53.*

8. Insuper adversus eos datur, qui, cum non possiderent, liti tamen sese obtulerunt tamquam possidentes, cum actor eos possessione destitutos esse ignoraret, saltem ut præstent id quod interest, actor non fuisse deceptum, *l. nec ullam 13. §. non solum 13. l. sed etiam 25. §. quod ait 2. & seqq. l. qui se liti 45. ff. b. t. l. ff. is, qui 7. l. 25. 26. ff. de rei vindicat.* Groenewegen ad *l. 56. ff. de rei vindicat.* quique dolo malo possidere desierunt, doli quippe pro possessione est: adeo ut, si per multos ambulaverit possessio, quo omnes dolo desierunt possidere, singuli tamquam possessores possint conveniri. Idemque est, si possessionem dolo noluerint admittere, *l. nec ullam 13. §. pen. l. sed & si 25. §. perinde, inquit 8. ff. b. t. l. si autem 27. §. 3. ff. de rei vindicat.* junct. *l. qui dolo 131. l. parum esse 150. l. ad ea, quæ 157. §. 1. ff. de regul. juris.* In heredes tamen eorum, qui dolo possidere desierunt, non amplius dabitur hæc, vel potius in factum actio, quam quatenus ad eos pervenit, *l. si in rem 51. l. cum autem 52. ff. de rei vindicat.* nisi lis cum defuncto jam contestata fuerit: quippe quo casu & ex dolo defuncti in solidum condemnandi forent, & ex dolo proprio propriæque culpa, arg. *l. si in rem 42. & 51. ff. de rei vindicat.* Quid in iis obtineat, qui culpa ante litem contestatam desierunt possidere, patet ex iis, quæ de intercedentibus inter bonæ & malæ fidei possessores differentiis hoc tit. in seqq. tradita sunt. Quod si hi, qui vere non possidebant, sed juris interpretatione pro possessoribus habebantur, litis æstimationem præstiterint, cum non tam rem, quam potius doli sui penam præstitisse censeantur, verus possessor adhuc de re ipsa restituenda efficaciter conveniri potest, ex juris Romani rigore, *d. l. 13. §. pen. in fine ff. b. t. l. si is, qui 7. ff. de rei vindicat.* Secus quam obtinuit, si prius conventus possessor verus rem aut æstimationem præstiterit, vel necdum conventus pa-

Voet ad Pandect. Tom. II.

ratus tamen fuerit judicium pati aut præstare æstimationem; liberatur enim his in casibus, qui dolo desierat possidere, *d. l. 13. §. pen. ff. b. t. l. Stichum 95. §. dolo fecisti 9. ff. de solutionibus.* Ceterum, cum in actionibus rei persequendæ causa comparatis (qualis & hereditatis petitio est, & rei vindicatio, & aliæ similes) improbus esse ac dolo facere censeatur, qui velit iterum consequi, quod accepit, & ita bis idem petere, *l. si quis dolo 51. §. 1. ff. de re judicata,* & in noxalibus judiciis id tanquam æquum Romani probaverint, ut possessor liberetur, quoties is, qui servum aut animal, a quo damnum datum, dolo desierat possidere, vel liti se obtulerat, actori satisfacit, *l. si quis 8. l. qui servum 20. ff. de interrog. in jure fac. l. de illo 24. 25. 26. ff. de noxal. action.* non video, cur non & in nostro casu moribus hodiernis verus possessor liberetur, ubi is, qui dolo possidere desiit, actori id quod interest exsolvit perinde ac si vere possideret: maxime, si consideretur, præter id quod interest, vix ullo in casu posnarum, privatis ex actione privata applicandam, persecutionem nunc amplius vigere; teste Groenewegio cum multis aliis ad rubricam Cod. de panis. Confer. tit. de interrogat. in jure faciendi: num. ult.

9. Quid? quod & hereditatis petitio adversus eos datur, qui sine dolo malo possidere desierunt, cum ab initio pro herede possedissent, quales, qui de rei hereditarie possessione vi dejecti sunt, aut rem hereditariam vendiderunt, & necdum soluto pretio tradiderunt, vel quasi ex causa fideicommissi hereditatem aut rem singularem hereditariam præstiterunt; aut nubentes marito dederunt in dotem; ad id saltem, ut interdictum unde vi ad rem recuperandam, aut actionem ex vendito ad persequendum pretium, aut indebiti conditionem ad legatam vel fideicommissam solutam repetendam heredi cedant, *l. nec ullam 13. §. idem erit 5. & §. apud Marcellum 10. l. quod si in idem 16. §. Julianus 4. & §. 5. & §. ult. l. Idem Julianus 35. ff. b. t.* Multoque magis adversus eos, qui pretia rerum hereditariarum, aut debita hereditaria exacta possident; quive cum debitores essent hereditarii, solvere heredi recusant ex eo, quod se heredes esse, & extinctum confusione debitum arbitrantur, atque ita quasi-juris possessores sunt, *l. nec ullam 13. §. ult. l. 14. 15. l. 16. pr. & §. non solum 3. l. si & rem 22. l. filii familias 34. §. 1. l. 36. ff. b. t.* nam si ob id debiti hereditarii solutionem detrectent, quod dubitant, an heres sit, qui hereditaria debita persequitur, non hac, sed magis actione ea, qua & defunctus experiri debuerat, conveniendi sunt, *l. si debitor 42. ff. b. t.*

10. Licet autem nihil intersit, utrum quis totam hereditatem possideret, possederitve, secundum ante dicta, an partem ejus, aut etiam rem singularem licet minimam, *l. regulariter 9. l. 10. ff. b. t.* tamen, si particulari donationis, emtionisve, aut alio simili titulo valido, rem singularem hereditariam possessor sit, singulare quoque in rem judicium potius, quam hoc universale in eum dandum foret; etiamsi ab eo emisset, qui pro herede vel pro possessore possidebat, & ita poterat hereditatis petitione conveniri; cum emtor rei singularis non sit heredis loco, aut vicem ejus subeat, *l. hereditatem 4.*

1. in quib. causis cessat longi temp. præscript. l. b. hereditatis 7. C. b. t. Plane, si quis emtionis titulo non res hereditarias, sed jus hereditarium sibi comparaverit; aut dotis titulo jus illud ei ab uxore collatum sit; adversus eum tanquam vicem heredis gerentem aut saltem non longe ab eo diversum, vel utilis hereditatis petitio, vel specialis rei vindicatio datur, actoris arbitrio, l. nec ullam 13. §. quid, si quis 4. §. item si quis 9. §. apud Marcellum 10. ff. b. t. l. 2. C. b. t. Parladorius rerum quorid. lib. 1. cap. 1. §. 71. n. 9. & cap. 5. adde Pachineum lib. 1. contrav. cap. 4. Cujacium lib. 9. observ. 25. Idemque juris est in heredibus eorum, qui ita hereditatem ab eo, qui pro herede possidebat, emerant: quod JCtum innuere existimo in l. nec ullam 13. §. heredem 11. ff. b. t. cum ait, heredem autem etiam eorum rerum nomine, quas defunctus pro emtore possedit, hereditatis petitione teneri constat. Actum scilicet fuerat in §. 8. 9. & 10. dictæ legis 13. de illis, qui emtionis aut dotis titulo hereditatem adepti fuerant ab illis, qui pro herede vel pro possessore possidebant, ac assertum, eos utili hereditatis petitione conveniri posse, quasi pro herede possiderent: sed ut heredes eorum, qui vere possidebant pro herede, hac etiam actione teneri, Ulpianus monuerat in hac l. 13. §. Neratius 9. Ita quoque heredes eorum, qui emerant hereditatem a putativis heredibus, ac actione, uti scilicet, interpelli posse in d. §. 11. subiungit, ubi defunctus pro emtore possedisit dicitur, non quod res singulares emisset, sed quod totam emisset hereditatem, eamque ita possedisset pro emtore convenienter præcedentibus in §. 8. & 9.

11. In emtore tamen hereditatis illud singulare est, quod, sive rei vindicatione, sive hereditatis petitione conveniatur, de fructibus ante litem contestatam ex hereditate perceptis & consumptis non teneatur, etiamsi locupletior inde factus fuerit, si in bona fide sit: cum enim emtor hereditatis proprio, eoque singulari titulo possessionis ex emto munitus sit, æquum visum fuit, eum etiam rerum singularum jure conveniri, id est, ita de fructibus teneri, quasi non utili iudicio universali, sed particulari rei vindicatione conveniretur, d. l. si post mortem 2. C. b. t. Ceterum si in mala fide emtor fuerit, sciens venditorem heredem non esse, aut litem de hereditate jam venditori motam, ad restituendos fructus omnes tum consumptos tum percipiendos obstrictus foret; nam etiam propter titulum & pretii numerationem prædo non sit, ideoque non directa hereditatis petitione tanquam pro possessore possidens conveniri debeat, sed utili: (quo respectu tantum inter eum & prædonem differentia posita est in l. nec ullam 13. §. si quis sciens 8. ff. b. t.) tamen fructuum intuitu idem in eo, quod in alio quovis prædone, receptum est, d. l. 2. C. b. t.

12. Quid in filiof. aut servo, eorumque patribus ac dominis pro herede vel pro possessore possidentibus obtineat, colligi potest ex l. filifam. 34. §. 1. l. 35. 26. pr. & §. 1. ff. b. t. junct. de posui 38. ff. de peculio.

13. Tendit hæc petitio hereditatis ad id, ut restituantur ea omnia, quæ, cum hereditaria essent, a reis possidentur, aut secundum ante tradita desiderunt possideri; sive defuncti propria, sive ei com-

modata aut pignori data, aut penes eum deposita, sic ut mortui periculum ad heredem pertineat, l. & non tantum 19. pr. & §. 2. ff. b. t. quæque reus pendente hac actione incepit possidere; cum sufficiat, deberi potius restitutionem rei ante litem contestatam, ad id, ut is, qui tempore latæ sententiæ possidet, & cum quo facta est litis contestatio, condemnari possit, l. si hereditatem 4. l. item videndum 18. §. si quis 1. l. si quo tempore 41. ff. b. t. Adde it. de rei vindicat. Insuper, quæ hereditatis causa comparata sunt, sive ex pecunia hereditaria, sive aliunde: si modo vel necessaria fuerit rerum talium emtio, vel magna saltem hereditatis utilitas in his versetur, l. item venimus 20. pr. & §. 1. ff. b. t. & quæ post mortem hereditati accesserunt, eandemque auxerunt, fructus, & fructuum fructus, & partus ancillarum, l. sed & si 25. §. ult. l. 26. 27. 28. d. l. 20. §. item non solum 3. ff. b. t. ut & usura fructuum ante, non post litem contestatam, perceptorum, l. heres 51. §. 1. ff. b. t. lucra quoque, non honesta tantum, sed & inhonesta; ne honesta interpretatio, inhoneste questui adhibita, lucrum possessori faciat, l. post senatusconsultum 28. l. si possessor 52. l. evicta 55. ff. b. t. Adde Gothofred. ad d. l. 52. Denique actiones, quas possessor hereditatis, qua talis, acquisivit; quippe quæ cedere victori debet; veluti conditionem ex mutuo, si hereditaria pecunia data sit; vel actionem ex emto, si res hereditariæ divenditæ, vel interdictum unde vi aut de precario, si tertius a possessore vi vel precario res hereditarias coeperit possidere, l. quod si in diem 16. §. Julianus 4. & 5. l. Julianus scribis 30. l. illud quoque 40. §. actiones 2. ff. b. t.

14. Non tamen restituenda per possessorem poena, si quam consecutus sit non tam occasione rei, quam occasione propriæ personæ: atque adeo, licet redemptus teneatur, quod ex lege Aquilia in duplum ob iniuriam adversarii exegit, quodve ex pretio rerum distractarum tardius soluto poenæ nomine pactus ac consecutus est; ne lucrum alioquin ex eo, quod propter hereditatem accipiat, faciat, l. utrum autem 23. §. 1. l. sed & si 25. pr. l. evicta 55. §. ff. b. t. tamen, si poenam pactus sit ob id, quod de possessione vi dejectus est, aut quod adversarius hereditario jure per eum in jus vocatus ad iudicium non venit, non compellitur restituere; cum factis hisce non tam hereditas, quam possessoris persona læsionem passa videatur, l. at ubi 24. ff. b. t. Similiter nec res, quas possessor ex pecunia hereditaria, non hereditatis gratia, sed sua causa, comparavit, hac continentur actione, l. item venimus 20. §. sed non 1. ff. b. t. Nec servitutes prædiales, quæ prædiis coherent, nec separatim a prædiis concipi possunt, neque quicquam eo nomine potest restitui: se magis confessoria experiendum actione, quoties quis ire vel agere impeditur, l. & non tantum 19. §. ult. ff. b. t. vel etiam interdictum quod legatorum, si ponatur facti species isti interdicto apta, dum forte is, cui servitus prædialis legata est, usum ejus sine heredis voluntate exercet, & falcidia deductio facienda est, l. 1. §. unde est quasitum 8. ff. quod legatorum. Aliter quam sese res habet in personalibus servitutibus, quoties eas contingit ad heredes transire, dum vel usufructus alicui pro se & heredibus constitutus est, vel servitus operarum fuit con-



cessa, juxta l. amiquitas 14. C. de usufr. & habit. & l. hominis opera 2. ff. de usu & usufr. Et legatis, est enim, quod his in casibus possit restitui, servi nempe ipsi operas præstantes, ut & corpora, in quibus ususfructus constitutus est: quorum possessionem aut saltem detentionem penes usufructuarium esse oportere, haud ambigitur.

15. Sed nec prætermittenda silentio differentia, quantum ad hujus actionis effectum & restituendi necessitatem, inter bonæ & malæ fidei possessorem intercedentes, quas & in fructibus, & rebus hereditariis consumitis, aut casu peremptis, & rerum distractarum pretiis observare, operæ pretium est. Ex fructibus enim, sive naturalibus, sive civilibus, puta, pensionibus, mercedibusque, nec non usuris ex pretio rerum hereditariarum distractarum, ante litem contestatam perceptis ac consumitis, non ultra restituendum est, quam quatenus inde locupletior est bonæ fidei possessor tempore rei judicatz, l. 1. §. C. b. t. illud quoque h. §. prædo 1. ff. b. t. junct. l. si a domino 36. §. quo tempore 4. ff. b. t. l. mercedes 29. ff. b. t. cum ex adverso malæ fidei possessor ad omnes consumptos reddendos obstrictus sit, una cum usuris eorum, l. heres furiosi 51. §. ff. b. t. uti & ad eos, quos honeste percipere potuisset ac debuisset, non vero ad usuras usurarum aut annuorum reddituum, l. sed & si 25. §. sed & fructus 4. ff. b. t. l. si navis 62. ff. de rei vindic. ad quos etiam pari modo post litem contestatam tempus tenetur, qui bonæ fidei possessor fuerat, eo quod per litem contestationem, imo post motam controversiam, omnes incipiunt malæ fidei possessores esse; sic ut omnes possessores ex eo tempore pares fiant, & ut prædones teneantur, l. sed & si 25. §. ante litem 7. ff. b. t. d. l. 2. in fine Cod. b. t. d. si quid possessor 51. §. sicus 3. ff. b. t. Neostadius Cur. supr. decis. 81. D. Somenus de jure novæcarum cap. 6. sect. 2. num. 7. & 10. nec dubium, quin, si primo ad tempus bona fide possederit, mox controversia necdum mota scire coperit, hæreditatem ad se non pertinere, deinceps ut prædo considerandus sit; eo quod, quantum ad fructuum acquisitionem attinet; non initium possessionis, sed singula momenta spectanda sunt, l. sed & si 25. §. de eo autem 3. ff. b. t. junct. l. qui bona fide 23. §. tam diu 1. ff. de acquir. rer. domin. arg. l. quantum est h. §. ff. de acquir. rer. domin. Si tamen ipsas pecunias inventas in hæreditate malæ fidei possessor non attigerit, id est, nec usus ipse fuerit, nec fœnor collocaverit, omnino non ad usuras conveniri non potest, l. item variunt 20. §. Papinianus 14. ff. b. t. Licet enim ex rebus hereditariis talis possessor non fructus tantum naturales, sed & civiles, velut pensiones, percipere teneatur, & navim quoque hereditariam navigatum mittere vecturæ percipiendæ causa, non tamen hæreditarium pecuniam fœnor collocare, etiamsi verum sit, usuram, sicut æduram, non natura pervenire, sed jure percipi: eo quod periculum navis possessor nullus petitori præstare cogitur, pecunia autem possessoris fœnor dantis periculo collocatur, l. si navis 62. ff. de rei vindic. Et hinc, si re ipsa fœnor dederit, non aliter usuras actor consequetur, quam si nominum ipsorum periculum quoque voluerit arripe; atque adeo eligere debet, utrum sortem tantum persequi, an usuras cum periculo nominum agnoscere

consultus æstimet, l. Julianus scribit 30. ff. b. t. cum æquum utique sit, usuras penes eum remanere, cujus periculo sortis est, l. si unus 67. §. si unus 1. ff. pro socio, l. idemque 10. §. si mandavero 8. ff. mandati. Quæ rursus aliter in bonæ fidei possessore servantur; quippe cui cum senatus consultum, ne teneatur nisi quatenus locupletior factus est, electio etiam tributa fuit utrum nomina cum eo, quod adhuc restat exigendum, cedere petitori velit, an sortem ipsam una cum usuris perceptis, quatenus locupletior inde factus est, restituere, d. l. 30. ff. b. t.

16. Res ipsas hæreditarias quod attinet, de iis reddendis malæ fidei possessor tenetur, non tantum si possideat, sed & si vel dolo vel culpa possidere desiderit, vel dolo culpave fecerit, quo minus hæreditario nomine adipisceretur, dum forte vel ab aliis vel a se non exegit, & persecutio lapsu temporis perempta est, aut deterior esse capit, l. sed & si 25. §. quod ait senatus 2. & §. perinde 8. l. & non tantum 19. P. venium 2. ff. b. t. uti & si dolo aut negligentia ejus prædia sive urbana sive rustica pejora facta sint, dum vineæ, pomaria, horti, præter consuetudinem patrisfamilias culti, l. ei, qui partes 54. §. ult. ff. b. t. Bona vero fidei possessoribus ita senatus consultum, ut de consumtis rebus in id duntaxat teneantur, in quo locupletiores facti sunt. Quemcumque igitur sumptus fecerint ex hæreditate, si quid dilapidaverint, perdiderint, dum re sua se abuti arbitrantur, non præstabunt; nec, si donaverint, locupletiores videbuntur, quandiu remunerationes non acceperint, quamvis donando donatarium sibi redderint, ad antidota naturaliter obligatum, l. sed & si 15. §. consulais 11. ff. b. t. Anton. Faber Cod. libr. 3. tit. 21. de fin. §. Cui consequens est, ut si quis ex semisse heres, putans se ex asse hæredem, partem dimidiam hæreditatis sine dolo malo assumserit, cohæredi ex semisse hæreditatem vendicanti residuum integrum restitutus non sit, sed tantum dimidiam ejus partem, d. l. 25. §. ad eo autem 15. ff. b. t. Quod si contemplatione delatz hæreditatis lautius vixerit, quam ante solebat; si quidem suo proprio patrimonio lautius usus fuerit, vel aliunde mutuum acceperit pecuniam, ut splendidius se exhiberet; non videbitur eo modo diminuisse hæreditatem, neque quicquam eo nomine inde deducturus est, etiamsi res hæreditarias pro tali mutuo pignori obligasset, eo quod ipse principaliter obligatus est, & accessorium tantum est hypothecæ pignorisve vinculum, d. l. 25. §. si quis re sua 12. 13. 14. ff. b. t. Si vero ex ipsa erogaverit hæreditate, dum vel liberalitas hæreditarias expendit pecunias vel pennis hæreditarium commensationibus ac computationibus maturis consumit, id ipsum eatenus lautius contemplatione hæreditatis impendit, quasi in hoc non videatur locupletior factus; sed quatenus ipse ante delatam hæreditatem solebat de suo erogare, & statutos sumtus facere, verius est, ea patrimonio ejus proprio, nequam hæreditati debere imputari; cum non possit non videri locupletior, qui erogat ex hæreditate in eos usus, in quos, etsi heres non faisset, de suo tamen fuisset expensurus, d. l. 25. §. quod autem quis 16. ff. b. t.

17. Quod si casu plane fortuito, velut mortalitate, terræ motu, eismate, naufragio, aliove simili modo res hæreditariæ deperierint, si quidem ante litem

contestata, de his nec bona, nec simplex mala fidei possessor tenetur, arg. *l. si navis* 6a. ff. *de rei vindicta*. sed solus fur aut praedo, qui nullam obtulit heredi verò restitutionem, arg. *l. si pro furo* 7. ult. *l. 8. ff. de condit. furtiv.* Sin post litem contestatam, etiam tunc bona fidei possessori eam perire durum foret; cum ita fieret, ut vel mortalitatem praestare cogeretur, vel propter metum huius periculi temere indefensum jus suum relinquere, *l. illud quoque* 40. ff. *b. t. praeconi* tamen temere litem sustinenti quia tunc pereat, non videtur dubitandum, *d. l. 40. ff. b. t. sed & alteri simplici malae fidei possessori ita eam perire verius est, si actor se eam distractorum fuisse probet, sic ut ei non fuisset peritura, si eo tempore, quo petebatur, protinus fuisset restituta, arg. *l. item, si verborum* 13. *§. ult. ff. de rei vindicatione, l. de eo* 12. *§. si post* 4. ff. *ad exhibendum, l. item si* 14. *§. quid si homo* 11. ff. *quod met. causa*. Idemque in eo statuendum bona fidei possessore, qui post litem contestatam satis intelligens, se ad restituendum adigi debere, litigare tamen maluit quam restituere, arg. *l. nemo rem suam* 1a. *§. 1. ff. de verbor. obligat. l. quod 10 mibi* 3. ff. *de rebus creditis*. Non tamen illud praedoni imputandum, quod debitorum hereditarios non convenit, atque inde illi vel tempore liberati vel pauperiores facti fuerint; eo quod nullam adversus eos habuit actionem, *l. si quid possessor* 31. *§. illud* 4. ff. *b. t. arg. l. si pupilli* 6. *§. ult. ff. de negot. gestis*, licet verum sit, illum & a se ipso debuissse exigere ea, quae defuncto debebat; *d. l. & extraneos debitorum ad solvendum interpellare: quippe qua interpellatio extrajudiciali neglecta, obstrictus foret, quoties ob absentiam debitoris, aliamve causam similem, interpellandi occasio non defuerit: quo sensu accipiendus videtur Ulpianus in *l. sed & si* 24. *§. quod ait* 2. ff. *b. t.***

18. De rerum hereditiarum venditarum pretiis non minor difficultas est; sed distinctionum ope tollenda: aut enim necessaria fuit rerum illarum distractio, dum vel servando servari non poterant, sed tempore deteriores redderentur, vel superfluae erant & nullius plane utilitatis, oneri magis quam usui futurae, vel impensa in funus defuncti, aut cibaria familiae, aut res reliquas hereditarias, arive alieni solutionem, facienda erat, *l. Divus Fius* 5. *l. non solum* 53. *l. item veniunt* 20. *§. simili* 2. *§. hac adversus* 12. *§. quid, si post* 16. *l. nisi ex re* 33. *§. 1. ff. b. t.* aut ulla urgente tali necessitate ex libero possessori arbitrio facta est, pretii forte habendi vel negotiandi causa. Et utroque in casu aliud in bona, aliud in malae fidei possessore servari placuit. Si possessor bonae fidei necessitate vel voluntate libertatem vendiderit ante litem contestatam, de pretio non in solidum tenetur, sed tantum eatenus, quatenus inde locupletior factus est; eo modo, quo id in ipsis rebus hereditariis consumis obtinere supra dictum est; quia potest existimari, in locum hereditariae rei venditae pretium ejus successisse, & quodammodo ipsum hereditarium factum, *l. si & rem* 22. *circum fin. l. utrum* 23. *l. sed & si* 25. *§. item, si rem* 1. ff. *b. t.* ut tamen a litis contestata tempore ad pretii etiam minus residui usuras praestandas damnandus sit, *l. 1. §. 1. C. b. t.* Neque hoc casu liberum est heredi, emptorem efficii convenire rei vindicatione; in quan-

tum emptor conventus sese ex persona venditoris tuetur poterit; ne alioquin re evicta, emptor de evictione adversus venditorem experitur; & ita contingat, bonae fidei possessorem effectu inspecto in plus teneri, quam quatenus locupletior factus est, *l. sed & si* 25. *§. item si rem* 17. ff. *b. t.* Quod si mala fide possidens res hereditarias ante litem contestatam vendiderit, si quidem ex necessitate (eo quo ante expositionem sensu) in arbitrio petitoris est, an verum rei distractae pretium consequi velit, si forte infra justum pretium fuisset divendita; an vero totum id, quod ex venditione possessor redegit, dum supra verum re pretium pactus est; ne alioquin ex sua malae fidei possessione lucretur, *l. item veniunt* 20. *§. simili* 2. *§. hac adversus* 12. *l. nisi ex re* 33. *§. 1. junct. l. si a domino* 36. *§. si prae* 3. ff. *b. t.* Sin ex libera voluntate seu sine causa, actoris electio est, utrum pretium, seu omne illud, quod ex venditione redactum est, adeoque & ipsum pretii majoris lucrum persequi velit, una cum usuris a tempore litis contestatae, an potius eam ipsam adhuc penes emptorem aut alium extantem; non deperditam nec diminutam cum fructibus malit computare *d. l. 20. §. 12. d. l. 33. §. 1. ff. b. t.* Adeo quidem, ut si rem ipsam alienatam existimet petendam esse, eadem non restituta, per in litem iurjurandum eam aestimaturus sit, *d. l. item veniunt* 20. *§. ult. l. 21. ff. b. t. & si perempta vel diminuta sit penes emptorem, pretii tamen restitutionem propterea malae fidei possessor non jure declinet, quasi res eodem modo penes verum heredem fuisset peritura, eo quod absurdum & hic esset, hunc ex sua mala fide pretium lucrari, d. l. 20. §. prae hac* 6. *in med. & §. ult. d. l. 33. §. 1. l. 36. §. si prae* 3. ff. *b. t.* Quod si rem hereditariam possessor per argentarios, & nostro usu per praecones seu auctionarios, vendi curaverit, ac apud eos perdidit pretium, in bona quidem fide constitutus liberatur, actiones sibi adversus argentarios competentes heredi cedendo; at mala fide possidens de pretio reddendo omnino tenetur, quia suo periculo male credit argentiis, *l. item videndum* 18. ff. *b. t.* Ant. Matthaeus de *auditionibus lib. 1. cap. 15. num. 13. 14.* Et haec ita, si ante litem contestatam distractio contigerit; si enim pendente lite, rerum quidem ex causa seu necessitate venditarum pretia una cum usuris tam bonae quam malae fidei possessor praestat; ipsae vero res cum fructibus, si nulla submerit necessitas alienandi, *l. item veniunt* 26. *§. quid, si post* 16. ff. *b. t.* ne dicam, pendente lite, imo & ante litem contestatam post motam controversiam, non aliam, quam necessariam distractionem a praetore permitti, nisi possessor hereditatis satiaderit petitori pro omni quantitate hereditatis, vel rerum ejus restitutione, *l. Divus Fius* 5. *pr. ff. b. t. arg. l. alienationes* 13. ff. *famil. erciscunda*.

19. Ceterum uti ad restituendum tenentur hae conventi actione, ita vice versa etiam indemnes servandi sunt; & quidem tam malae, quam bonae fidei possessores, si hereditatis intuitu sese obstrinxerint, veluti si pro rerum hereditiarum venditarum evictione caverint, aut damni infecti nomine pro rebus hereditariis vicio suo damnum vicino militantibus; ipsis enim hereditatem restituentibus vicissim de indemnitate cavendum foret, *l. item veniunt* 20. *P. sed etiam pr. l. illud quoque* 40. *§. cor-*

tra quoque pen. ff. b. t. l. ipi quoque 19. ff. de rei vindicis. Sed & ea quæ per eos erogata, recuperant: si enim quædam non in res ipsas hæreditarias, aut ad fructuum perceptionem, verum aliter propter hæreditatem expensæ sint, dum æs alienum hæditarium exsolutum, vel legata vere debita legatariis sunt præstita, vel in funus aut monumenti extruccionem impensæ, probabilem modum aut testatoris voluntatem non excedentes factæ, utrique deducunt; malæ tamen fidei possessores non aliter, quam si de petitore defendendo cautiones interposuerint æris alieni & legatorum intuitu, l. si quid possessor 31. l. hereditas 50. §. 1. ff. b. t. l. in restituenda 4. l. ult. §. 1. C. b. t. Plane si indebitum legatariis aut creditoribus putativis solverint, bonæ quidem fidei possessores etiam hoc casu soluti deductione gaudent, cessa indebiti conditione adversus eos, quibus solutum est. At malæ fidei possessores suo videntur periculo tum legata, tum æs alienum solvisse, ut non tam deductio horum ex rebus hæreditariis quam potius actio ad soluta repetenda, quoties solvens stipulatione sibi cavit, evicta hereditate, soluta reddi, eis tribuenda sit, l. quod si possessor 17. ff. b. t. idemque est, si bona fide possidens post motam de hereditate controversiam, debiti aut legati fecerit solutionem; nam nec tunc deductio soluti, sed sola ex cautione superiore actio permittenda foret, l. dolo carere 41. ff. ad leg. falcidiam, junct. d. l. 17. ff. b. t.

20. Ad hæc illud, quod sibi ex hereditate debitum est, bonæ fidei possessor procul dubio deducit; at malæ fidei possessor non aliter, quam si petitori expediat tale debitum dissolutum esse, propter penam aut aliam causam; quo casu dici potest, eum sibi jam mature solvisse, ad penam evitandam, aut solvere debuisse, l. si quid possessor 31. §. sed si ipi 1. 2. ff. b. t.

21. Quod si impensæ in ipsas res hereditarias, non propter fructus, factæ sint, possessor quidem bonæ fidei has omnes, sive necessarias, sive utiles, sive voluptuarias deducit, etiam si non amplius extent vel impensæ vel res ipsæ in quas factæ. At, qui mala possedit fide, solas necessarias in universum deducit; utiles vero tantum, quatenus super sunt, & inde res melior facta est: voluptuarias nullo modo deducit ex hereditate, sed tantum tollit, quatenus potest sine rei detrimento, l. plane 33. l. 39. ff. b. g. Nec mirum, malæ fidei possessorem necessarias impensas omnino deducere juxta d. l. 38. ff. b. t. junct. l. domum 5. C. de rei vindicatione, cum, si eas non fecisset, culpa fuisset reus, omneque ex neglectis hisce impensis damnum superveniens debuisset præstare, arg. l. ei, qui partes 54. §. ult. ff. b. t. junct. l. nisi ex re 33. §. 1. ff. b. t. Licet enim turpiter agat, quod rem alienam sciens possideat, non tamen turpiter aut male agit, quod, cum possideat, impensas erogat ad conservationem rei desideratas. Paulo aliter hæc de impensis sese habent in singulari judicio rei vindicationis; quippe in quo bonæ fidei possessor necessarias quidem & utiles deducit, seu retentione rei recuperat, voluptuarias tantum tollit: imo & utiles quandoque ne deducit quidem, sed tollit tantum, prout bonus iudex varie ex personis causisque constituet, l. in fundo 33. ff. de rei vindic. §. ex diversis 30. Instiit.

de rei vindic. Sed mala fide possidens solas deducit necessarias, utiles cum voluptuariis tantum tollit, ne locupletior fiat dominus cum jactura ejus, d. l. domum 5. C. de rei vindic. vel latius in. de rei vindic. Cur autem tam varie in rei vindicatione & hac hereditatis petitione constitutum sit, ejus rationem esse puto, quod melior esse debuerit conditio bonæ fidei possessoris in petitione hereditatis, quam rei vindicatione, quantum ad impensas recuperandas, quia ex adverso fructuum reddendorum respectu durior est, dum consumtos restituere tenetur, quatenus inde locupletior factus est; quod non ita obtinet in rei vindicatione; ut proinde plenior restitutio fructuum cum plenior impensarum deductione videatur fuisse compensanda. Et cum ita consultum esset plenius possessori bonæ fidei, non adeo abs re videri potuit, si & mala fidei possessori quantum ad impensas utiles paulo magis in hac petitione, quam rei vindicatione, ex æquitate subveniretur.

22. Impensas in fructuum perceptionem factas quod attinet, veluti, quæ quærendorum, cogendorum, conservandorumque eorum gratia fiunt, uti & eas, quæ cum usu & fructibus compensari solent, veluti reparatio modica ædium, tributorum vectigaliumque solutio, alimenta servis jumentisque subministrata, & alias his similes, quas cum fructibus solere compensari traditur in l. vel si videri 3. §. 1. ff. de impens. in rem dot. fact. eas quoque universas deducit possessor bonæ fidei, quatenus ex fructibus, usu, operisque locupletior factus non est, dum nihil aut parum post sumtus factos fructuum nomine percepit, insolita sterilitate, aut hostium ac prædonum incursum, aliave calamitate superveniente, l. si a domino 36. §. ult. l. 37. ff. b. t. malæ fidei possessor, licet eas quoque deducat, quandoquidem naturali ratione fructus non intelliguntur, nisi deductis impensis fructuum quærendorum, cogendorum, conservandorumque causa factis, tanquam quæ ipso jure fructus diminuunt, l. quod in fructus 46. ff. de usuris d. l. 36. §. ult. ff. b. t. non tamen aliter, quam si fructus inde perceperit, sic ut & ad eorum restitutionem obstructus sit: nam si sterilitate, aut aliter sine culpa ac negligentia sua, nullos post sumtum erogatum fructus collegerit, uti eosdem non perceptos restituere non tenetur, ita nec quicquam impensarum nomine deducere potest ex eo, quod nec fuit nec interpretatione juris fuisse fingitur in rerum natura; arg. d. l. 36. §. ult. l. 37. ff. b. t. Neque huic impensarum, in fructuum perceptionem factarum, deductioni adversatur id quod ab Ulpiano traditur, impensas tales videri donatas esse, l. si servus servum 27. §. si olivam 25. ff. ad leg. Aquil. nam, quod malæ fidei possessor necessarias deducit impensas in fructuum perceptionem factas, id inde est, quia recte facit, quod, cum possideat, fructus etiam quarat ex re possessa, quippe ad quos restituendos tenetur, quatenus potuit honeste percipere. At si quis non possideat fundum, qualis est ille, de quo tractat Ulpianus in d. l. 27. §. 25. male agit, ac delinquit, colligendo fructus ex fundo alieno, qui ad ejus periculum non pertinebant, quorumque nomine, nullatenus teneretur, etsi eos æ solo non separasset, sed passus fuisset in universum corrumpi. Cum ergo ita impendens, in re illicita & deli-

cto versaretur, æquum non fuit, ei sumtum istorum deductionem concedi.

23. Non tamen actio, sed sola rerum possessorum retentio & doli exceptio ad recuperandas impensas jure Romano possessoribus comparata fuit, *l. si in area 33. in fine ff. de condit. indeb. l. sumtus 43. ff. de rei vindicat. §. ex diverso 30. Instit. de rer. divis. l. Paulus respond. 14. ff. de doli mali & metur except.* obijcienda etiam post sententiam, ad impediendam executionem. Anton. Faber *C. lib. 3. tit. 22. defin. 15. & lib. 7. tit. 20. defin. 12.* Licet enim impensarum repetitio ipsis tribuatur, *l. domum 5. C. de rei vindic.* non tamen inde firmiter contra ratum manifestas leges deducitur, actionem dari; eo quod non tantum actione instituta, sed & exceptione opposita, repetitionem fieri, natura docet. Nec est, quod obijciatur, & marito, & commodatario, & fiduciario hæredi, actiones dari pro repetitione impensarum, in rem dotalem aut commodatam, aut ex fideicommissio restituendam factarum, *l. unic. §. taceat 5. in fine C. de rei uzor. act. l. in rebus 18. §. possunt 2. ff. commodati l. qui exceptionem 40. §. si pars 2. ff. de condit. indeb.* cum commodatarius commodantem ex vero contractu obligatum habeat, & maritus ac fiduciarius non bonæ malæ fidei possessores sint, sed eo tempore, quo impenderunt, domini fuerint rerum illarum, in quas impensum est: & quamvis bonæ fides, seu opinio domini, tantum præstet possessori, quantum veritas; id tamen locum non habet, quoties (ut in nostro casu) lex impedimento est, *l. bona fides tantundem 136. ff. de regul. juris.* Quod autem in *l. plane in 38. ff. b. t. dicitur officio iudicis id contineri*, ut habeatur ratio-impensarum, nec exceptionem doli mali deiduari, ideo pertinet, quod cum petitio hæreditatis bonæ fidei sit, & talis etiam olim a plerisque haberetur, necesse non fuerit, ut doli exceptio nominatim opponeretur, quia bonæ fidei iudicis inest ipso jure; ceterum id non efficit, quo minus retentio fuerit necessaria, donec impensæ restitutæ essent, dum nullo alio modo, quam per retentionem, servari poterant, *d. l. 33. in fine ff. de condit. indeb. l. Si tamen possessor malæ fidei eo animo impenderit, ut domini, cujus res est, negotia gereret, ad impensas necessarias repetendas negotiorum gestorum actio non videtur deneganda, l. domum 5. C. de rei vindicat.* Idemque ex æquitate obtinuit, si pro hærede, seu hæredis opinione quis possidens, monumentum defuncto fecerit ex defuncti voluntate, vel etiam conditionis implendæ causa, quippe cui, tanquam gestori negotiorum hæreditatis, actionem adversus hæredes instituendi potestas facta est; religionis pariter & supremæ voluntatis favore, *l. hæreditas 50. §. 1. ff. b. t.* Sed quod Romanis ita placuit in certis casibus, hodie ex naturali æquitate generaliter receptum est, ut scilicet non sola retentione, sed & actione consulatur non tantum bonæ, sed & malæ fidei possessoribus, pro recuperandis impensis illis, quarum deductionem iisdem concessam fuisse, supra dictum est, necessariis scilicet, nec non utilibus, quatenus inde res melior facta; ne alioquin domini rerum cum aliena jactura locupletarentur, Argentræus *ad consuet. Britann. art. 336. gloss. 1. num. 6.* Zypæus, Molinæus, Mornachus, alique, quos citat Ant. Matthæus *de auctionibus*

*lib. 1. cap. 18. n. 16. 17. 18. Groenewegen ad §. 39. Instit. de rer. divisione.*

24. Cum autem leges inter impensas liquidas illiquidasque non distinguant in hac materia, satius est, ut existimemus etiam pro illiquidis retentioni locum fore donec illæ liquidæ factæ fuerint ac restitutæ; nec cogendum possessorem, ut possessionem adversario de impensis reddendis caventi cedat: præsertim cum tutius sit rei incumbere quam cautioni, & ipsa retentio non parum ad lites dominus adigitur, ut sponte offerat impendia, quæ, si semel possessionem recuperasset, sæpe non nisi litium ambagibus & iudicis officio constrictus foret restitutus, Nicol. Everhardus *consil. 93. Radelantius Curia Ultraject. decis. 170. Ant. Faber: Cod. lib. 3. tit. 15. defin. 5. & de prohibita alienat. part. 3. cap. 8. n. ult.* ubi plures dissentientes allegat.

25. Observandum tamen, pendente hæreditatis petitione, nec fideicommissarios, nec legatarios, nec creditores impediri, quo minus interim debita sibi ac legata petant, idque vel ab actore vel a reo petitione hæreditatis convento: tamen legatarii de restituenda re cum fructibus, vel pecunia cum usuris, cautionem interponant, iuxta formam præscriptam in *l. ult. pr. & §. 1. 2. C. b. t.* Sed & vice versa, pendente hoc iudicio, recte conveniunt actione personali debitores hæreditarii; actione in rem, quotquot res hæreditarias possident alio jure, quam pro hærede; ita quidem, ut non tantum possessor bonæ fidei has interim actiones exercent; sed & petitor ipse, quoties vel possessor hæreditatis in mala fide fuit, & nihil iuris se habere scit, vel cum in bona fide esset, negligit tamen actiones exercere, ac subest periculum, ne inter moras actiones interdicant, aut inopia debitorum reddantur inanes, *l. si bona fidei 49. ff. b. t.* Præterea, si possessor hæreditatis hac interpellatus actione, testamentum illud, ex quo actor se heredem esse contendit, velit falsum dicere, non potest actorem per exceptionem præjudicialem repellere, quasi præmature hæreditatis petitio mota esset, quia iudiciorum illorum, quæ de hæreditatis petitione sunt, ea auctoritas est, ut nihil in præjudicium illorum, id est, nulla exceptio præjudicialis iis opponi possit: sed tantum sustinetur hæreditatis petitionis iudicium, sed in eo interim non ultra proceditur, donec falsi causa agatur; reo interim jusso satisfacere de hæreditate, quæ ab eo petitur, non diminuenda sed restituenda, *l. Divus Pius 5. §. pen. & ult. ff. b. t.*

26. An vero hanc actionem instituere desiderans, jure sistendi uti possit, & possessorem vel bona ejus non hæreditaria auctoritate iudicis detinere, ut ita hæreditatis petitio apud alium perageretur iudicem, quam apud quem ex communi juris dispositione ventilanda foret, colligi potest ex iis, quæ dixi tit. de in jus vocando num. 25.

## TITULUS IV.

Si pars hæreditatis peratur.

### SUMMARIA.

1. Pars hæreditatis peti potest vel actione vel exceptione. Petit quisque vel partem vel totum, pro jure

re, quod ipse habet; idem juris est in partibus, quod in totius petitione.

2. Quo modo et contra quos agendum, si duo veri heredes sint, et duo hereditatis possessores, et quo modo, si hereditas partim a vero, partim a falso herede possideatur pro diviso vel pro indiviso.
3. Quando pars certa hereditatis, quando incerta peti possit? quos partes utro interim servanda sint, si speretur posthumus frater una cum jam natis parentibus successurus?

1. Quomodum tota hereditas, ita & pars ejus peti potest: adeo ut etiam per exceptionem quis sibi possit asserere hereditatis partem. Si enim pro parte heres universam possideat hereditatem, sciens se tantum ex parte heredem esse: eique per cohæredem de tota hereditate controversia moveatur, permittendum erit possessori partem quidem hereditatis defendere, parte altera cedere, nullamque de ea controversiam sustinere, *l. permittendum §. ff. b. t.* Quisquis vero hereditatem, vel partem ejus petit, is actionem suam non ex eo metitur, quod possessor occupavit, sed tantum ex suo jure: totam nempe hereditatem persequitur, qui ex asse heres est, licet adversarius solam partem possideat; & vice versa heres ex parte nihil præter eam partem recte petit, licet adversarius nulla ex parte heres, iniquus hereditatis totius possessor sit, *l. i. §. 1. C. b. t.* Cum autem, quod juris est in toto respectu totius, idem quoque juris sit in parte respectu partis; consequens est, ut quæ præcedente titulo de hereditatis totius petitione dicta sunt, ad partem quoque petitionem transferantur.

2. Quod si duo possideant hereditatem, & duo sint, qui ad se partes pertinere dicant, non singuli a singulis petere debent, puta primus a primo, secundus a secundo possessore: sed ambo a primo & ambo a secundo: neque enim alter primi, valter secundi partem possidet, sed ambo partem utriusque *l. i. §. quin imo 2. ff. b. t.* Si partim a vero, partim a falso herede teneatur hereditas, videndum an pro diviso possideant. Pro diviso possidere hic dicuntur, inter quos, tanquam cohæredes, jam intercessit divisio rerum hereditariarum, sive mutua conventionione, sive judicis officio per intentatam familiæ eriscunda actionem; contra, pro indiviso, si necdum ita divisio facta sit, licet forte singuli separatas partes rerum hereditariarum, aut separatas res hereditarias, naturaliter possiderent ac teneant. Quibus prænotatis, si verus & falsus heres pro indiviso possideant, superveniens alter verus heres adversus solum heredem falsum hac agit actione. Nam cum alter verus heres nil præter suam partem pro indiviso possideat, nec ultra possidere desideret, quam quod ei jure & ex additione facta acquirendum erat, atque adeo nihil possidet pro herede aut pro possessore; sequatur, ipsum nullo jure per cohæredem non possidentem inquietari posse hereditatis petitione, sed tantum judicio familiæ eriscunda, arg. *l. i. §. quin imo 2. in fine ff. b. t.* Sin pro diviso, sic ut cohæres verus non plus habet sua parte, ut loquitur Ictus in *d. l. i. §. 3. ff. b. t.* rationi ac necessitati juris conveniens est, ut & contra verum cohæredem & contra extraneum

pro herede vel pro possessore possidentem experia-  
tur; qui aliquam sibi asserere ac vindicare vult hereditatis jam divisæ partem, ac is quoque, qui cum falso herede jam pro diviso possedit, adversus eundem dirigat pro sua parte hereditatis petitionem: ut postea rerum omnium hereditariarum inter veros cohæredes divisio nova instituat. Cum enim facta prior inter verum ac falsum heredem divisio alteri vero cohæredi obesse nequeat; consequens est, & verum & falsum heredem ex divisione facta possidere partes rerum hereditariarum, pertinentium pro indiviso ad cohæredem alterum postea supervenientem, ac proinde eum adversus utrumque agere posse ac debere, *l. i. §. si ergo 3. ff. b. t. arg. l. Pomponius 8. ff. de rei vindicatione*. Quo facit, quod alibi negatur, nos posse consequi per hereditatis petitionem id, quod familiæ eriscunda judicio consequimur; cum ad officium judicis nihil amplius pertineat, quam ut hereditatis partem pro indiviso restitui nobis jubeat, *l. non possumus 7. ff. b. t.* consequeretur vero plenissimum judicii familiæ eriscunda effectum, si divisæ inter verum falsumque heredem hereditate, tantum adversus heredem falsum intentanda foret hereditatis petitio, ratione partis ab eo possessa. Nec est, quod quis existimet, hanc reprobari sententiam, dum in fine *d. §. 3. utilior* dicitur Pegasi sententia. Quamvis enim utilior ea sit, quatenus ita magis evitantur litium ambages ac actionum multiplicatio; non tamen ideo reprobata fuit aut rejicienda contraria opinio, ratione juris manifesta nitens. Unde & Ictus, licet jam ante Pegasi sententiam dixisset utiliorem, tamen mox in *§. 4. d. l. i.* decisionem alterius casus subnectit non sententiam Pegasi, sed rationi juris superius adductæ convenientem: ut tamen negandum non sit, quin sententia Pegasi tanquam utilior, officio judicis admitti debeat, non omni quidem in casu, sed aliquando, seu fortassis (ut Jurisconsultus loquitur *d. l. i. §. 3. ff. b. t.*) tunc scilicet cum rerum fungibilium est facta divisio, sic ut compensatio in his admitti queat, nec intersit, quam ex rebus hereditariis fungibilibus partem habeat verus heres; & ideo in *§. 4. d. l. i.* dicitur, officio judicis invicem compensationem esse faciendam ejus, quod possidetur: qualem compensationem in solis fungibilibus, non item corporibus aliis, leges admittere, notum est. Sed nec sententiæ huic adversatur Paulus Ictus in *l. Pomponius 8. ff. de rei vindicatione*, in cuius principio, cum distinctionem adhibuisset, an fundus ab iniquis possessoribus duobus pro diviso an pro indiviso possessus esset, in fine subiungit; *quæ distinctio neque in re mobilis, neque in hereditatis petitione locum habet; nunquam enim pro diviso possideri possit*. Longe enim alio sensu illic pro diviso vel pro indiviso possessio accepta est; negatur scilicet hereditatem pro diviso possideri (addo & peti) posse, in quantum hereditas juris nomen est, rebus incorporalibus atque adeo individuis annumerata, quam ideo singuli pro divisa parte naturaliter occupare nequeunt, uti quidem duo naturaliter occupare possunt separatas ejusdem fundi partes: licet ergo in fundi vindicatione distinguendum fuerit, utrum ex parte dominus una cum non domino possideret communiter istum fundum, an vero certis regionibus, atque ita singuli separatas partes; ut priore quidem casu adversus solum non dominum;

posteriorē & adversus extraneum possessorem & adversus eisdem fundi condominium agendum fuerit, quia tamen talis pro diviso possessio in rebus incorporalibus sine præcedente iudicio familiarē eriscundā intelligi non poterat; recte dixit Paulus, eam distinctionem in hæreditatis petitione locum non habere; sed potius, sive verus & falsus hæres communiter, sive separatas res aut rerum hæreditariarum partes separatas possideant, solum illum, qui pro hærede vel pro possessore possidet, petitione hæreditatis conveniendum esse a superveniente verò cohære; eo quod, non obstante separata corporum hæreditariorum possessione, ipsa tamen iuris hæreditarii possessio inter verum falsumque hæredem, necdum moto inter eos familiarē eriscundā iudicio, remansit indivisa. Quæ cum ita sint ex manifesti iuris rationibus & principiis, consequens est, errasse toto cōlo Ant. Fabrum, & plerisque cum ipso, in *rationabilibus* ad l. 1. §. 3. ff. b. t. & l. 8. ff. de rei vindic. dum d. l. §. 1. 3. ff. b. t. propositam Pegasi sententiam accipiunt de hæreditate per verum & falsum hæredem pro indiviso possessa; id enim si verum esset, Pegasi sententia non tantum utilior fuisset dicenda, sed & rationibus iuris per omnia conveniens, ut nempe solus extraneus conveniretur, non cohæres nihil alienum pro hærede possidens, ut ante probatum.

3. Ceterum vel pars certa hæreditatis peti potest, vel incerta. Certa quidem, quoties ex pluribus hæredibus jam natis quidam deliberant: durante enim eorum deliberatione nihil præter suam partem recte petierit is, qui hæreditatem jam adivit; tunc demum reliquas exacturus partes, cum, ceteris suas portiones repudiantibus, ipse in universum per jus accrescendi fuerit hæres factus, l. 1. ex pluribus 2. ff. b. t. Incerta vero, si cohæres speretur, qui etiamnum in utero est; veluti, si ex fratrum defunctorum uxoribus nascituri liberi patrui sint hæredes futuri: inter eos enim cum pro numero succedentium viritum & in capita dividenda sit hæreditas, ac plures uno partu edi possint, necesse est, ut interim partis incerta petitio concedatur, l. 1. §. ult. ff. b. t. Si tamen patre mortuo mater sit gravis, certa pars interim per jam natos petitur; ita ut tres partes medio tempore serventur utero, quasi tergemini nascituris. Sed si plures eo partu nasci contigerit, nullum eis ista certa partis petitio & concessio generabit præiudicium, dum singulis, quibus jam portio data erat, pro rata decrecet: uti ex adverso accresceret singulis, si unus tantum aut duo deinceps ederentur, l. antequi 3. l. 4. ff. b. t. Quibus non contradicunt leges, dimidiam, quartam, aut sextam partem utero assignantes, l. cum quidam 30. §. suum

hæredem 6. ff. de acquir. vel omitt. hæreditate, l. si pater meus 36. ff. de solutionibus, cum illic non definiatur, quæ interim portio utero servanda sit, quamvis incertum est, quot uno partu sint nascituri, sed quæ ex parte tum liberi jam nati, tum illi, qui in utero sunt, vere & cum effectu hæredes sint; ex semisse scilicet, si unus jam natus sit, & unus tantum in utero formatus; ex quadrante, si tres; ex sextante, si quinque in utero existant, suo tempore edendi; licet id, quod supra tres nascitur, fere portentotum Cajus dixerit l. usum 7. pr. ff. de rebus dubiis.

## TITULUS V.

### De possessoria hæreditatis petitione.

Cum prætor æque bonorum possessionem ex testamento vel ab intestato daret illis, quibus iure civili, stricte sic dicto, delatum non erat ius succedendi; adeoque nec civilis petitio hæreditatis accommodari poterat; necesse fuit, ut & prætoriam hæc possessoriā introduceret hæreditatis petitionem, cuius de cetero idem effectus sunt qui civilis petitionis, l. 1. 2. ff. b. t.

## TITULUS VI.

### De fideicommissaria hæreditatis petitione.

Fideicommissaria hæreditatis petitio competit iis, quibus ex fideicommisso restituta est hæreditas adversus eos, qui pro hærede vel pro possessore possident, l. 1. ff. b. t. Cumque hæc actio hæreditatem supponat a fiduciario jam restitutam & in fideicommissarium translatam; consequens fuit, ut adveniens hæredem fiduciarium ad obtinendam hæreditatis restitutionem ex causa fideicommissi haud danda fuerit, l. ult. §. 1. ff. b. t. quippe qui potius actione ex testamento ad hæreditatis ex fideicommisso restitutionem foret compellendus, ubi prius ipse sponte hæreditatem adeundo, sese quasi ex contractu devinxit ad implendam defuncti voluntatem, arg. §. hæres 5. Inst. de oblig. qua quasi ex contractu, aut si ipsam additionem detrectet, ad adeundum & restituendum ex Senatusconsulto Pegasiano in Trebellianum transfuso cogendus, extraordinaria implorata prætoris cognitione, & decreto subsecuto, §. ergo 6. & §. 7. Inst. de fideicommiss. hæred. Recipit autem hæc quoque actio eadem quæ hæreditatis petitio civilis, l. 2. ff. b. t.

## LIBER SEXTUS.

## TITULUS I.

## De rei vindicatione.

## SUMMARIA.

1. *Dominium latius & strictius accipitur: quid sit? dividitur in plenum ac minus plenum, naturale & civile, directum & utile, bonitarium & quiritarium.*
2. *Quid sit rei vindicatio? quo modo olim alter ex jure manum consertum vocaverit, vindicationis faciendae causa?*
3. *Competit domino, etiam si civile tantum, vel minus plenum, vel tantum temporale dominium habuit, ac nunquam possederit; vel ignorans antea alteri vindicanti operam prastiterit.*
4. *Non vincit hac actione, qui pendente demum lite dominium acquisivit, nisi mutato libello post dominium acquisitum: uti nec, qui pendente lite dominium amisit.*
5. *Factum tertii alienantis extra consensum domini, aut tradentis extra finis mandati de alienando dati, aut vincentis in lite, qua ipse cum tertio intercessit, non impedit, quo minus dominus rem suam vindicet.*
6. *Fideicommissarius vindicat existente conditione rem a fiduciario alienatam, proprietarius rem fructuarius a fructuario distractam, socius suam partem a socio alienatam.*
7. *Dominus rem suam furto subductam etiam a bona fidei possessore vindicare potest, non refuso pretio, nisi aliud certis in casibus statuta ferant.*
8. *Non potest vindicari vel condici pecunia furitiva, si illa per furem creditoribus ejus soluta & bona fide per eum consumpta vel nummis aliis mixta sit. Nec res nundinis publicis privilegiatis vendita, nisi pretio emptori reddito, uti & qua a fure eo antea redempta, ut domino salve sint, si modo color quatuor non sit.*
9. *Quid juris in rebus per piratas, aut per hostes capitis, & redemptis?*
10. *An pretium ex re furitiva redactum aut debitum vindicari possit per rei dominum? An, et quando, & contra quos dominus rei furitiva habeat personalem actionem de pretio rerum furivarum?*
11. *An res ex pecunia furitiva emta vindicari possint per dominum pecunia; & an is in rebus illis ante aliorum furis creditores praelationem habeant?*
12. *An dominus res, quas commodato vel pignori dedit, vel locavit, vel deposuit, vel precario concessit, vindicare possit pretio non reddito, si illa a commodatario, depositario ceterisque ignorante domino vendita sint? Et quid hodie hac in parte obtineat?*
13. *An dominus vindicare possit res mobiles ex decreto iudicis auctione publica venditas, quasi ad Voet ad Pandect. Tom. II.*

commodatarium, depositarium, similesque parinuisissent dominii jure?

14. *Nemo vindicat rem a se alienatam, licet pretium nondum numeratum sit, sed fides de eo habita. Quid juris, si inter paucos dies forocesserit emptor cui res tradita fide habita de pretio, si res adhuc invenitur in bonis cedentis, vel tertio bona fide emptori privatim sit vendita, vel etiam in nundinis publicis privilegiatis?*
15. *Quid juris circa vindicandi potestatem, si res tradita sit non habita fide de pretio; & quid si tunc per emptorem nundinis privilegiatis iterum distracta sit?*
16. *Heres non potest vindicare rem a defuncto alienatam, pro qua parte heres est, nec pupillus rem a defuncto, cui heres est, sine decreto alienatam, nec fideicommissarius rem a fiduciario alienatam, si & fiduciarii heres sit. Quid juris in eo, qui cum inventario heres est?*
17. *An is, qui rem alienam vendidit & tradidit, eam vindicare possit, postea dominus ejus rei fiat?*
18. *An fiduciarius rem fideicommissariam pendente conditione fideicommissi alienatam vindicare possit, si postea existat conditio?*
19. *Vindicare quisque potest rem, quam nullo jure vendidit, cum ejus administrator esset, idque in utilitatem ejus, cujus illa res est.*
20. *Nemo regulariter vindicat rem, cujus dominium necdum acquisivit. Si duobus res eadem sit diversis temporibus vendita, is vindicat cui prius est tradita, sive vere sive fide. Quid si posterior emptor, cui tradita, sciverit eam alteri esse venditam? Quid si demum tradita posteriori, postquam prior cepisset eam iudicio petere? Quid, si Princeps duobus vendiderit? quid si Beneficium Ecclesiasticum duobus collatum sit?*
21. *Nemo rem suis nummis per tertium emtam vindicare potest. Utiles tamen militibus jure Romano data vindicatio, & pupillis. Recensentur alii plures, quibus in genere tantum utilis rei vindicatio datur.*
22. *Conveniunt rei vindicatione possessores, licet lite demum pendente ceperint possidere, eorum heredes quatenus possident, item qui sui se obtulerunt, qui dolo malo possidere desierunt, quomodo teneantur eorum heredes? An, & quo usque conveniri hac actione possint nudi rerum decemtores?*
23. *Non datur contra eum, qui rem a fisco vel Principe emit; nec contra eum, qui dolo fecit quo minus possessionem acquirat.*
24. *Ut actor vincat, debet rei notas exprimere, & se dominum probare. Quibus modis illud probatur? an per solemnem immobilium traditionem coram lego loci, si forte titulus non aliter probetur? an per signorum aut insignium impositionem, aut locationem longo tempore factam?*
25. *Si res negotiis se possidere, possessio in actorem*



transfertur, & tunc reus, tanquam actor probare debet se dominum esse. Quod moribus non minus acutum.

26. Vindicantur res tantum corporales, etiam grex, non pecuniam aut hereditas.
27. Vindicatur vel tota res, vel pars rei, plerumque certa, quandoque incerta.
28. An pars rei nostra, qua superest, vindicari possit, veluti coriam, caro, cornua, bove extincto, arca extincta domo? & quid si res tales legata perierit?
29. An, & quo iure vindicari possit homo liber, res sacra, res alius rebus juncta & natura vel lege prohibita reparari?
30. Restituenda res, qua vindicatur, cum omni causa. Quo in loco? non habet hic reus condemnatus quatuor mentium dilationem, sed quandoque arbitriariam; maxime pro restitutione fructuum, qui per iudicium summarium liquidi fieri debent.
31. Si reus contumacia rem restituere nolit, manu militum auferitur. An retinere rem possit, quia aliam ab alio de re eadem licet patitur aut metuit, aut jus pignoris habet, aut damni infecti pro re illa cavet? an propter impensas?
32. Si reus condemnatus rem possidere desiderit, adversus eum in litem iuratur, nec actiones ei per dominum cedenda sunt; securi in noxali & personali actione.
33. Quid iuris, si reus non dolo, sed culpa, possidere desiderit?
34. Quid iuris, si causa res apud reum perierit? non esse admittendam differentiam inter actionem in rem & in personam, cum quaritur de interi. u rei ex casu contingente post mortem.
35. Fort. interitum rei, dolo, culpa aut casu contingente, superest nobilominus questio de fructibus, & utilitate rei.
36. Quales impensas possessor bona & mala fidei deducere vel tollere possit iure Romano & hodierno; & an is, qui mala fide edificavit in alieno, iugum postea solvum vindicare iure Romano poterit?
37. Quid iuris sit circa impensas in fructus?
38. In repetitione impensarum in rem sublarum prius compensandi fructus cum impensis.
39. Non tamen fructus ipsarum meliorationum compensandi cum impensis meliorationis.

1. **Vindicare**, in genere, est jus in re sibi asserere; & vindicationes dictae omnes in rem actiones, conditionibus oppositis, §. appellamus 15. Inst. de actionibus. Jus autem in re quintuplex esse, lit. de inoff. testam. n. 2. demonstratum est, cuius prima species, dominium, latiore quidem sensu omne jus in re videtur completi: ita namque, qui per alterius corpus possidet, dominus possessionis dicitur, l. si quis alterius 2. C. ubi in rem actio, & dominium servitutis esse, ac domini nomine usufructuarium quocumque contineri, patet ex l. in venditionem h. pr. ff. de rebus auctor jud. possid. & vendend. l. semper 15. §. quod vi aut clam. Sed strictius acceptum dominium, est jus, quo res nostra est, & vel plenum est, dum proprietati usufructus cohaeret; vel minus plenum, ac in iusta proprietate

consistit, usufructu penes alium existente. Insuper vel civile est, vel naturale; qua ratione dominium dotis naturale penes mulierem esse, civile penes maritum, indigitat l. in rebus 30. C. de jure dotium. Denique vel directum est, quod scilicet penes eum remanet, qui in emphyteusim aut feudum concessit, vel utile, ab aliis appellatum jus dominio proximum, quod emphyteute, vasalli, & similes habent; qui & domini propterea in jure vocati sunt, l. possessor 12. in fine C. de fundis patrimonial. arg. l. sciendum 15. §. possessor 1. ff. qui casid. cog. licet considerato dominio directo hi domini esse negentur, l. 1. §. 1. ff. si ager vestigalis id est emphyt. per. Fuitque huic dominii distinctioni in directum & utile non longe absimilis ea, qua prius ius bonitarium aliud dominium erat, quasi dominium juris gentium, aliud Quiritarium, ex jure Quiritium; de quo Brissonius scribit. amiquit. lib. 4. cap. 1.

2. Ex hoc jure dominii nascitur rei vindicatio, actio scilicet in rem, qua rem nostram ab alio possessionem petimus: aliter dicta specialis in rem actio, l. 1. §. 1. ff. b. cuius formula cum olim fere hac fuerit, hanc ego rem ex jure Quiritium a jo meam esse, debebat res ipsa vindicanda praesens esse, aut saltem pars rei, veluti gleba fundi vindicandi; quem in finem alter alterum ex jure manum consortium vocabat, id est alter alterum ex jure ad conferendam manum in rem, de qua ageretur, vocabat, atque ita simul profecti in agrum, de quo litigabatur, terra aliquid ex eo, puta glebam, in jus in urbem ad praetorem deferbant, & in ea gleba, tanquam in toto agro vindicabant, te te Gellio Noct. Attic. lib. 20. cap. 10. quod & plenissime expositum a Barnaba Brissonio de formulis lib. 5. pag. mihi 375. Ravardo ad leg. 12. tabul. cap. 6. ver. in parte legum 12. tabul. ad legem 23. & lib. 9. cap. 13. fere in pr. vers. in fundo.

3. Duplex autem est rei vindicatio, directa alla, alia utilis. Directa illis datur, qui jure gentium aut jure civili dominium acquisiverunt, l. in rem 23. ff. b. 1. adeoque & marito respectu rei dotalis, stante matrimonio, tanquam civili dotis domino, arg. l. dote 9. C. b. 1. junct. l. in rebus 30. C. de jure dot. non item uxori, nisi de num eo dissoluto; cum antea jura domini in muliere prope conticescant, ac fere unice per maritum exerceantur, arg. d. l. Neque contrarium videri potest placuisse imp. Alexandro in l. mater tua 3. C. b. 1. cum non pateat, de fundo dotali, aut vindicatione matrimonio durante scienda, in d. l. 3. sermonem esse. Neque interest, utrum plenum quis habeat domini jus, an nudam proprietatem, usufructu penes alium existente, quoties res usufructuaria a tertio possessa est, vel ipse fructuarius eam non servitutis sed domini jure possidere cupit, l. fructus 33. in fine ff. b. 1. junct. l. rebo dicimus 25. ff. de verb. signif. Uti nec refert, perpetuum an temporale dominium competat; veluti heredi ratione rei, quae alteri sub conditione legata est, cuiusque dominium ea existente ab herede est recedendum, l. non ideo 66. ff. b. 1. Nec denique, utrum possederit, an nunquam antea possessionem fuerit adeptus; atque adeo heredi quoque, cui ex actione dominium quidem, at non possessio acquiritur, accommodanda est, l. si ager 50. §. 1. ff. b. 1. junct. l. cum barodes 23. ff. de acquir. vel amitt. posses.

neque quibquam impeditur rem suam vindicare, quod forte prius alteri eandem vindicanti patrocinium ignotans praestiterit, advocacionis officio functus, si postea cognoverit, rem ad se pertinere, *l. inter officium 54. ff. b. i.*

4. Non tamen suffecerit, quod quis pendente demum lite dominium rei consecutus fuerit, quam jam ante coeperat vindicare; nisi enim mutato libello, ac refusus reo impensis, ex nova acquisiti domini causa vindicare instituat, victus in ea lite haud esset evasurus: neque enim videri potest illius domini jus in iudicium deductum esse, quod demum post litem contestatam accidit seu acquisitum est, ideoque alia interpellatione opus foret, *l. non potest 25. ff. de iudiciis, l. si mater 11. §. eandem 4. & §. itaque 5. ff. de except. rei judicat. junct. l. cum, quem 70. ff. de iudiciis.* Hocque facit, quod & in ipsa actione ad exhibendum, preparatoria rei vindicationis, non aliter condemnatio sequi debeat, quam si actoris utroque tempore interfuerit, rem ei restitui, & quo lis contestabatur, & quo condemnatio fit, *l. signi 7. §. ult. ff. ad exhibendum*, quod de eo dici nequit, qui litem contestata tempore necdum dominium fuerat consecutus. Denique hunc, qui ex jure post demum acquirendo ligare coeperit, similem esse ei, qui sine fundamento domum extruere tentavit, non inconcinne post alios dixit Peckius *de jure sistendi cap. 17. num. 10.* Adde Iustum Meyerum *Collegio Argentario. b. tit. num. 13.* Neque his adversatur, quod, si reus pendente demum lite possessionem adeptus fuerit, actori tamen condemnandus sit, *l. si autem, 27. §. possidere 1. ff. b. i. l. si hereditatem 4. l. item videndum 18. §. si quis 1. ff. de p. u. hereditas. l. signi 7. §. si quis non 4. ff. ad exhibend.* Recte enim eo casu iudex reum actori damnat, quia in actionibus in rem potissimum jus actoris spectatur, dum ex parte rei nihil præter qualemcumque possessionem vel detentionem naturalem requiritur, quæ quodcumque accedens efficit, ut reus possidens restituenda rei facultatem habeat; atque insuper actor ut versus dominus ex ea causa egerat, quæ lite vetustior dominium ei non immature adjecerat; sic ut actoris interfuerit & lis contestata & rei iudicata tempore, rem sibi restitui: cum ex adverso in nostro casu actor, nullo nixus domini jure, perperam vindicandi formula usus fuerit, hanc rem suam esse non ex vero contendens, atque adeo probare non valens, sua & litem contestata & rei iudicata tempore interfuisse. Non etiam adversatur *l. si rem 9. §. ult. ff. de pignorat. act. l. Iulianus ait 11. ff. qui testid. cog. 1. licet 56. ff. de iudiciis, l. si mandavero 17. ff. mandati.* Cum in his omnibus non defuerit principalis aliqua agendi causa, seu actionis fundamentum; sed tantum quædam præmitti debuerint, aut præstari, ex parte actoris, quæ aut præmissa non sunt, veluti mandatum, aut non facta, puta, oblatio totius debiti ad pignus luendum. Quo modo generaliter in omnibus contractibus ultro citroque obligatoris agens, antequam impleverit contractum ex suo latere, repelli potest, sed eo impleto, nihilominus vincit. Licet quod attinet speciem facti, quæ est in *d. l. 17. ff. mandati*, etiam non exactio per procuratorem eo cuius exactio mandata erat, reus mandans agebat actione mandati, cum utique debuisset procurator exegisse;

alioquin in id, quod interest, mandanti dampnandus. Jure tamen Canonico contrarium placuit, quoties petitio ex generali jure domini, non ex speciali titulo, facta est, *cap. 3. de sentent. & re judicata in 6.* Sed & si litem contestata tempore dominus fuerit, qui hanc actionem movit, lite vero pendente dominium amisit, absolvi reum ratio dicat, arg. *l. si servus furtivus 14. ff. de condict. furtiva*, tum quia res devenit ad eum casum, a quo initium actio habere, & in quo eundem non potuit, arg. *§. pen. Instit. de noxalibus act.* tum quia desit actoris interesse, arg. *d. l. signi 7. §. ult. ff. ad exhibend.* tum denique quia sublatum est ac extinctum illud, quod unicum hujus actionis fundamentum est. Quibus non obest, quod actio noxalis duret, & condemnatio sequi debeat, si lite pendente actor a reo demum servi consecutus sit, *l. si alienus 57. ff. de noxal. action.* Neque enim ibi primaria intentio actoris erat ad noxam deditionem, sed tantum ad damnum per servum dati reparationem, quæ etiam alienato servo fieri poterat: noxæ deductio tantum erat in liberatione, damni reparatio in obligatione; adeoque est, quod sibi reus imputet, quod ad damni reparationem ut debitam damnatus, careat noxæ dandi, & ita sese liberandi facultate.

5. Neque hanc rei suæ vindicandæ potestatem tollit regulariter factum tertii, rem nostram non jure alienantis. Sic enim, (ut per species factorum nobiliores eamus) mulier rem, quam pro debito alieno pignori obligaverit, & ita contra Senatusconsultum Vellejanum intercesserat, recte vindicat, licet a creditore jure pignoris distractam, *l. redemptores 39. §. 1. & seqq. ff. b. i.* (quod tamen apud hodie cum jure & fide hæcæ fiscalis, prout nunc distrahi pignora mos est, conveniat, vide in *seqq. num. 15.*) Uti & is, qui procuratori mandavit rem certo pretio, veluti mille aureis, vendi & tradi, si is minoris vendiderit & tradiderit. Quive rem certo pretio tradi jussit, si illa definito quidem pretio distracta, sed eodem necdum persoluto tradita sit, *l. 1. §. si quis rem meam 2. & §. Celsus 3. ff. de except. rei vend. & tradita.* Similiter, si, re debitoris per creditores subhastata, tertius tanquam rei istius dominus intercedat, seu sese subhastationi & distractioni solemnī opponat, & cum vere dominus non esset, tamen imprudentia iudicis vincat, atque ita impedita venditione rem sibi obtineat; debitor, tanquam verus rei istius dominus, non erit impeditus eandem vindicare ab eo, qui in iudicio oppositionis victor fuit. Est enim hic res inter alios acta, creditorem scilicet ac tertium intercedentem; nec creditor debitoris personam hic videtur sustinere, neque debitoris sed suum magis negotium gerere; nec denique debitor impedire poterat, quo minus creditor contenderet cum opponente de proprietate rei; quo casu rem inter alios actam alteri non nocere, aut jus ejus minuire, constat *l. apud constitutum 65. ff. de re judicata.* Estque hoc ipsum manifeste definitum, sententiam eorum, qui de jure intercedentis summam cognoverunt, non posse debitori præjudicare, quoties hi dimittendam eam rem putaverint, quasi ejus sit, qui controversiam movit, non ejus, cujus nomine capta est, si forte jure ordinario coepit debitor persequi tanquam dominus rem illam, ut suam, sed ex cogitatione summam interposita penes intercedentem con-

stitutum, l. a D. Pio §. si rerum 4. ff. de re judicat. Ant. Matthaeus de auctionibus lib. 1. cap. 11. num. 92. 93.

6. Sed nec fideicommissarius impeditur vindicare rem a fiduciario pendente conditione alienatam, si dein fideicommissi conditio extiterit, l. ult. §. pen. C. commun. de legatis. Nec proprietarius rem a fructuario distractam, arg. l. uxor 20. C. de legatis, nec dominus rei communis partem suam, cum forte a ter rem communem in solidum vendidisset; cum nec a furti vicio talis immunis sit, si res mobilis communis fuerit; neque privato cuiquam, sed fisco soli datum fuerit, rem sibi cum alio communem in solidum distrahere, l. multum 2. C. de commun. rer. alienat. Ant. Matthaeus param. Belgar. Juriscons. 7. num. 17. vers. tertio circa fin. pag. 239.

7. Multo minus impedita censeri debet vindictio rei illius, quae suo domino per furtum subducta est; quippe qui eam non a fure tantum & herede ejus, sed & alio quovis bonae malae fidei possessore repetere potest, nec pretio quidem emptori bonae fidei refundendo, cum is cautius mercari debuerit, & actione de evizione adversus auctorem suum regressum habeat, l. incivilem 2. C. de furtis, l. si mancipium 23. C. b. t. Privilegium Maria Burgund. Hollandis Zelandisque datum 14. Martii 1476. Placit. Holland. vol. 2. pag. 670. in med. Uti tamen hic penitus examinanda & inspicienda sit loci cujusque consuetudo; quae fere est, ut mensam fonebrem exercentes bona fide tuto accipiant pignori res furto subductas, non nisi pretio reddito easdem suis dominis restituerit, & ut certo tempore certoque die rum vel hebdomadarum spatium aurifabri ac veteramentarii res sibi venum oblatas ipsi venales publice exponant, eoque lapso sic tuto emant, ut non nisi pretio refuso vindicationem pati teneantur; si modo a venditoribus ipsis pretium nequiverint recuperare. Et haec quidem, si statuta aut consuetudines eam in rem conceptae appareant; ceteroquin lisdem deficientibus, ratio non est, cur a Romani juris definitione videretur recedendum, vid. Christinus ad leg. Maculinens. tit. 2. art. 2. num. 6. 8. Carpovius defin. forens. part. 4. constit. 39. defin. 5. 6. Mavrus ad jus Lubecens. lib. 3. tit. 2. art. 2. num. 24. & seqq. Grolius manuatus ad Jurisprud. Holl. lib. 2. cap. 3. num. 13. 14. Groenewegen ibid. in notis, & ad d. l. 2. C. de furtis. Sim. van Leeuwen cons. for. part. 1. lib. 2. cap. 11. n. 3. 4. Wassenaar pract. jud. cap. 9. num. 4. Anselmo Codex Belgicus, verbo, Oude Kleekepers.

8. Fallit tamen haec rerum furtivarum a tertio bonae fidei possessore vindicandarum potestas, quoties pecunia furtiva per furem creditori ejus bona fide accipienti soluta, vel pro re vendita pretii vice numerata fuit & vel consumpta vel alteri pecunia mixta, cum ita consumti videantur nummi, l. si alieni 7. ff. de solution. consumti autem bona fide per creditorem nummi alieni neque vindicari possint nec condici, l. Cassius aut 17. ff. de solutionibus, vsg. l. non omnis 19. §. 1. ff. de rebus creditis. Ant. Matthaeus de auctionibus lib. 1. cap. 18. num. 12. Neostadius Curia suprema decr. 36. cujus initium est, Petrus pecuniam. Uti & in rebus illis furtivis, quae publicis in nundinis fuerunt alicui bonae fidei emptori divenditae, quae non nisi pretio, quod da-

tum est, restituto vindicari possunt; quoties emptor nequit a venditore pretium servare; ita jure singulari munitis istis nundinalibus venditionibus in plerisque Belgii locis (si paucis excipias, in quibus inter rem alienam, & furto subductam, distingui observat Ant. Matthaeus paramia 7. num. 17. vers. secundo) commerciorum adjuvandarum gratia, ne timidius ad emendum accederent emptores, si re aliena bona fide comparata, pretii periculum deberent subire, nulla licet in culpa plerumque haerentes; dum in peregrinorum promercii causa adventantium, ac res venales exponentium, conditionem integritatemque curiosius inquirere onerosum ementibus ac prope impossibile visum est, Grolius d. lib. 2. Manuatus. cap. 3. num. 13. Zypaeus notis. Jur. Belgici lib. 3. in pa. de rei vindicat. vers. jure dominus, Ant. Matthaeus d. paramia 7. n. 17. Groenewegen, Wassenaar, Simon van Leeuwen d. locis. Denique nec illos rerum furtivarum emptores, rei vindicatione a dominis conventos, pretio erogato fraudandos esse aequitas dicat, qui res furtivas, longius alioquin abducendas distrahendisque, tunc emerint animo, ut eas dominis suis salvas faciant iterumque restituant; non suum ita, sed dominorum potius negotium gerentes, maxime si pretio viliori comparaverint aestimationis majoris res furto subductas, & sine tali redemptione suis probabiliter dominis perituras; si modo id ipsum vel emptionali instrumento insertum fuerit, vel testatione tempore contractus coram testibus interposita probari queat; sic ut nullus videri possit color quastus, sed bona fide mentisque haec gesta appareat: tunc enim inficias iri non potest, quin haec erogatio utiliter & probabili ratione facta sit, adeoque ne negotiorum quidem gestorum actio videtur deneganda esse, arg. l. alimenta 11. C. de negot. gestis. Et certe, si navi a piratis redempta, pretium redemptionis redimenti vel dominio mercis, qua data redemptione facta est, restituendum veniat per contributionem, l. si laborante 2. §. si navis 3. §. de leg. Rbod. de jactu, quidni & is, qui rem furtivam minoris redemptis; recuperet, quod expendit, ut domino rem salvam faceret? Carpovius defin. forens. part. 4. constit. 39. defin. 7. Menochius de praesumption. lib. 5. praesumpt. 29. num. 16. Ceterum, si quem sub obtentu rei in gratiam domini redimenda suum magis, quam domini negotium voluisse gerere, ratione probabili demonstrari possit, dum forte rei dominio restituenta, aut saltem denunciationis facienda, facultatem habens, studioso eandem protelavit, nec nisi urgente prope necessitate pudoreque acrius obtulit domino restitutionem; non dubium, quin ei, velut in fraude manifesta constituto, nihil ex pretio soluto reddendum sit, arg. d. l. incivilem 2. C. de furtis, junct. l. si pupilli 6. §. sed & si 3. ff. de negot. gestis, ac de his potissimum intelligendi interpretes, pretii repetitionem emptori in casu nostro denegantes, inter quos Christinus ad leg. Maculinens. tit. 2. art. 1. num. 6. Menochius d. lib. 5. praesumpt. 29. num. 13. & seqq. Mollerus remedium lib. 3. cap. 10. Dion. Gothofredus ad l. 2. C. de furtis.

9. Quae de rebus furto subductis, per dominos sine pretii restitutione vindicandis dicta, ex rationis paritate ad ea quoque, quae per piratas capta, se postmodum aliis in bona malae fidei constitutis di-

vendita fuerint, porrigenda sunt, cum hi vere a furibus aliis non aliter distent, quam quod, uti ple-  
rumque potentiores, ita quoque improbiore sunt; nulla de cetero potestate occupandi aliena mun-  
ti, nec jure domini ullatenus sua facientes quae nullo  
diripuerunt jure, arg. l. postliminium 19. ff. a pi-  
ratis 2. l. botes sunt 24. ff. de captiv. Et postlim.  
revertis, l. qui a latronibus 15. ff. qui reman. fac.  
poss. Adde Instrumentum pacis inter Anglos & Bel-  
gas 28. Aprilis 1654. artic. 14. vol. 2. placitor. pag.  
327. Quibus non adverterat Pomponius in l. mulier  
6. ff. de captiv. Et postlim. ubi pretium centurioni  
dicitur reddendum a fisco, cum is mulierem in opus  
salinarum datam, & dein a latronibus extra gen-  
tis captam, redemisset. Non enim eam existimo  
Pomponii mentem fuisse, pretium redemptori sem-  
per & omni casu fuisse refundendum, sed magis  
cum determinare, quis pretium reddere teneatur, si  
illud centurioni, in bona fide posito & ge-  
stienti per redemptionem reducere talem mulierem in  
pristinum statum (secundum ante dicta de rebus fur-  
tivis) restituendum sit; cum non levis haberet scru-  
pulus, propter quem videri posset fiscus non esse ad  
pretii dati restitutionem obstrictus, quod nempe mul-  
ier illa non fisci sed poenae ancilla erat, si in per-  
petuum damnata esset; sin ad tempus, libertatem  
ad civitatem retinebat, atque adeo ipsa sui lucrum  
exsolvere poterat, l. aut damnus 8. §. in ministrum  
8. §. de panis, junct. l. si in metallum 3. ff.  
de his, quae pro non scriptis; sed fiscum tamen te-  
meri aequum vixim, cum ex operis ejus emolumenta  
sentiret. Aliiter quam sese res habet in rebus per  
justos hostes occupatis, & dein bona fide redemptis;  
quippe quas semel jure belli pleno dominio acquisi-  
tas distrahere hostibus jure suo licuit: sic ut nec  
postliminii in hisce, si mobiles sint, locum habere  
possit, ac ne refuso quidem pretio pristinis vi-  
deantur domini restituenti; tanquam per amicos  
comparatae ab iis, qui jure gentium & justo belli  
titulo dominium fuerant consecuti, §. item ea 17.  
l. l. de rer. divisi. Christianus ad Leg. Mechlinienses  
tit. 2. art. 2. num. 3. Anton. Matthaeus d.  
pennaria 7. num. 17. vers. secundo in med. Respon-  
se Jctor. Holland. part. 1. consil. 302. Carpiovius  
defin. forens. part. 4. constit. 35. defin. 8. nisi tamen  
aliud specialiter legibus cujusque populi, aut popu-  
lorum plurium mutua conventionem circa res tum a  
piratis tum ab hostibus redemptas placuerit; uti ali-  
quando nostratibus aliud placuisse ob singulares cir-  
cumstantias, patet ex decreto Ordin. Hollandiae 4.  
Martii 1600. vol. 2. placitorum Holl. pag. 39.

10. Quamvis autem res furtivas vindicare possit  
eorundem domini; si tamen distraetæ fuerint,  
pretii inde redacti, vel forte necdum soluti sed  
etiamnum debiti, vindicandi jus non habet: nam  
neque pretium rei meae per alium, non meo no-  
mine distraetæ, meum est, neque in iudicio singu-  
laribus succedit in locum rei; adeoque nec in locum  
rei furtivae surrogatur aut furtivum est, l. qui vas  
48. §. ult. ff. de furtis, l. quemadmodum 68. §. si  
servus 2. ff. de noval. action. Mavrus ad jus Lubec-  
ens. lib. 3. tit. 8. art. 17. num. 2. 3. Modest.  
Pastoris part. 2. quest. 60. Neostadius Cur. sup. de-  
cir. 85. vers. curia, Ant. Matthaeus de audientibus  
lib. 1. cap. 48. num. 9. Ut tamen haud sit eundem

inficias, quin furtum passus personalem ad exhiben-  
dum actionem pro recuperando rerum furtivarum &  
alienatarum vel consumptarum pretio sit habiturus,  
& cum ceteris concursurus simplicibus chirographa-  
riis, non modo adversus furem heredem ejus (de  
quibus alibi) sed & contra eos qui mala fide ac scien-  
tes comparaverunt res furtivas, iterumque distraxerunt  
aut consumpserunt; non enim parcendum videtur iis, qui  
ita rem furtivam ementes, sese, quodammodo reddi-  
derunt delicti participes, meritoque considerandi tan-  
quam tales, qui dolo malo desierunt possidere, arg.  
in fine ff. de signo juncto, arg. l. eos, qui 14. C. de  
furtis, Carpiovius defin. forens. part. 4. constit. 40.  
defin. 10. Menochius de praesumption. lib. 5. praesump-  
29. num. 18. 19. Aliiter quam statuendum foret in  
iis, qui, uti bona fide comparaverant, sic rursus pa-  
ri fide bona distraxerunt rem furtivam; eo quod ob  
bonam fidem neque ex delicto videri possunt obliga-  
ti esse, neque ex ullo contractu vel quasi aut aequi-  
tate naturali; nullo quippe modo cum jactura aliena  
locupletiores facti: nisi rem furtivam minoris per  
eodem entam, aut titulo quasitam lucrativo, pluris  
postea distraetam ponas: quo casu in id saltem, quod  
amplius penes eos est ex venditione, ipsos teneri re-  
rum furto subduetorum domino, multis placeat, nec  
improbabile est, si modo domini neque res furtivas  
consecuti fuerint, neque indemnitate: locum sibi  
tunc vindicante naturalis aequitatis regula, namque  
debere cum alterius detrimento fieri locupletiores,  
l. nam hoc 14. ff. de conditi. indeb. arg. l. si cum  
servum 23. ff. de rebus creditis. Pingitzius Quasi-  
Senon. 49. n. 27. Et seqq. Carpiovius defin. forens.  
part. 4. constit. 40. defin. 9. Struvius ad Pand. b. s.  
n. 13.

11. Quod si ex adverso contigerit, ex pecunia fur-  
tiva res quaedam emtas esse, nec harum quidem vin-  
dicatio domino nummorum facto subduetorum vide-  
tur concedenda; (imo nec jus ullum prelationis in  
rebus illis ante ceteros furis creditores, de quo latius  
tit. qui potior. in pignore.) Primo enim id, quod ex re  
furtiva redactum est, furtivum non est, adeoque nec  
res nummis furtivis emta, l. qui vas 48. §. ult. ff.  
de furtis, non magis, quam pignori obligata censetur  
res ex pecuniis oppignoratis comparata, l. idemque  
est 7. in fine ff. qui potior. in pign. licet ex argento,  
aut lana furtiva, aut ovibus surreptis, poculum, aut ve-  
stimentum factum, aut mustum expressum furtivum  
sit; in quantum idem adhuc corpus est, & ut Jctus  
ait, substantia magis, quam forma spectanda est, l.  
sequitur 4. §. si ex lana 20. ff. de usurp. Et usucap.  
l. ex argento 15. l. si servus 14. §. ult. ff. de  
conditi. furtiva. Deinde generaliter in jure traditum,  
rem ex mea pecunia entam meam non esse, sed e-  
jus, qui eam nummis alienis emit, aut cujus nomine  
emta est, l. 1. l. mancipia 3. l. malum interit 6.  
l. penult. Et ult. C. si quis alteri vel sibi sub alter.  
nomine C. emerit; cui consequens est, ut per num-  
morum dominum nequeat ulla ratione vindicari, sed  
sola competat pro pecunia personalis actio, l. si ex  
ea 6. C. b. s. l. ex pecunia 12. C. de jure dot. Et  
quamvis ab hac regula casus quosdam exceptos esse  
verum sit; uti in rogg. dicendum est; tamen in pra-  
sente questione regulæ standum esse, vel inde mani-  
festum puto, quod nummis furtivis per furem mutuo  
datis ac consumptis, nulla personalis actio nummorum

domino adversus mutuatarium acquiritur ad eodem in genere nummos reddendos; sed soli furi, qui numeravit, *l. nam & si 13. pr. & §. 1. ff. de rebus creditis*, junct. *l. quavis 2. l. non unde 7. C. si certum petas. l. si quis pro eo 56. §. si nummos 2. ff. de fidejussoribus*. Si enim ne personalis quidem actio & jus ad rem pro nummis similibus, furtivorum vice fungentibus, recuperandis domino nummorum nasci possit; multo minus jus domini & in rem actio pro rebus emtis, haudquam fungentibus pecuniz furtiva vice. Et hanc tunc sententiam Anton. Matthæus de auctonibus libr. 1. cap. 18. num. 11. ubi licet moneat, ex æquitate quidem, at non ex juris scripti principiis, admitti posse contrarium judicatum a Neostadio relatum, Curia Holland. decis. 19. vers. *enopenda het tweede point*, seu num. 3. tamen minus mihi probabilis videtur illa æquitate præsumptio: non tantum, quia *l. si ipse res 18. ff. quod metus causa*, (quæ primarium æquitatis illius fundamentum est) de actione quod metus causa tractat, ad res furtivas haud transferenda, ut ipse Matthæus d. loco ex *l. item si cum 14. §. qui vim iniicit 12. qod. si. notat*: sed & præcipue, quia neque ratio neque leges ulz. distant, actione quod metus causa teneri tertium bonæ fidei possessorem, qui rem metu extortam non amplius possidet, sed dividendi; nisi quatenus inde locupletior factus est: dicitur autem ex pretio videri nequit, si rem ipse prius emerit, & ita pretio soluto suum prius ipse diminuit patrimonium, sed demum, si rem metu extortam ex lucrativo titulo bona fide consecutus, deinceps distraxerit, arg. *§. si res aliena 6. Instit. de legat. ac proinde etiam hoc solo casu cum, ut locupletior factum, actione quod metus causa conveniri posse confititur*: quomodo & rei furtivæ emtorem bonæ fidei conveniri posse, supra observatum est. Nec alio de casu accipiendum esse d. *l. 18.* arguit abunde argumentum a petitione hereditatis ibidem subjunctum; in qua res ipsas hereditariorum pretis, ex causa lucrativa penes eum esse, qui pro herede possidet, nulli dubium.

12. Diſta de rebus furtivis vindicandis locum etiam nunc, ex jura Romani principis, obtinere debent, cum commodatarius, depositarius, conductor, creditor, precario tenens, & si qui alii his similes sint, qui ex voluntate dominorum res mobiles tenent, eandem alia, licet bona fide ementibus, vendiderunt ignorante domino, a quo locatz fuerant, aut pignori date aut depositæ, vel precario concessæ. Tali enim distractione, furtum committi & res ipsas furtivas fieri, vel inde constare, quod & solus dolus rerum talium usus aut abusus furti actioni adversus eos locum facit ex jure Romano, *§. furtum autem fit 6. Instit. de obligat. qua ex delicto*. Adde *l. si mandavero 22. §. si tibi centum 7. ff. mandati. l. si convenit 4. in fine ff. de pignorat. act. l. qui suntum 17. ff. de cond. furtiva. l. si pignori 54. pr. & §. 1. l. si is, qui pignori 75. l. falso 82. ff. de furtis*. Sed cum nunc frequentata sit paromia, secundum quam mobilia non habent sequelam, quibuscum visum fuit, denegandam esse dominis elocanti, commodanti, deponenti, & similibus, vindicationem rerum mobilium per depositarios, commodatarios, conductores, similesque venditarum emtoribus in bona fide constitutis, nisi pretio reddito, aut pignoris lutione

facta. Ita fore cautum jure Lubecensi lib. 5. tit. 2. art. 1. Saxonico, ut testis est Carpzovius *defin. forens. part. 2. constit. 26. defin. 5. Antverpiensi tit. 51. art. 5.* Quod ita tum licitum minuendarum gratia, tum præcipue ob commerciorum usum videtur inductum, quæ turbarentur non parum, difficulter accessuris ad emendum emtoribus, si rerum mobilium evictio tam facile pristinis earum dominis permissa esset. Neque sententia illa omni facilitati est æquitatis ratione; cum utique sit, quod facilitati suæ dominus imputare debeat, quod tam maligno, cuius fidem necdum habebat exploratam, rerum suarum usum, curam, custodiam, aut detentionem commiserit; nec ignarus esse deberet conditionis ejus, quocum contraheret, arg. *§. præterea 3. Instit. quibus mod. re comm. oblig. l. 1. §. unde querit 9. ff. de exercit. actio. l. cum alio 19. ff. de reg. jur.* neque pro damno reputare debeat, cui sua credulitate nimia ac temeritate prius ipse causam dedit, si forte ab illis, quibus rem suam mobilem commiserat, indemnitatem consequi non possit, *l. quod quis ex culpa 203. ff. de reg. juris*, Mævius ad *jus Lubecense d. lib. 3. tit. 3. art. 1. num. 18. & seqq.* & præcipue art. 2. num. 5. & seqq. Groenewegen ad *§. 16. Instit. de obligat. qua ex delicto*, Ant. Faber. *Cod. lib. 6. tit. 27. ad SCans. Trebell. defin. 11. in med. Responsa JCor. Holland. part. 4. consil. 178. in med.* Qua & ipsa ratione mori Zelandia Ordines constituerunt, dominos obligationum seu cautionum incertis creditorum nominibus conceptarum (vulgo *thoonder deien*) non posse vindicare hæc suas cautiones per alios dividendas aut oppignoratas, nisi lutione facta aut pretio restituto; etiam si allegarent, venditionem ab illis factam esse, quibus sola custodia vel usurarum exactio demandata fuit, *Flacit. Ordin. Zeland. 31. Maii 1679. vol. 5. placit. Holl. pag. 598.* Adde Antverpienses *tit. 51. art. 5. in med.* Qui tamen hæc a jure Romano divortium præcipue commerciorum favore sustentatur; hinc aliis magis placuit, non aliter hanc sententiam admittendam esse, quam si ita nominatim inveniantur ætato dispositum, aut inveterato firmatum usum. Atque ita, cum institutor ac proxenetae maximus in mercatura usus sit atque utilitas, nec sine his satis recte procedat, non mirum, id passim ferre servari, quod hi res dominorum suæ committasas fidei distrahentes aut obligantes, dominis noceant, eandem non nisi pretio reddito aut soluto debito recuperaturis, Antverpienses d. *tit. 51. art. 5.* Neostadina Curia *supr. decis. 85.* Ant. Matthæus *Paromia 7. num. 7. fere in fine. & de auctonibus lib. 1. cap. 18. num. 9. Responsa JCor. Holl. d. part. 4. consil. 178. in med.* Ceteroquin a jure Romano haud esse hac in parte deviamdum arbitrantur; atque ita in ipsa quoque Saxonis vindicationem mobilium his in casibus domino permitti, auctor est Carpzovius *defin. forens. d. part. 2. constit. 26. defin. 3. & in Salsburgia: jus commune. in mobilibus, a tertio dividendis vel oppignoratis, per dominum a quovis possessore vindicandis obtinere*, testatur Anton. Faber *C. l. 6. tit. 27. ad SCans. Trebell. defin. 11. in fine.* In Hollandia quoque, utut mercaturæ quam maxime studium, domino suarum cautionum pignori per aliam obligatarum aut venditarum vindictis sententia Curie permissa fuisse, no-

ut Baron van Leeuwen *com. for. part. 1. lib. 4. cap. 7. num. 15. 16. 17.* Et generaliter statuta illa, quae tam facile dominium rei sua domino de vindicandi potestate privant, stricte interpretari oportet, prudenter observata a Davide Marvio ad *ius Lubecense lib. 3. tit. 2. art. 2. num. 14. Ant. Matthaeo parvam Belgar. Chor. parvam. 7. in fine*, adeoque si de commodatarie vendicabilibus aut oppignorantibus rem commodatam autem sit, non debere id vel ad conductores vel depositarios aut precario tenentes extendi; quae magis sua tamen deinde adscribere debent dominus, cum commodato dedit, et ita gratis jus utendi ad tempus transiit commodatarie solus gratia, quoniam cum minus aut nullum jus concessit, ut in deposito, et precario, nec non locacione, ob commodum usum loco subintrantem, contingit, Marvius *d. loco num. 20. 21. Matthaeus d. loco.* Id quod tanto magis probandum, quia et ipsi horum statutorum adeo a iure communi recedentium conductores non modo non ad omnes casus hac porrigi auctorunt, sed et nominatim ius aliud in casibus aliis esse voluerunt. Si enim actor, usufructus, cunctos, aliique alius optines noster aut rem faciendam, tingendam, faciendam acceptum vendiderit alteri aut pignori dederit dominum vindicandi licentiam sine pretio reddendi aut pignoris licendi necessitate, sed solo restituto opera impensis pretio, commensare Lubecense *lib. 3. tit. 2. art. 17. Antwerpianus tit. 58. art. 6.*

13. Plane si res mobilis ignorante domino vendita fuerit auctione publica, ex iudice decreto ad petitionem creditorum, vix est, ut hodie in rerum ita venditarum vindicationem paterentur; cum ne immobilis quidem ex decreto iudicis vendita, et promissis solemnibus denunciationibus legitime tradita, domino non mature intercedente et se opponente, vindicari possint. Sed cum de publicis huius denunciationibus, et intercessionem necessitate alibi ex profuso agendum sit, plura hic non addo. Videtur interim Ant. Matthaeus *de auctionibus lib. 1. cap. 31.*

14. Non etiam quicumque recte vindicet rem suam a se alienatam, sive directa alienatio, intercessit, sive facta sit, ex quo dominus iure potestatem ac naturam carae domini sui rei, velut si redemptores opera ex suis elementis non materia in alieno solo adhibent, aut quis carum alienis navem imponat; cum inadmittat iure domini in continenti quanta fuerit domino soli, aut carina, quae fundi vice in navibus est, *l. redemptores 59. ff. de i. iust. l. item si prois 32. ff. cum iussum 2. ff. locati, l. Minius 6. ff. de i. Alienatione directa quotidiana exemplum est in eo, qui rem suam vendidit et tradidit, licet pretio necdum soluto: etenim si modo fides de eo fuerit habita, cum ita dominum fuerit in accipiente translatum, et venditor securus sit fidem emptoris, vindicare nequit, sed tantum pro pretio consequendo cum chirographaria alii emptoris creditoribus concurrat, etiam si res vendita adhuc maneat in bonis emptoris, salvando non existens. Rectius quidem poterat venditor rem, et non tradere, donec pretium solutum fuerit, sed traditione sibi praedixit, ac non omni spolavit dominio, *l. venditor 41. l. item de rer. div. l. proventoris 3. ff. sed si duali per. ff. de tributor. art. 1.**

quod emulit 19. ff. de contrab. em. Carpothius *de fa. forens. part. 1. comit. 25. defu. 17. Berlichius part. 1. comit. 68. num. 41. Responsa Juris. Holl. part. 2. comit. 116.* Si tamen emptor in eo foro cadat, non dubium, quin venditori superflua sit rei vindicatio, cum enim tali venditioni dolus causam dedit, atque adeo venditio ex ipso iure nulla est. Et etiam 7. ff. de dolo, non potuit videri dominum ex traditione translatum; dum, nullo procedente iusto titulo, nulla per traditionem alienatio contingit, nec emptori dominum acquiritur; imo non longe a furti vitio tale factum abest, arg. *l. si quasi 3. ff. de pignorat. actione riam. Antwerpian. tit. 58. art. 7. Marvius ad ius Lubec. lib. 3. tit. 6. art. 1. num. 24. Et resp. Papen lib. 14. tit. 5. art. 1. Novatus resp. carth. dicit. 4. Ant. Matthaeus de auction. lib. 1. cap. 18. num. 13. 14. Carpothius *de fa. forens. part. 1. comit. 25. defu. 17. Molitorius commensur. lib. 4. c. 28. n. 8. Geyl. lib. 2. tit. 15. num. 7. Et resp. Simon van Leeuwen com. for. part. 1. lib. 4. cap. 19. num. 20. versu, e contra. Responsa Chor. Holland. part. 2. comit. 177. de part. 4. comit. 27. Berlichius part. 1. comit. 68. num. 50.* Quis imo, licet dolus emptoris rem non possideret, sed rursus tertio privatim bona fide ementi parata vendiderit pecunia, non impedire videtur prius venditor, a quo dominum non recessit, quo minus eandem a tertio vindicet bona fide emptore, pretio non refuso: eo quod secundum ante dicta furti vitio non caret res ita per primum dolorem emptoris, nullo domini iure mutatum, directa, atque ita consideranda, ac si nec vendita fuisset nec tradita; ut proinde idem quod, quod de rebus furtivis supra dictum est, hoc casu debet obtinere, arg. *l. si quis 13. ff. de pign. a. act. Novatus d. dicit. 5. quoniam ius de pign. a. act. d. part. 1. comit. 25. defu. 17. dicitur res forens. part. 1. lib. 4. cap. 19. num. 20. in fine, ita et na. Chor. Holland. part. 1. comit. 27. 28. 29. 30. Plane si res dolo emptoris per decessum emptoris pretio privante publice in emenda, et rursus in fidei alii, quae emptori bona fide emptoris, non dubia tradita rerum furtivarum excentis, ita soluta sit, licet vindicandi licentia venditori magis non nisi pretio refuso concedenda sit. Sed antequam illam per publicam placuit, nullam venditor tradidit emptori rem venditarum vindicationem, quod non nisi in pecunia, sed dilacione solutionis concessa, rem vendidit et tradidit, atque ita fidem emptoris securus est, licet mox emptor foro cadat; obervante id Gronovio *in notis ad Gratianum manuscriptis. ad l. si prois. Holl. lib. 2. cor. 3. num. 19. in portione ed. i. no.***

15. Quod si tradita quidem fuerit res vendita emptori, sed fide de pretio non habita; cum ita manserit in venditoris dominio, vindicari a venditore potest, *d. ff. 41. l. item de rer. div. d. 1. 3. ff. de tributor. art. 1. d. 19. ff. de contrab. em.* Idemque est, si artifex ex sua materia rem quandam, nec solo coherentem, nec accessione iure rei alteri coactam, pro alio foris, veluti anulus aut scyphus ex suo auro, ac non habita de pretio fide tradiderit; cum enim hac negotii species ad emptionem pertinet, *l. item quoniam 4. l. item de locat. Et condu. l. Solimus 20. ff. de contrab. em.* ratio non est, cur hanc artificem in vindicanda sua re fabricata

ab aliis vendentibus separarentur, Ant. Matthæus de *auktion*. lib. 2. cap. 10. num. 22. Ut, tamen & his in casibus, si nundinis publicis res iterum per emptorem dividenda sit, dominus non aliter quam restituito pretio eandem evincat, Simon van Leeuwen *cons. forens. d. part. 1. l. 4. cap. 19. num. 20.* Et ex statuto Amstelodamensi non aliter domino, qui parata pecunia rem vendidit, vindicatio illius rei salva sit, quam si post lapsum sex septimanarum primo die judiciali interpellatio de pretio facta fuerit, *Status. Amst. 31. Januarii 1658. lib. 1. parte 3. status. pag. 176. col. 2. num. 3.* Quando autem de pretio fides habita conseatur, nec ne, in materia emtionis plenius excutiendum est.

16. Quia vero heres una cum defuncto persona fingitur, factumque defuncti propterea pro ea tenetur prestare parte, qua heres est, hinc nec rem suam a defuncto dividendam recte vindicat, doli mali exceptione per emptorem pro ea portione, qua ex hereditate ad eum pervenit, repellendus: sive pluri valeat res per defunctum dividenda, quam est in portione hereditaria ejus, cujus est res, sive minoris sit pretii, sive primus heres sit, sive heredis heres, quippe qui aequè heredis appellatione continetur, *l. cum a matre 14. C. b. 1. l. si possessorio 14. C. de evicition. l. Soja fundos 73. ff. de ediction. l. venditoris 3. C. de reb. alien. non alienand. l. filium 31. ff. de liberali causa.* Cum enim heredem talem de evicitione teneat actio, multo magis eundem agentem repellit exceptio, *tot. tit. ff. de except. rei vend. & tradita, Francisc. de Barry de successione lib. 11. tit. 9. num. 13.* Peregrinus de *fideicommissis art. 33.* Grassus *recept. sent. §. hereditas quart. 12.* Pinellus *ad l. 1. C. de bonis maternis part. 3. num. 79.* Sande de *prohib. rer. alienat. part. 3. cap. 8. num. 32.* Respons. Jctor. Holland. *part. 2. consil. 112. 113. 114.* Quod usque adeo verum est, ut nec pupillus rem suam a defuncto, cui heres est, sine decreto alienatam ab emptore avocare possit, *Resp. Jurisc. Holl. part. 3. consil. 184. quart. 1. pag. 557. incipit A bevis by syn testament, nec fideicommissarius rei fideicommissaria, per fiduciarium dividenda, vindicanda potestatem habet, quoties & pro qua parte ipse fiduciario alienanti heres extiterit. Si enim legatarius ex eo, quod accepit legatum sibi a fiduciario relicto, obligari possit, ut rem sibi ex causa fideicommissi debitam, alteri restituat ex novo fideicommissio per fiduciarium imposito, & ita obstringi, ut rem illam tradat, uti patet ex *l. unum ex familia 67. §. sed et si 5. ff. de legatis 2.* multo magis est, ut rem a fiduciario in extraneum jam alienatam, teneatur penes eundem relinquere, ubi adeundo coepit una cum alienante persona esse. Hocque facit, quod solis exheredatis nepotibus indulta invenitur licentia vindicandi rem, quæ cum ex avi dispositione debuisset in familia manere, per patrem intermedium extero legata erat, *l. filius familia 114. §. cum pater 15. ff. de legatis 1.* Et sane, si heres ne rem quidem suam, quam pleno jure proprietatis habebat, a defuncto alienatam vindicare possit, juxta ante dicta; multo minus videtur audiendus, vindicare cupiens rem sibi a defuncto ex causa fideicommissi debitam, in qua tempore alienationis alienans habebat dominii fas, & heres tantum rei aliquando obtinenda spem, l'achineus*

*controv. l. 5. cap. 19. Pinellus ad l. 1. C. de bonis maternis part. 3. num. 81.* Peregrinus de *fideicommissis d. art. 33.* Joh. a Sande de *prohib. alienation. part. 3. cap. 8. num. 52.* De cetero, quando heres non teneatur prestare factum defuncti, *tit. de acquir. heredit. latius tractandum erit.* Illud hic monuisse suffecerit, quod, licet is, qui in sola legitima institutus est, repelli non possit a vindicatione totius rei suæ per defunctum alienatæ, ut dixi *tit. de inoffic. testament.* tamen si quis beneficio inventarii adhibito hereditatem adierit, æque ac alius sine inventario hæres, defuncti factum & alienationem teneatur prestare; cum inventarii beneficium non aliter hæreses ita adcentes a ceteris simpliciter hereditatem admittentibus distinguat ac separet, quam in eo, quod creditoribus ultra vires hereditatis non obstringantur, *l. ult. C. de jure deliberandi, §. pen. Inst. de hered. qualis. & differunt.* Cui consequens est, ut si fundi sui per defunctum distrahi estimationem habeat ex hereditate salvam, non possit audiri, factum defuncti impugnare volens; aut si non totam estimationem salvam habeat, eatenus tantum vindicare ei permittatur, quantum ei cum effectu abest, sic ut non pars ea, ex qua hæres est, sed tantum modus emolumenti ex hereditate percepti, spectandus sit in questione, an & pro qua parte talis hæres rem suam a defuncto alienatam vindicare possit: eo fere modo, quo id de jure Romano obtinuit in uxore a marito instituta, cujus fundus dotalis per maritum fuerat alienatus, *l. dotale 13. §. ult. ff. de fundo dot. accretate Pinellus ad d. 1. C. de bonis maternis part. 3. num. 79. in fine, Grassus d. §. hereditas quart. 12. num. 25. in med. Joh. a Sande de prohib. alienat. part. 3. cap. 8. num. 34.* Peregrinus de *fideicommissis art. 33. num. 13.* Neostadius *Cur. Holland. decis. 7. in fine, Barry de successione lib. 11. tit. 9. num. 14.* Ant. Matthæus *select. disput. 3. ad l. 14. C. b. 1. n. 8.*

17. Ex adverso nec is qui rem alienam vendidit & tradidit, si postea vero ejus domino heres existat, aut alio quocunque modo acquirat dominium, eandem vindicare potest, non tantum, quia regulariter nemo contra suum factum venire debet, *l. post mortem 25. ff. de adoption. l. cum profusarii 4. C. de revocand. donat. sed & quia confirmato jure tradentis, etiam jux accipientis videtur confirmatum, secundum vulgatissima juris axiomata; ac, quem de evicitione tenet actio, eundem multo magis agentem repellit exceptio, *l. si a Titio 72. ff. de rei vindicat. l. 1. pr. & tot. tit. ff. de except. rei vend. & tradita, l. vindicantem 17. ff. de evicition. l. vindicis 3. C. de reb. alien. non alienand. l. pen. ff. de fundo dotali, nihil in contrarium faciente, l. si servo 20. ff. qui & a quibus manumiss. liberi non sunt, in qua, si quis servo alieno libertatem dederit, datio non subistere dicitur, licet manumissor postea domino heres extiterit. Est enim in manumissione quid singulare, eo quod manumissio annumerata fuit actibus legitimis, qui de presenti debebant vires accipere, quorumque effectus non poterat ex die vel conditione suspensus manere, *l. actus legitimi 77. ff. de regul. juris,* sic ut ex manumissione vel statim libertas competere debuisset, vel nulla potuerit temporis aut conditionis existentia convalescere.**



18. Usque adeo autem verum est, neminem vindicare posse rem a se alienatam, ut, si fiduciarius pendente fideicommissi conditione alienaverit, ac postea eadem existente, ad rem ex fideicommissio prastandam non modo incepit obligatus esse, sed & a fideicommissario conventus fuerit, nullam tamen pro re alienata recuperanda actionem sit habiturus; sed magis fideicommissarius ipse eam ab emptore, possessore, debeat vindicare, fiduciario pro eversione manente obligato, arg. l. cum proficiscaris 4. C. de revoc. donat. l. ult. §. pen. C. commun. de legatis.

19. Si tamen quis non jure rem alienaverit, cuius ipse non dominum sed solam habebat administrationem, non impeditur eandem a quovis possessore vindicare, quippe non in suam, sed tantum in tertii (puta ejus, cuius res est) commodum contra suum veniens factum. Qua ratione tutor pro pupillo jure revocat rem immobilem pupillarem a se sine decreto, atque ita nullo jure distractam, arg. l. si pradium 16. C. de prad. & a iis reb. minor. sine decr. non alienand. & pater rem adventitii peculii a se in filii. praeiudicium contra leges alienatam, arg. l. 1. C. de bonis maternis, maritus rem dotalem contra legis Julia prohibitionem alteri traditam: oconomus quoque rem ecclesiasticam non ex praecepto juris in alium translatam, arg. novell. 7. cap. 5. pr. & §. 2. extravagans. unic. de rebus Ecclesiae non alienand. cap. si quis presbyterorum 6. extra, eod. tit. Princeps denique, qui sine populi consensu alienavit bona Coronae, cap. in iunctio 33. extra, de iurejurando. Pinellus ad l. 1. Cod. de bonis maternis pari. 3. num. 73. Ferdin. Vasquius controvers. lib. 1. cap. 4. Perezius ad tit. Cod. de donation. num. 17. nisi tutor aut pater aut maritus, pupilli vel filii sui defuncti vel uxoris haeres existens, non jam amplius in alterius, sed in propriam utilitatem revocare vellet fundum, nullo jure a se alienatum, arg. l. post mortem 23. ff. de adop. ion. l. pen. ff. de fundo dotali, Sando decr. Eriic. lib. 2. tit. 9. de fin. 17.

20. Porro vindicandae rei potestatem non habent, qui dominium ejus nunquam adepti sunt; veluti quibus, cum rem emissent, ac solvissent pretium, res necdum fuit legitime tradita; quibusve sine traditione res pacto vel stipulatione interveniente donata est; quippe qui solam personalem ad tradendum actionem habent, l. obligationum 3. ff. de obligat. & act. l. traditionibus 20. C. de pactis, Ant. Matthaeus de auct. lib. 1. cap. 18. num. 15. Unde & ad vindicationem rei duobus separatim diverso tempore distracta, non is, cui priori vendita, sed cui pretio soluto vel fide de eo habita prius est tradita, admittendus est, l. quoniam 15. C. b. t. sive vera tradito Intercesserit, licet tunc instrumenta tradita non fuerint, d. l. 15. C. b. t. sive ficta, quae per instrumentorum traditionem aut signationem aut constitutum possessorem contingunt, etiamsi naturalis defuerit translatio possessionis, l. 1. C. de donation. l. quod si neque 14. §. 1. ff. de peric. & commod. rei vend. l. quod meo 18. ff. de acq. vel amit. poss. DD. ad d. l. 15. C. b. t. cum ficta veritate traditionis eadem vis sit, ac fictio tantum operari soleat in casu ficto, quantum veritas in casu vero. Cui consequens est, ut si uni prius facta

sit ficta traditio, alteri delin vera; prior ex ficta traditione potior futurus sit; eo quod ipsi dominium ex traditione ficta semel quassatum, adimi non potuit facto venditoris, dominio jam destituti, Andr. Gayl. lib. 2. observ. 55. n. 10. Ant. Faber. Cod. lib. 3. tit. 22. de rei vindicat. defin. 4. Si tamen emptor secundus, sciens rem priori distractam esse, nihilominus emerit, & possessionem ex traditione fuerit adeptus; priori quidem non ob id vindicatio accommodanda est, quippe necdum domino; sed in factum actionem personalem ei contra secundum fraude non carentem dari oportere, quidam conveniunt, ne dolus ei prosit, arg. tot. tit. ff. qua in fraud. credi. facta sunt, ut restit. Uti & in casu, quo res secundo emtori, ut in bona fide constituto, est tradita, postquam prior jam coeperat actione ex empto rem venditam persequi; quod litigiosa tunc esse coepit, arg. tot. tit. ff. & C. de litigios. Andr. Gayl. d. lib. 2. observat. 55. n. 11. Anton. Matthaeus paravia 7. n. 6. Sim. van Leeuwen cons. forens. part. 1. lib. 4. cap. num. 26. Gomezius variar. resoluit. tom. 2. cap. 2. num. 20. vers. secundo principaliter limit. Sic & excipiunt venditionem aut donationem ejusdem rei per Principem duobus separatim factam; quo casu emtorem primum aut donatarium semper potiorum esse contendunt, etiamsi posteriori res tradita fuisset, nec ex possessione, sed titulo priore, jus omne deducendum esse, Neostadius Curia Holland. decis. 15. vers. qua limitatio. Quid quod & ex jure canonico in beneficiorum ecclesiasticorum collatione id obtinet, ut prior sit, cui prius illud collatum fuerit, nulla quasi possessionis prius aut posterior obtentae habita ratione, cap. tibi, qui 12. de rescriptis in 6. cap. si tibi abbas 14. de prebendis & dignitat. in 6. Andr. Gayl. d. lib. 2. observ. 55. n. 6.

21. Denique, cum id, quod pecunia mea comparatum ab alio est, meum non fiat, etiam neminem vindicare posse rem suis nummis per alium emtam, jam supra observatum est ex l. si ex ea 6. C. b. t. l. 1. mancipia 3. l. multum intervi 6. l. qui aliena 8. l. ult. C. si quis alteri vel tibi sub alterius nomine, l. ad probationem 21. C. de probationibus. Quod exceptionem patitur in minore & milite, quibus utilitas rei vindicatio pro rebus, per tutores ex pecunia pupillari, aut per alios ex militari pecunia, emtis est prodita, l. & si tutores 2. ff. quando ex facto ius vel curat. min. agere vel convenir. deb. l. siculator 3. C. arbitrium tutela, l. si ut proponit 8. C. b. t. Uti & in uxore, quae cum pecuniam marito donasset, & ex poenitentia donationem revocaret, vindicare utiliter potuit res per maritum inde comparatas, si is solvendo non esset, l. uxor marito 55 ff. de donat. inter vir. & uxor. Quemadmodum & res ex pecunia dotali per maritum emtas, quoties ea mente per maritum emtas, ut dotales essent: de quo casu accipienda, l. si cum dotem 22. §. ult. ff. solutio matrimonio l. ita constante 26. & l. seqq. l. res qua 54. ff. de iure dot. junct. l. cum in fundo 78. §. si fundus 4. ff. eod. tit. si enim eas maritus, velut suum gerens negotium, comparasset, sola personalis uxoris actio pro pecunia danda foret, l. ex pecunia 12. C. de iure dot. Et quamvis militum intuitu hoc jus singulare nostris & aliorum moribus cessare verius sit; eo quod nunc cessare videtur privilegii

ratio, per ea, quae observata a Groenewegio ad d. l. 1. C. b. i. in pupillis tamen quo minus etiamnum juri Romano standum foret ratio non suppetit. Vide Carpovium *defin. forens. part. 1. consili. 2. defin. 100.* Sunt tamen & alii, qui, licet proprie & strictiore sensu domini non sint, utilem tamen rei vindicationem exercere possunt, veluti illi, quos utiles dominos appellamus, quales emphyteutae, vassalli, superficarii, l. 1. §. 1. ff. si agere velitis id est emphyteut. perat. l. in speciali 73. in fine l. 74. 75. §. b. i. Sed & quibus vendita fuit a verorum domino in rem actio, utili, non directa, experiri possunt, l. ult. C. de hered. vel act. vend. quique rem mortis causa ita donarunt, ut statim in donatarium transeat dominium, si dein ex penitentia voluerint revocare, l. si mortis 29. §. l. 30. ff. de mortis causa donat. vel donarunt inter vivos sub certo modo, si ei paritum non sit, l. 1. C. de donat. quae sub modo. Domini quoque tabula, cui alius praedium imposuit, §. si quis in aliena 34. Inst. de rer. divir. Ad haec illi, quorum arbor in agrum alienum translata fuit factio ejus, cujus ille ager est, & coheruit; l. idem Pomponius 5. §. de arbore 3. ff. b. i. directa enim, quia dominium translatum fuit, non prout his in casibus locus esse, l. hoc amplius 9. §. Afenur 2. ff. de damno infecto. Nisi malis potius illam l. 9. §. 2. accipere de coalitione, quae contingit sine facto domini, cujus agro harebat cruenta tei: cum arbore; quo casu neque directam neque utilem dari vindicationem cruenta vel arboris, quae coheruit, dictum in l. de acq. rer. dom. n. 16. in fine.

22. Instituitur rei vindicatio adversus quosvis bonae vel male fidei possessores; sic ut ex aequo & bono non illi tantum condemnandi sint, qui ante litem contestatam possidebant, sed & qui lite demum pendente coeperunt possidere: uti ex adverso absolvendi, si id, quod litis contestate tempore possidebant, ea pendente desiderint possidere, l. in autem 27. §. possidere 1. §. b. i. l. si hereditatem 4. l. in eum videndum 18. §. 2. ff. de re i. hered. l. i. §. si quis non 4. ff. ad exhibend. Adde supra b. i. n. 4. Datur insuper adversus possessorum heredes, quatenus possident; non enim heredes quae tales, sed quia possessores convertendi sunt. Unde si unus tantum ex pluribus heredibus rem totam possideat, his quoque solus ad eam restituendam in solidum damnandus est, l. si possessor 55. ff. b. i. si vero nullus eorum possideat, omnes absolvendi, l. si in rem actum 42. ff. b. i. Quo faciunt tradita a Jacobo Foren observat. R. num. 1. Radelantio Curtia Utrajecti. decr. 110. num. 4. Sed & adversus eos datur, qui litem esse obtulerunt, nisi actor sciverit eos non possidere, l. si is, qui 7. l. si is 25. l. 26. 27. ff. b. i. quique dolo malo desiderint possidere, l. in autem 27. §. sed & is 3. ff. b. i. quibus defunctis, heredes non hac, sed in factum actione conveniri possunt, quatenus ex dolo defuncti locumiores reediti, l. cum autem 52. ff. b. i. nisi lite jam mota decessisset is, qui dolo malo desiderint possidere, tunc enim in solidum heres eius condemnandus foret ex defuncti dolo, l. si in rem 42. ff. b. i. Quae plenius tractata vide in l. de petit. hered. Nudos rerum detentores quod attinet, veluti conductores, commodatarios, depositarios, & simi-

les, illi quidem hac possunt actione conveniri, cum & teneant rem; & retinenda rei facultatem habeant, l. officium 9. ff. b. i. declinare tamen iudicium possunt, ac diutius attendi auct, si eum nominent, cujus nomine detinent, l. si quis 2. C. ubi in rem actio de qua dominatione vide latus Meyerum & Laborem Collegio Argentorat. ad Pand. tit. de iudiciis sub num. 154. Sed si ad finem usque in iudicio substiterint hi nudi detentores, non nominato auctore suo, condemnandi sunt ad restitutionem tantquam tales, qui se liti videntur obtulisse, ac in eos dirigenda executio sententiae; quippe quae veris rerum possessoribus haudquaquam est nocitura, arg. d. l. 2. C. ubi in rem actio, l. saepe constitutum 65. ff. de re iudicat.

23. Non tamen hanc patiuntur actionem qui rem alienam a facio emerunt, aut a Principis vel Augustae domo: eo quod hi statim securi sunt; solae adversus faciam actione intra quadriennium indulta iis, qui pro rei alienata dominio putaverint aliquam sibi competere petitionem §. ult. Inst. de usurpationibus, l. 1. §. 1. 3. C. de quadriennii praescriptione. DD. ad d. II. Responsa. Iterum Holl. par. 4. contr. 128. quart. 2. Similiter nec isti rei vindicatione conveniendi sunt, qui, cum possessionem nunquam fuissent adepti, dolo malo fecerunt, quo minus eam, cum possent, adipiscerentur: quod non leviter ex eo firmatur, quod is, qui tantum non acquisivit dolo malo, seu duntaxat omisit possessionem, non teneatur actione in factum ad id quod interest, quasi fecisset alienationem iudicii mutandi causa, l. item 4. §. itemque 1. in mod. ff. de alienat. iudic. mut. caus. junct. l. non alienat. 119. ff. de reg. iur., quae sane in eum danda fuisset actori, si actor adversus eum ob id, quod possessionem omiserat, potuisset rei vindicationem movere; cum utrique parum referret, utrum actor omissione an amissione possessionis agere impeditus esset: sic ut nec alia probabilis ratio reddi possit, cur adversus eum, qui tantum omisit possessionem adipisci, denegetur lita in factum actio, quam, quia actori necdum erat natum jus rei vindicationis adversus ipsum movende, ut dixi in l. de alienat. iud. mut. causa. Et licet alibi definitum inveniatur, eum quoque, qui rei hereditaria possessionem non est adeptus, dolo malo, teneri petitione hereditatis, l. ad & si 25. §. perinde 3. ff. de petit. hered. id tamen ad rei vindicationem producendum non est: cum enim hereditatis petitione is conveniatur, qui praeterito sessor jam possidet jus hereditatis, juri liti possessio cohereret necessitas acquirendi possessionem rerum hereditariarum ad jus illud hereditatis pertinentium; at in rei vindicatione res singularis spectatur, quam ne eo, sciens alienam esse, tenetur occupare vel acquirere. Alter scilicet jam possessor hereditatis erat, alter nullatenus rei singularis. Et quod in petitione hereditatis disposita de dolo praeterito, etiam haud absurde ad specialem in rem actionem dicuntur reducenda, in l. in autem 27. §. sed & is 3. ff. b. i. ad facti speciem in d. §. 3. propositam de eo, qui dolo possidere desinit, restringenda sunt.

24. Et tamen hac actione rem actor obtineat, necesse est, ut primo quidem rei vindicandae notas exprimat ac qualitates, quibus illa a rebus aliis di-

inducti potest & aggregari, pro rei cuiusque natura: veluti materiz infecta pondus, factae formam seu speciem, signatae numerum, vestis colorem, fundi nomen, si quod habeat, ac situm, & alia id genus plura recensita, in *l. si in rem ff. b. t. l. in actione furis* 19. pr. & §. 1. 2. 3. 4. ff. de furis. Si tamen quis jure, pro certo se colorem, aut pondus, aut jugerum quantitatem, aut nomen proprium aliamve quam designationem specifi- cam haud posse dicere, non adeo videtur coarctandus actor, nec illud ipsi fraudi erit, si de cetero in ipsa non defecerit dominii probatio, *d. l. in actione* 19. §. de veris & ff. de furis, junct. *l. idem* Comptur 5. §. par. & ult. l. 6. in med. ff. b. t. l. Item enim praeter hujusmodi rerum designationem ante omnia incumbit agentis probatio dominii: quam si adimplere nequiverit, possessor absolvendus est, quippe cuius meliorem esse oportere in pari causa conditionem, in aperto est, *l. officium* 9. ff. b. t. l. a possidentibus 21. C. b. t. arg. *l. cxi* 11. C. de posit. hered. l. qui accusare 4. C. de edendo, l. in pari causa 128. ff. de reg. jur. Probatur vero dominium, si doceatur dominium auctoris, simulque causa seu titulus habilis translati per eundem in actorem dominii, arg. *l. traditio* mibi 20. ff. de acquir. rer. domin. idque vel testibus vel instrumentis vel alia quibuscunque legitimis probandi modis, *novell.* 18. cap. illud quod 10. in pr. Quin imo, ex quo his in regionibus obtinuit, non aliter, quam coram lege loci facta solemnem traditione rerum immobilium transferri dominia, sufficere visum fuit, si petitor hanc ipsam solemnem traditionem a domino sibi factam probet, etiamsi forsitan aliunde ipsam traditionis & acquisiti dominii titulum non posset docere; eo quod praesumendum in dubio est, illum processisse actum, qui praecedere jure debuit, factamque fuisse traditionem ex vi precedentis contractus, sine quo non potuisset subsistere, arg. *l. cum in testamento* 37. ff. de hered. institut. §. si scrip. um 17. Instit. de inutil. stipulat. Henricus Kinschot *responsio* 93. num. 1. 2. 3. 4. 5. (in *edition. ann.* 1655. Franciscus Kinschot *Response* 12. in pr. & num. 1. 2. 3. 4. 5.) Fachineus *controvers.* lib. 2. cap. 5. Menochius *de praesumption.* lib. 6. praesumpt. 5. & 7. nisi insuta traditionis solemnem instrumentum falsitatis fraudisque interposita suspicione laboret; cuius specimen insigne est apud Neostadium curia *suprema decis.* 66. lbi autem per actorem probata est dominii acquisitio, secundum jam dicta, necesse non est, ut jus illud domini etiamnum in se continuatum esse demonstret; sed magis ex facta dominii probatione praesumitur continuatio eius, donec possessor docuerit, illud iterum ab eo recessisse; cum id ipsum facti sit, dum ex vulgato juris axiomate id quod meum est sine facto meo ad alium non potest transire; atque insuper meram facti negationem contineat illud, dominium non recessisse, cujus per rerum naturam probatio nulla est, *l. actor.* 23. C. de probation. Qua ratione, cum actor probasset patrem suam fuisse rei petita dominum, & se patris sui heredem, rescriptum fuit, adversarium possessorem ad id, ut doceat, quoniam jure dominus ipse factus sit, compellendum esse, *l. sive possideris* 16. C. de probation. Menochius *de praesumption.* lib. 6. praesumpt. 82. Quibus vero ex circumstantiis, quibusque ex factis, quisque vel pra-

sumatur vel probetur dominus esse, prolixissime tractatum vide: apud Mascardum *de probationibus ad verbum dominium conclus.* 536. & multi req. usque ad *conclus.* 553. Signorum utique impositionem, aut insignium gentilitiorum, solam sufficientem non facere probationem, tradit Ant. Faber *Cod. lib. 4. tit. 14. definit.* 47. nec elocationem longo tempore factam, *d. lib. 4. tit. 14. definit.* 14.

25. Quod si hac conventus actio non tantum jus domini adversario competere neget, sed & se possidere est inficias, ac mendacii convincatur, possessione privatur in actorem transferenda, etsi ille rem suam esse non adprobaverit; sic ut doinceps reus eam contendens suam esse, actoris partes teneatur obtinere, *l. nls. ff. b. t.* Nec est quod cum Groenewegen *ad l. qui postior* 36. & *l. ult. ff. b. t.* statuatur, in desertudinem moribus abiisse hanc mentientis poenam. Non enim haec poena proprie dici potest, sed potius possessionis abdicatio, & juris sui qualisqualis renunciatio, dum iudicio contendere non vult: sic ut possessionis ademptio ei secundum suam eveniat voluntatem. Cui accedit, quod quo Romanos ad hujus juris definitionem ratio movit, ea etiamnum ubique remanserit, quod nempe in rem actionem pati nemo compellatur, quia licet ei dicere se non possidere, ut Juriconsultus in *d. l. nls. ratiocinatur.* Ac denique non parum roboris huic nostrae addit sententia, quod & usu hodie receptum sit, reum conventum actione in rem, ac ante sententiam in contumacia haerentem, possessione privandum esse, actore in rei petita possessionem mittendo: licet eo casu id reo datum sit, ut intra annum se sistens, refusus impensis & praestita de in posterum sistendo cautione, possessionem possit recuperare; post annum vero frustra id petierit, actoris quippe partes tunc tantum, si ita videtur, obtenturus. *Instruct.* Caris Holland. *art.* 110. *Maxime* *prax. lib. 4. tit. 34. cap. 2.* Anton. Matthaeus *de actionib. lib. 1. cap. 5. num. 10. in med.*

26. Vindicta tur hac actione res corporales, mobiles, immobiles, sese moventes, sive singulares sint, sive rerum universitates; si modo corporum, non jurium sint universitates: sic enim recte quidem in hanc deduxeris actionem armentum aut gregem, solus quippe constantem corporibus; aut non peculium, aut hereditatem, cum hac non corporum, sed jurium nomina sint, & juris intellectum habeant, nec tantum res comprehendant vindicationum proprias, sed & alienas, depositas, commodatas, pignori datas, & plures alias, *l. 1. §. 3. l. vindicatio* 53. ff. b. t. junct. *l. hereditas* 50. pr. ff. de posit. hered. Et quomvis in grege quoque oves alienae esse possint, nec tamen ob id impedita sit gregis vindicatio, quia greges, non singula corpora vindicantur, ut ait Ulpianus in *d. l. 1. §. 3. ff. b. t.* considerandum tamen, non obstante eo, quod alienae oves in grege inveniantur, nos gregem nostrum vindicare nostras tantum persequi oves gregem nostram constituentes, non item ceteras, nostro sicut gregi permixtas; quippe quae neque pertinent ad eum, cui miscentur gregem, neque pars ejus sunt, sed a suo domino vindicari possunt, *l. sed si part. 2. l. in rem actio* 23. §. item quocunque 5. vers. et in *bit ff. b. t. §. quod si frumentum* 23. *Instit. de rer. divi.*

27. Vindicta autem quisque vel rem actam, si ex

asse dominus sit, vel partem ejus, si pro parte, *l. qua de tota 76. pr. ff. b. t. eamque regulariter certam, non incertam, nisi iustam habeat ignorandi causam, quanta ad ipsum portio pertineat; quo casu & incertae partis vindicatio permixta est: veluti si legatarius corpus legatum petat, in quo falcidia quidem locus est, sed incerta est detractionis mensura seu modus, l. qua de tota 76. §. 1. ff. b. t. & si non 8. §. si incertum 1. ff. communi dividand. arg. l. 1. §. ult. ff. si pari heredi petat. vel si res plurium dominorum ita confusa sint, ut deduci & separari nequeant; vel etiam commixtae ita, ut difficilis sit separatio, & incertum sit, quae rei cuiusque bonitas fuerit, quaeve quantitas aut pondus, l. Marcellus 3. §. ult. l. 4. l. 5. ff. b. t. §. quod si frumentum 28. in fine Inst. de rerum divi.*

23. Quod si res nostra pro parte perierit, eam saltem partem vindicamus, quae superest; veluti aream & rudera, destructa domo; corium, carnes, cornua, perempto animali, *l. solum 49. pr. & §. 1. b. t. l. si servus 14. §. bove 2. ff. de condit. furs. Ant. Matthaeus de auctonib. lib. 1. cap. 18. num. 8.* cui tamen graviter obloquitur Paulus Ictus, bove legato, & extincto, neque corium neque carnes deberi contendens, *l. mortuus 49. pr. ff. de legatis 2. & Ulpianus l. quid ergo 53. sed animal 5. ff. de legatis 1.* Verum haud inepte responderi potest, in legato animalis aliud obtinere, quia dominium naturaliter & vere ad legatarium non pertinuit ante traditionem, sed tantum civiliter ex juris fictione. Neque hanc responsionem subvertit, quod Pomponius scripsit, grege legato & ad unam ovem redacto, eam deberi, quamvis grex desiisset, & destructa domo legata, aream posse vindicari, *l. si grege 22. ff. de legatis 1.* Quod enim area debeatur, id inde est, quia in proprietatis legato area principalior legata domus pars est, cum notum sit, inaedificata areae seu solo cedere, *l. qui res suas 98. §. ult. ff. de solution. aquum ergo non fuit, pereunte eo, quod erat accessorium, extingui legatum ejus, quod principale est.* Et gregem quod attinet, licet ad unam ovem pervenerit, & ita naturaliter grex esse desiderit, tamen, quia civiliter grex manet, & in uno capite superstiti stat nomen universitatis, *l. sicur municipium 7. §. ult. in fine ff. quod cuiusque universit. nomine, fas erat, ovem, in quam jus & nomen gregis reciderat, praestari. Quae si cui minus arrideant, recurri forte poterit ad diversitatem antiqui juris inter vindicationis & damnationis legata, ita ut in legatis quidem vindicationis, extincta re, id quod superesset peti poterit, tanquam in legatarii constitutum dominio; quo de casu agit *d. l. 22. bis vindicationis* expressionem habens; in damnationis vero legatis, tanquam non dominium sed debilius obligationis personalis fuis legatario tribuentibus, ejus, quod superesset, nec retinisset nomen totius, petitio non fuerit indulta, sed vel totius aestimatio praestanda fuerit, si culpa intervenisset, vel nihil, si merus mortalitatis casus. Et de his accipi debere *d. l. 53. §. 5. ff. de legatis 1. & l. 49. pr. ff. de legatis 2.* non inde tantum colligi potest, quod in *d. l. 49. debendi* mentio fiat, proprie ad actiones in personam, non ad vindicationis relationem habens, sed & praecipue ex eo, quod tum in subjuncto §. 3. *d. l. 49.* tum in praecedente §. 2. *d. l. 53.* nominatum dare damnatum, & dare iustus dicatur haeres.*

29. Non tamen recte vindicantur commercia hominum extranea res; non liberi homines, nisi liberi a patre, in cuius erant potestate, & quadam quasi proprietate, ex jure Quiritium vindicantur, *l. 1. §. per hanc 2. ff. b. t. junct. l. interdictorum 4. §. quodam 2. in verbis, velus proprietatis ff. de interdictis sive extraord. act.* Non etiam res sacrae, tanquam ex privato dominii jure, cum magis divini juris, & ita nullius in bonis sint, *l. in rem actio 23. §. loco sacra 1. ff. b. t. junct. §. nullius 7. Inst. de rer. divi.* quae tamen, in quantum ecclesiae bonis sunt, & ad eam pleno dominio, ususfructus ac proprietatis jure dicuntur pertinere, *l. raptores 54. in med. C. de episcop. & clericis junct. d. l. 2. §. 2. ff. de interdictis sive extraord. act.* Iniquo possessori per oeconomicos ecclesiae aliosque similes extorqueri, & ita generaliter vindicari possunt, *l. sancimus nemini 21. C. de sacrosanct. eccles.* Non denique res alienis juncta rebus, sic ut separari facile nequeant, natura, vel legis dispositione; natura, dum juncta per fermentationem, non item per appllumbaturam, *l. in rem actio 33. §. item quacumque 5. ff. b. t. lege,* dum tignam adibus aut vineae junctum est, nec urbs ruinis deformetur, neve vinearum turbetur cultus, *l. 1. pr. ff. de signo juncto, d. l. in rem actio 23. §. tignum 6. ff. b. t. licet extrinsecus vindicatio talle tigni, si dolo junctum fuerit, impedita non sit, dum ejus aestimatio ab eo petitur, qui junctum habet, tanquam qui dolo desit possidere, d. l. 1. in fine & l. 2. ff. de signo juncto, d. l. 23. §. 6. b. t.*

30. Restituendae veniunt ex hac actione res una cum fratribus, de quibus ex professo agendo *sic de acquir. rerum dominio*, omnique insuper causa, id est omni eo, quod petitor habiturus esset, si eo tempore, quo judicium accipiebatur, res fuisset restituta, *l. praeerea 20. ff. b. t. junct. §. si ad exhibendum 3. Inst. de offic. judic.* & eo quidem in loco, in quo sunt ac petuntur; adeo ut, si dolo rei fuerint alio translatae res mobiles vindicatae, sumptibus ejusdem atque periculo ad locum judicii reducendae sint; sine dolo ejus, impensis victoris, *l. si res mobilis 10. l. 11. l. 12. ff. b. t.* Nec indulum hic condemnatis quadrimestre spatium, sed in continenti facienda restitutio, nisi alio in loco res mobilis existat, quo casu modica arbitrio judicis foret concedenda dilatio reo, cautionem de re intra tempus praefinitum reddenda praestanti §. & si 2. *Inst. de officio judic.* Quoadmodum & ad rem cum fructibus & deteriorationis aestimatione restituendam condemnatus non ita fructuum intuitu, uti quidem respectu rei principalis, praesentem patitur executionem, sed prius summarie seu de plano ventilatione, inter actorem reumque intercedente, iudex definit liquidumque efficit quantum fructuum damnoque nomine praestandum sit, cuius iudicii summarii modum & ordinem tradit Wassenar *pract. judic. c. 22. n. 12. 13. 14. & 15.*

31. Quod si possessor, condemnatus contumaciter restitutionem adimplere detrectet, manu militum res ei auferri potest; adeo quidem, ut non minus hodie, quam jure civili victor per apparitorem auctoritate judiciali constituatur in rei restituendae possessione, reo inde exturbato, *l. qui restituere 68. ff. b. t. arg. l. si finita 15. §. ubi autem 23. ff. de damn. infect. l. si suis missus 3. ff. ne vis fiat ei, qui in possess. missus erit. Inst. de Curia Hollandica act.*

172. *Curia Ultrajovina titul. 16. van onrechtic. artic.*

1. Neque hanc rei vindicata restitutionem aut faciendam manu militari ablationem moratur aut impedit, quod reus sese ius pignoris aut superflui aut ususfructus habere contendat; cum de his alio succumbentem oporteat iudicio experiri, arg. *novell.*

13. *cap. illud quoque* 10. arg. *l. si quis conductionis*

25. *C. de locato*. Uti nec, quod testis rem eandem a reo eodem jam condemnato vindicare allaboret; si enim pendente lite, ex qua reus recessit victus, posterior vindicatio moveri capta sit, vel alia inchoata, ita iudex rem petitori jubebit restituere, ut is possessori superato caveat de indemnitate, seu *si aliter rem posteriore eviceris iudicio. eam prestare*. Sin

lite jam per sententiam finita alius demum de eadem se litigare desideret, ne cautione quidem praestita res victori restituenda foret, victorque ipse nova illa per tertium actione conveniendus; non victus, utpote qui neque possidet, neque dolo vel culpa sed auctoritate judiciali deest possidere, *l. ii. a quo* 57. *l. a quo servus* 53. *ff. b. t. Covarruvias pra-*

*bit. questionum cap. 16. num. 3.* Sed & si reus ratione rei restituenda caverit, veluti, damni infecti nomine vicino ob vitium adium, non probabiliter

restitutionem sententia comprehensam facere detrectat, si modo ei de indemnitate cautio fiat, *l. ipsi quoque* 19. *ff. b. t. junct. l. aliud est capere* 71. *§. 1. ff. de verbis. signif. l. in quibus legibus formula his*

*rebus recte praestari*, non aliud denotat, quam viri boni arbitratu promissa praestari; sic enim eo sensu voculam *recte* formulis multis inseri solitam fuisse,

vide apud Brissoniam *antiquit. lib. 1. cap. 9.* Plane pro impensis recuperandis quin possessor jam condemnatus jure retentionis gaudeat, extra dubitationem positum est, *§. ex diverso* 30. *Instit. de rer. div. l. si area* 33. *in fine ff. de condit. indub.*

32. Verum si ex adverso rei instituenda facultatem reus non habeat, vendendum an dolo ac culpa ejus, an casu id contigerit. Si enim dolo possidere desiderit, in quantum adversarius in litem juravit, prestare cogitur, *l. qui restituere* 63. *ff. b. t.* Adde *tit. de in litem jurando*. Nec eo in casu cedenda ei, contra quem juratur, actiones rei istius nomine competentes, nec publiciana ei accommodanda est, nec de evictione praestanda cautio, in doli poenam, *l. ex diverso* 35. *§. petitor 2. l. si culpa*

63. *l. ii. qui dolo* 69. *l. nec quasi* 70. *ff. b. t.* Nec obstat, quod agens actione de servo corrupto, si duplicatam totius servi, tanquam nihil valenti, aestimationem consecutus fuerit, cedere cogatur corrupto-

ri actiones de dominio servi competentes, *l. ut tantum* 14. *§. ult. ff. de servo corrupto*, id enim ideo illo in casu receptum, quia dominus ex eo fundamento totam servi aestimationem adeptus fuerat, quod diceret, nullius eum pretii esse & plane inutilem: ne

ergo, si adhuc retinere vellet, fateri videtur superesse etiamnum aliquam in servo corrupto utilitatem, evitanda illius suspitionis causa recedere debuit ius

omne, quod in eo habeat. Sic nec adversatur, quod in depositi aut commodati iudicio, cum res dolo adversarii abest, condemnato tamen succurri soleat, ut ei actionibus suis dominus cedat, *l. in depositi* 12. *ff. de re iudicata*, nam (ut sileam, esse, qui distinctione inter aequitatem & ius strictum interposita conciliationem tentant inter *d. l. 69. & d. l. 12. Gotho-*

*fredus ad d. l. 12.*) considerandum insuper; aliud non immerito in actionibus personalibus, quales sunt commodati & similes definitum fuisse, quam in rei vindicatione: cum enim de nihilo major vis sit quam obligationis, atque adeo gravius quoque peccet, restitutionem dolo non faciens, quando reali actione convenitur ex jure domini quam quando personali ex obligatione, quis quazo absurdum arbitretur, dolum admissum in uno etiam casu durius fuisse quam in altero coercitum?

33. Aliud observatum si quis non dolo sed culpa desiderit possidere; tunc enim simplicem tantum, non vero ex affectione vindicantis, aestimationem praestat, arg. *l. qui petitorio* 36. *§. 1. ff. b. t.* Idque si vel

mala fidei possessor ante litem contestatam culpa possidere desiderit; vel post litem contestatam (non item ante) possessor bonae fidei; quippe per litis contestationem in mala constitutus fidei; nec ab alio,

ab initio in mala fide posito, deinceps separandus, *l. si a bona fidei* 21. *l. fructus* 33. *l. si homo* 45. *l. si culpa* 63. *ff. b. t.* Hocque casu non modo cedenda condemnato reo actiones rei nomine competen-

tes, sed & sine cessione utilem publicianam tum contra tertium, tum contra dominum ei praeor accommodat; ut nec facile dominus, qui litis aestimationem consecutus est, audiendus sit, si velit restituere pecuniam antea ex iudicati causa receptam, *d. l. si culpa* 63. *ff. b. t.* cum litis aestimationem praestans emtoris loco habeatur, *l. 1. l. 3. ff. pro em-*

*ptore*, & possessionem rei ex domini voluntate natam, etiam rei dominum acquirit, *l. ejus rei* 46. *l. 47. ff. b. t.* Observandum tamen, id quod infans

vel furiosus possessor perdidit corruperitve suo facto, impunitum esse, *l. quod infans* 67. *ff. b. t.*

34. Sed si sine dolo & culpa possessoris res casu fortuito perierit aut desiderit possideri; si quidem ante litem contestatam, nec bonae nec malae fidei possessor tenetur, arg. *l. si moris* 62. *ff. b. t.* sed solus

sur aut prado quoties is domino non obtulit restitutionem, *l. si pro fure* 7. *§. ult. l. 8. ff. de condit. furtiva*. Sin post litem contestatam, mala fidei possessorem, qui prado est, non minus post,

quam ante litem contestatam teneri, manifestum est, tum arg. *l. illud quoque* 40. *ff. de petit. hered. rei* 46. *l. 47. ff. b. t.* Observandum tamen, id quod infans

vel furiosus possessor perdidit corruperitve suo facto, impunitum esse, *l. quod infans* 67. *ff. b. t.*

34. Sed si sine dolo & culpa possessoris res casu fortuito perierit aut desiderit possideri; si quidem ante litem contestatam, nec bonae nec malae fidei possessor tenetur, arg. *l. si moris* 62. *ff. b. t.* sed solus

sur aut prado quoties is domino non obtulit restitutionem, *l. si pro fure* 7. *§. ult. l. 8. ff. de condit. furtiva*. Sin post litem contestatam, mala fidei possessorem, qui prado est, non minus post,

quam ante litem contestatam teneri, manifestum est, tum arg. *l. illud quoque* 40. *ff. de petit. hered. rei* 46. *l. 47. ff. b. t.* Observandum tamen, id quod infans

vel furiosus possessor perdidit corruperitve suo facto, impunitum esse, *l. quod infans* 67. *ff. b. t.*

34. Sed si sine dolo & culpa possessoris res casu fortuito perierit aut desiderit possideri; si quidem ante litem contestatam, nec bonae nec malae fidei possessor tenetur, arg. *l. si moris* 62. *ff. b. t.* sed solus

sur aut prado quoties is domino non obtulit restitutionem, *l. si pro fure* 7. *§. ult. l. 8. ff. de condit. furtiva*. Sin post litem contestatam, mala fidei possessorem, qui prado est, non minus post,

quam ante litem contestatam teneri, manifestum est, tum arg. *l. illud quoque* 40. *ff. de petit. hered. rei* 46. *l. 47. ff. b. t.* Observandum tamen, id quod infans

vel furiosus possessor perdidit corruperitve suo facto, impunitum esse, *l. quod infans* 67. *ff. b. t.*

34. Sed si sine dolo & culpa possessoris res casu fortuito perierit aut desiderit possideri; si quidem ante litem contestatam, nec bonae nec malae fidei possessor tenetur, arg. *l. si moris* 62. *ff. b. t.* sed solus

sur aut prado quoties is domino non obtulit restitutionem, *l. si pro fure* 7. *§. ult. l. 8. ff. de condit. furtiva*. Sin post litem contestatam, mala fidei possessorem, qui prado est, non minus post,

quam ante litem contestatam teneri, manifestum est, tum arg. *l. illud quoque* 40. *ff. de petit. hered. rei* 46. *l. 47. ff. b. t.* Observandum tamen, id quod infans

vel furiosus possessor perdidit corruperitve suo facto, impunitum esse, *l. quod infans* 67. *ff. b. t.*

34. Sed si sine dolo & culpa possessoris res casu fortuito perierit aut desiderit possideri; si quidem ante litem contestatam, nec bonae nec malae fidei possessor tenetur, arg. *l. si moris* 62. *ff. b. t.* sed solus

sur aut prado quoties is domino non obtulit restitutionem, *l. si pro fure* 7. *§. ult. l. 8. ff. de condit. furtiva*. Sin post litem contestatam, mala fidei possessorem, qui prado est, non minus post,

quam ante litem contestatam teneri, manifestum est, tum arg. *l. illud quoque* 40. *ff. de petit. hered. rei* 46. *l. 47. ff. b. t.* Observandum tamen, id quod infans

vel furiosus possessor perdidit corruperitve suo facto, impunitum esse, *l. quod infans* 67. *ff. b. t.*

34. Sed si sine dolo & culpa possessoris res casu fortuito perierit aut desiderit possideri; si quidem ante litem contestatam, nec bonae nec malae fidei possessor tenetur, arg. *l. si moris* 62. *ff. b. t.* sed solus

quis 11. ff. de legatis 1. l. si ex legatis 25. ff. de verbor. oblig. Neque enim novum est, leges generalius loquentes, per alias distinctius rem tractantes explanationem recipere ac restrictionem. Neque hic cum Bachovio in no. is ad Tract. vol. 1. disp. 15. ibi. 7. lib. B & aliis confugiendum existimo ad distinctionem i. ter actiones in rem & in personam; quasi in actionibus in personam mora sine distinctione moratorem ad periculi & casus fortuiti prestationem obstringeret, in actione in rem non ita indistincte. Et enim primo quidem in ipsis in personam actionibus non promiscue moram omnem reddere debitorem periculo rei obnoxium, sed demum, si non solvat interpellatus, cum aliqua appareret justa causa, propter quam intelligere debebat, se dare oportere, constat ex d. l. quod re 5. ff. de reb. credit. & d. l. nemo rem sua. §. 1. ff. de verbor. oblig. l. cum res 47. §. ult. ff. de legat. uti &, si non eodem modo penes actorem fuisset pericula; alioquin actori rem perire, reumque absolvendum esse, in materia depositi respondit Cypus. l. si paret 14. §. 1. in fine ff. de positi, junct. l. si in Asia 12. §. ult. ff. eod. Sed & secundo, nulla reddi potest sufficiens differentia ratio, cur magis in actionibus in personam, quam in actionibus in rem, mora reum oneraret: cum utique manifestum sit, potentius esse dominii quam obligationis jus, adeoque magis peccet non restituens domino jus firmissimum dominii habenti, quam si non solvat creditori nullum habenti jus in re. Nam quod Bachovius d. loco ait, moram perpetuare obligationem, actiones vero in rem non esse ex obligatione, id captiosum profecto est, nec dubium, quia, si tanta obligationis vis sit, ut periculum in obligatum deriveret ex mora, longe major esse debeat vis dominii ad periculum in possessorem iniquum transferendum. Quemadmodum & frivolum illud est, quod dominium, cujus probatio difficillima, in incerto sit, &, ut maxima de suo jure dubitet possessor, non tamen protinus petiorem dominum esse sequatur; id vero secus esse in actionibus in personam, quæ ex conventionibus cum ipso debitore incitis descendunt. Quis enim, quæso, ignarus est, posse heredem conveniri ex facto defuncti, cujus merito allegat ignorantiam; posse conveniri uouumquemque ex quasi contractu, & non sine causa dubitare, an ex quasi contractu, indebiti solutione, hereditatis aditione, ac similibus, debitor sit; denique justam sæpe dubitandi causam esse, an is, qui debitorem ad solvendum interpellat, habeat agendi jus, licet interpellatus se debitorem esse haud eat inficias, l. si debitor 42. ff. de perit. barend. Ut proinde frustra sint, quotquot inter actiones in rem & in personam hac in parte differentie rationes confingere allaborant.

35. Sive autem de interitu rei post litem contestatam contingente possessor teneatur, sive non, non tamen ideo fructuum aut operarum omnique utilitatis post litem contestatam inde perceptæ controversia peremta est: nam si res lite pendente casu perierit, præstanda fructuum & operarum omnique utilitatis percepta vel honeste percipiendæ æstimationo, neque ad tempus illud quo res ita interitit, computanda, l. pen. ff. b. t. l. usque autem 16. ff. §. r. si in dolo vel culpa, solvenda foret operarum fructuumque æstimationo, quos re non percepta ad

sententiam usque possessor fuisset percepturus, l. fructus 33. ff. b. t.

36. Ceterum, si quas possessor in rem reddendam impensas fecerit, nullam quidem pro earum sive illiquidarum, sive liquidarum restitutione actionem habet; sed retentione sola sibi p. test. consilere, ut latius dictum sit. de pe. ii. barend. Nec tamen pro impensis quibuscunque retentio indulta est: etenim voluptuarias quidem tam male quam bona fidei possessor tollit, quoties id fieri p. test. sine rei detrimento, ac id quod tollitur, utile post separationem tollenti futurum est; nisi paratus sit dominus tantum dare, quantum possessor in his rebus seu impensis ablati fuisset habiturus, l. in fundo 31. ff. b. t. l. pro voluptuariis 9. ff. de impensis in rem dotat. f. d. r. arg. l. utiles 39. §. 1. in fine ff. de pe. ii. barend. Necessarias uterque in totum deducit, l. domum 5. C. b. t. nisi fur in rem mobilem furtivum erogasset, dum infantem aluit furto subductum, l. 1. C. de infanibus expositis. l. ex argenteo 13. ff. de condit. furtiv. Causæ ratio videtur, quod omni momento continuetur furtum, nec tantum infantis, sed & adolescentis, adeoque jam impensa furis educati, furtum fiat: cum ergo furtum adolescentis factum esset, & ita adolescentis æstimationo per furem fuerit præstanda, d. l. ex argenteo 13. ff. de condit. furt. l. inficiando 67. §. infans 2. ff. de furiis, absurdum fuit, impensa talis repetitionem dari, & ita ob furtum adolescentis inspecto non adolescentis, sed infantis tantum solvi æstimationem, & per consequens solum infantis surrepti quadruplum duplume p. n. nomine præstari. Adde Fachinorum contrav. lib. 2. cap. 54. vel dici potest, esse jus singulare, odio furtum sic inductum, ut alia multa, uti post alios Wurmserus nucleo juris ad tit. Inst. de rer. divir. quart. 11. Utiles vero impensas quod spectat, eas possessor bonæ fidei in totum recuperat, quatenus inde res vere pretiosior facta est, dum gravior furti impensa fuit, quam est utilitas seu melioratio etiamnum superstes; quod ut plurimum contingit in adificatis, l. in fundo 31. ff. b. t. arg. l. domus 53. ff. de legat. ii. l. sum. ar. 44. verb. meliore præd. f. d. r. b. t. Nisi hæc nimis graves sint, nec eas ipse dominus fuisset factururus: quo casu vel tantum tollit eas, quatenus potest, vel a domino tantum recuperat, quantum in ipsis impensis ablati fuisset habiturus: sic ut hic multum arbitrio judicis reliquum fuerit, qui varie ex personis causisque constituere hac in parte jussus est, l. in fundo 31. ff. b. t. l. adeo 7. §. ex diverio 12. ff. de acquir. rer. domin. Si tamen impensa utilis minor sit, quam est utilitas præsentis temporis inde producta, non meliorationis totius æstimationo, sed id solum, quod vere impensum, recuperari potest; quod in implantatis frequentius accidit, quorum incrementum cum ex soli pinguedine & nutritione proveniat, domino soli potius, quam possessori plantanti prodesse rationis fuit, arg. §. si Titius 31. Inst. de rerum divisione, Frederic. & Sande de feudis Ge. d. r. tract. 2. tit. 2. cap. 3. num. 15. Joh. & Sande decr. Eric. lib. 3. tit. 15. defin. 4. Abras. & Wesel de comm. revocato tract. 2. cap. 2. num. 169. 170. 171. 172. Adde Ant. Thesaurum doctr. 261. Andr. Gayl. lib. 2. observ. 121. n. 12. Peregrinum de fideicommissis arc. 50. n. 54. & ruyg. Sed qui mala possedit fide, regulariter tantum tol-

lendarum impensarum utilitatem facultatem habet, quatenus potest sine lésione status prioris ipsius rei, si non donandi animo doceatur impendi se, *l. si inferiorum* 2. *l. domini* 4. *C. b. t.* An vero in alio solo scilicet ex sua edificans materia tignum iterum dissolutum vindicare queat, quod dum junctum erat, sine rei detrimento tollere non poterat, non sua caret hesitatione: vindicari enim posse, ait *d. l. 2. C. b. t.* negat *§. in diverso* 30. *inst. de rer. div. l. adeo* 7. *§. ex diverso* 12. *ff. de acquir. rer. domini.* Non improbabilis tamen est eorum sententia, qui tignum solum vindicare posse arbitrantur, si domino fundi sciente & patiente edificaverit in alieno mala fidei posse: sor; eo quod talis etiam, non obstante mala fide, impensas utiles in edificationem factas retentionis & exceptionis jure potest servare, licet quantum dolo facit, qui patitur alium in suo edificare, nec reddit impensam, *l. pure mihi* 6. *§. si donari* 2. *ff. de doti mal. & mar. excep. & de hoc casu accipienda d. l. 2. C. b. t.* quippe quæ de inedificatis parti inferri alienarum adium tractans, commodè sibi illam admittit facti speciem, quod adium subjecti rum domus easdem possederit, inhabitaverit, adeoque inadificationis non fuerit ignarus. Sed si domino ignorante id factum sit, soluti vindicationem non esse permittendam, juxta *d. §. 30. & d. l. 7. §. 12. Fachinus c. m. r. lib. 1. cap. 55.* Sed & si quis ab initio fundum alienum bona fide iustoque titulo nactus fuerit, postea vero in illo fundo edificaverit in tempore, quo jam sciebat alienum, hoc ei concedendum. Ipius censuit, ut sine dispendio domini vrea tollat, quod posuit, *l. Julianus* 37. *ff. b. t.* quasi non debeat haberi per omnia possessor mala fidei, qui & usus: piendi & actione publiciana exprobandi facultate gaudet; magisque propter usucapionis implendi spem præsumi possit impendisse, ut sibi neotium gereret, quam ut domino fundi inedificata daret. Ceterum cum rationi naturali repugnet, alium cum alterius jactura reddi locupletorem, *l. nam bre* 14. *ff. de cred. indob. etiam* mal: fidei possessoribus consuli solet, ut utilium impensarum habeat repetitionem, nec hætenus ab illis separarentur qui bona fide impenderunt utiliter, Groenewegen *ad l. 5. C. b. t. & ad §. 30. Inst. de rer. div. Simon van Leuwen contr. forens. pari. 1. lib. 2. cap. 11. num. 7. 8.* Ut tamen in furibus in rem furtivam utiliter impendentibus Romani juris rigorem nonnulli servandum putent, Carpovius *defini. Forens. pari. 4. const. 59. defini. 4.*

57. Quid de impensis in fructus factis servandum sit, pendendum ex iis, quæ *l. de hereditatis p. lione dicta, num. 22.*

58. Quoties autem de impensis deducendis questio est, facienda prius fructuum neceptorum cum impensis non in fructus tantum, sed & in rem ipsam factis compensatio; ac si quid ultra fructuum quantitatem inveniat eropatum, id demum vel tolli vel deduci juxta determinationes ante traditas potest, siue fructus tempore litis contestatæ etiamnum essent, siue ante consumi sint; cum generaliter & sine distinctione de fructibus ita Papirianus definit, *l. sumus* 43. *l. minor prædium* 65. *ff. b. t.* Quamvis enim verum sit, bonæ fidei possessorem fructus consummæ irrevocabili acquirere domini jure, & plenius

alms lucrari, utut hæc plenius inde factus fuerit; id tamen non impedit, quo minus fructus percepti protinus in impensarum compensationem cedant, atque ita illud demum in lucro vere sit, quod ultra impensarum quantitatem possessor percepit. Sic enim & fructuario statim fructus (inter quos etiam futura animalium) irrevocabili jure acquiri manifestum; nec tamen eo minus illa futura, quæ mutilato grege nata est, in gregis supplementum, atque ita proprietario cedere debet, grege scilicet ex agnatis supplendo, *l. ut us suis quæstio* 61. *§. 1. 2. l. 69. ff. de usufructu & quemad. quis usat. prolixè Sande decit. Frisic. l. 3. tit. 15. defini. 2.* post plures alios ibidem citatos.

59. An autem etiam cum expensis compensandi sint fructus ex ipsa melioratione per bonæ fidei possessorem facta percepti, non satis constat, quibusdam id affirmantibus, inter quos Mollianus *ad consuet. Paris. tit. 1. §. 1. gloss. 5. num. mihi* 99. Covarruvias *lib. 1. var. resolut. cap. 8. num. 4.* Menochius de recup. passor. *remed. 15. m. 610.* alique allegati a Johanne a Sande *d. lib. 3. decis. Frisic. tit. 15. defini. 3.* in quorum sententiam etiam majore suffragiorum numero ivisse ipsam Fisis Curiam ibidem testatur. Sed cum & in contrarium iudicata ex tent, magis ratione subnixam existimo eorum sententiam, qui meliorationum fructus cum ipsis meliorationibus compensari iniquum censent. Si enim hæc admitteretur compensatio, non illa tantum inde fluere abusus, quod bonæ fidei posse sori sua solveretur melioratio ex re sua: quique fructibus, sibi jure domini ex propria pecunia ad utilitatem collocata perceptis; atque adeo effectu inspecto bonæ fidei possessor, durante toto tempore possessionis bonæ fidei nullum prorsus ex sua pecunia spe lucriferoga perciperet utilitatem; eamque solus sentiret rei dominus. Sed & si considerare possesorem bonæ fidei nunquam majorem recuperare meliorationum estimationem quam quanti illi valent restitutionis tempore, sic ut impensa tota sit periculo bonæ fidei possessoris, & ille aut parum aut nihil contraqueat, prout aut parum aut nihil superest ex facta melioratione; eveniret certe, admissa compensatione, ut lucrum quidem omne erogatum cederet domino rei melioris factæ, periculum vero eorundem gravare unice, bonæ fidei possesorem; quod neque bonæ fidei natura favorque inagnis patitur, neque vulgata juris regula, dictans, secundum naturam esse, ut commoda cujusque rei eum sequantur, quem sequuntur incommoda, *l. secundum* 10. *ff. de regul. juris,* et quæ usuras pecunie debere acquiri, cuius periculo credita fuerit ipsa sor, *l. si unus* 67. *§. si unus 1. ff. pro socio.* Quibus accedit, quod, quo diligentior fuit bonæ fidei possessor, & tenquam bonus paterfamilias studiosior ad rem, quam suam putas, in statum meliorem perducendam, eo deterioris esset futurus conditionis; at, quo negligentior, eo plus lucraturus; quod quantum a naturali recedat æquitate, petio non perspicit. Atque ita sentiunt Garlas de expens. & meliorat. *cap. 26. num. 55.* Math. de Affictis *deci. Neapol. 87. circa fin.* Respons. JCor. Holl. *pari. 4. const. 157. quæst. 3.* Mugnos de Jacobar de natlocin. *tam. 2. cap. 15.* Marta *dispositio juris novi c. rom. 3. tit. compensatio cap. 12 & rom. 4. tit. fructus cap. 43.* Patum mavet, quod, cum melioratio ipsa



tanquam accessoria rei principalis domino cesserit jure domini, fructus ex melioratione percepti non ex re, possessoris amplius propria, sed plane aliena, nati & acquisiti sunt. Et enim corporum quidem per meliorationem adjectorum, velut inaedificatorum aut implantatorum, dominum naturali ratione dominio soli cessisse, non eundem inficias; sed, quia corporum istorum aestimatio possessori bonæ fidei reddenda est, juris interpretatione & effectu ita se res habet, ac si dominium non esset dominio fundi quæsitum, quamdiu meliorationis aestimatio necdum fuerit restituta. Pari fere modo, quo id in rerum venditione contingit; quarum dominium per traditionem a venditore factam naturali ratione in emitorem transire, verius est, licet neque pretium solutum sit, nec de eo fides habita, cum propositum in mente retentum, non in tradendo declaratum, naturali ratione nihil operetur; sed juris civilis interpretatione ita consideratur, ac si dominium non transivisset, adeo ut & rei traditæ vindicatio tali in casu venditori permissa sit, §. *vendi. a. 41. Inst. de rerum divisi. l. procuratoris 5. §. sed si dedi 18. ff. de tributor. act.*

## TITULUS II.

## De Publiciana in rem actione.

## SUMMARIA.

1. Quotplex sit actio Publiciana: quid sit ea, quæ ad exemplum rei vindicationis inducitur fuit?
2. Hujus actionis fundamentum esse jus possessionis; & quid distet jus possessionis a naturali possessione, ac quod jure nostro notum sit jus possessionis penitus adstruitur.
3. An vero dominio Publiciana datur?
4. Ut hac actio datur, non requiritur, ut pretium numeratum sit, nec ut eo tempore, quo agitur, agens in bona fide sit, sed sufficit, quod ab initio adfuerit.
5. An Publicianam habeat, qui emit a furioso, quem putabat sana mentis esse?
6. Datur contra omnes jure debitori possidentes, & illor, qui juris interpretatione pro possessoribus habentur; non contra possidentem aequali jure, sive ab eodem, sive a diversis non dominis res utrique tradita sit, nec hic potior est is, cui prior res est tradita, cujus contrarium erat in rei vindicatione.
7. Non possident aequali jure, cum alter ex oneroso titulo possedit, alter ex lucrativo possidet.
8. Non datur regulariter contra verum dominum; recensentur tamen casus excepti.
9. Et unum hac actione res corporales & incorporales, si modo usucapi vel præscribi longo tempore possint; non furivæ, per testatorem vel legem alienari prohibita, & quæ nunquam posseda.
10. Respectu fructuum & impensarum idem hic, quod in rei vindicatione.
11. Actio Publiciana adhuc hodie in usu est.
1. Publiciana actio, (ita dicta a Publicio prætoris) duplex est; alia, quæ prætor fingit, usucaptum non esse id, quod revera usucaptum fuit; quæ inventata, sic pristino domino rem usucaptam restitui

jubet, quasi usucapta non fuisset, remque scilicet usucapione jam impleta, l. *honorariis 35. ff. de oblig. & act. l. mandatum distrabendorum 57. mandati, de qua in titulo ex quibus causis majores 25. annis restit. alia, quæ prætor fingit usucaptum jam esse illud, cujus tamen usucapio vere necdum impleta est, §. *sed ita 3. in fine, & §. 4. Inst. de action. quæque ad exemplum rei vindicationis dari dicitur, d. l. in honorariis. 35. ff. de obligat. & act. & in qua omnia eadem esse, quæ in rei vindicatione, Ulpianus notat l. *sed & si 7. §. in Publiciana 8. ff. b. s. Quæ & ipsa hujus tituli materia est; ac non inreptè describi potest, quod sit actio prætoris in rem arbitraria, quæ quis in rem cujus possessionem justo titulo & bona fide nactus erat, ac rursus casu amiserat antequam usucapisset, recuperat a quovis jure debitori possidente, d. §. 4. Inst. de action. junct. l. 1. & ult. ff. b. s.***

2. Actionis hujus fundamentum est fictum dominium, vel (quod eodem redit) jus possessionis, quod ex bono & æquo descendens prætor movit, ut dominum fingeret eum, qui hoc jure possidendi instructus erat, d. §. 4. Adipiscitur autem unum quisque hoc jus possidendi ex traditione per non dominum facta, concurrente justo titulo & bona fide accipientis, sic ut usucapiendi potestatem nactus sit. Scilicet, uti re per verum dominum ex justa causa tradita, jus domini acquiritur accipienti; ita si a non domino res tradita fuerit ex justo titulo ac bona fide; jus possessionis accipientis censetur quæsitum. Et ut verus dominus amittendo naturalem rei possessionem, non excidit propterea jure domini, sed potius ex eo jure rei, apud quemcumque existentis, vindicationem habet, ad recuperandam quam amiserat, naturalem detentionem: ita & qui jus possidendi semel nactus est, amittendo naturalem possessionem, quæ facti est, non amittit ipsum possidendi jus, sed magis ex eo jure adhuc retento per hanc actionem persequitur ipsam illam naturalem possessionem, quam sine sua amiserat voluntate factoque. Et hoc ipsum est, quod in l. *bona fidei 13. ff. de reg. juris*, traditum fuit, bonam fidem tantundem præstare possidentis, quantum veritas, quæque lex impedimento non est: veritate ibidem pro vero domino posita, ad oppositionem domini ficti & juris possidendi, ex bona fide justoque titulo profluentis: quodque Ulpianus in l. *in hac actione 3. §. Pomponius 12. ff. ad exhibendum* scripsit, unus rei plures ad exhibendum agere posse; forte, si homo primi sit (id est, si primus rei dominum habeat) secundi in eo usufructus sit, tertius possessionem suam contendat; id est, contendat se habere possidendi jus, ex quocumque intentare possit publicianam actio. em, merito quoque rei mobilis, forte non apparentis, exhibitionem sibi fieri desiderat. De naturali sane possessione quo minus Ulpianum accipimus, dum dicit, tertius possessionem suam contendit, ipsa natura actionis ad exhibendum manifesto evincit; quippe quæ non illis, qui possident, sed potius non possidentibus contra possessores ac detentores data est. Et quamvis non adeo frequentata in jure sit denominatio juris possessionis, atque quidem juris domini; non tamen ignota prorsus, sed simul cum jure domini proposita in l. *qui agros d. C. de omni agro deserto*, ubi, cum permisissent Imperatores, agros desertos per quemvis occupari ac colli,

minis tamen agrorum possessoribus servarunt licentiam recuperandi intra biennium agros illos ab alio jam occupatos cultosque; sed si biennii fuerit tempus emensum, *omni possessionis & domini cariturum jure qui siluit*, ab iisdem sancitum est. Adeoque, sive dominus fuerit, carebit dominio, sive bonæ fidei possessor, carebit jure possessionis: neque enim illic de naturali possessione seu detentione sermo erat; quippe quam & antea propria desertione desiderant habere pristini possessores. Confirmat quoque jus hoc possessionis Marcianus in *l. ubicatu* 5. §. 1. ff. ad leg. Jul. de vi publica, ubi a D. Pio decretum ait, ut, *si de vi & possessione vel dominio questio sit, prius de vi quaratur, quam de jure domini sive possessionis*; indigitans scilicet (uti plenius explicui titulo de judiciis) si quis vi de possessione rei dejectus sit, & judicio possessorio ac petitorio experiri cupiat, prius debere spoliatum restitui, adeoque momentaneæ possessionis questionem per interdictum unde vi prius terminandam esse; tum deinde petitorium tanquam principale oportere tentari, sive de jure domini questio per intentatam rei vindicationem ventilanda sit, sive de jure possessionis per hanc Publicianam in rem actionem. Nec huc juri possessionis tanquam actionis Publicianæ fundamento, obloquitur Ulpianus in *l. sed & si* 7. §. Publiciana actio 6. ff. b. r. dum asserit, *Publicianam actionem ad instar proprietatis, non ad instar possessionis, respicere*: cum non aliud hisce indiget, quam Publicianæ actio non sit iudicium aliquod preparatorium, temporariam respiciens possessionem, uti pleraque interdicta; sed quod sit iudicium principale, totam litem finians, ad instar actionum aliarum proprietatis causam concernentium; quodque (ut Hermogenianus loquitur) *ad exemplum vindicationis* detur, *l. in honorariis* 35. ff. de obligat. & act. Minus urget, quod hac actione quandoque agant & illi, qui possessionem nunquam fuerint adepti, *l. cum sponsus* 12. §. 1. *l. si servus* 15. ff. b. r. quod enim atinet, *l. 15. per servum nostrum* in fuga existentem, & ab alio non possessum, naturalem quidem possessionem nobis haud acquiri verum est; eo quod nec ipsam fugitivum naturaliter possidemus: & de tali possessione agit *d. l. 15.* interim, uti animo nostro retinimus servi talis possessionem, ita & per eum adipiscimur possessionem civilem, quæ animo proprio, corpore & ministerio alieno apprehenditur, *l. rem* 15. ff. de acquir. vel amitt. possess. Ratio vero, cur jure singulari heres, licet necdum possessionem rerum nactus Publiciana experiri possit, in *d. l. 12. §. 1.* non alia est, quam hæc, quod hæres, uti ex jure successionis dominium adipiscitur, cujus vi rei vindicationem habet adversus possidentem; ita quoque jus possessionis, quod penes defunctum fuit: dum is rem alienam justo titulo & bonæ fide nactus erat cum usucapiendi facultate, ex quo jure possessionis & defunctus ipse possessionem naturalem Publiciana persequi potuit, & eo defuncto heres, in omnia succedens defuncti jura.

3. Cum autem hac actione persequamur rem nondum usucaptam, merito inde inferri potest, verum dominum non desideraturum esse hanc actionem honorariam, cum habeat civilem, *l. 1. §. 1. ff. b. r. & si maxime desideraret, non esse audiendum, nisi in probatione domini deficiens, ad hanc confugien-*

dum censeat, atque ita (dum paria sunt in jure non esse & non apparere) non dominium sed bonam fidem, justumque titulum, & rei necdum usucaptæ amissionem alleget. Præsertim cum & his, qui prius in rei vindicatione mota succubuerat ob domini non probati defectum, deinceps ad Publicianam possit actionem transire, *l. minor* 39. §. *si servus* 1. ff. de evictio.

4. Ut huc actioni locus sit, non interest, utrum actor pretium numeraverit, cum ex causa emptionis rem nactus esset, nec ne: licet enim rei vendita ac tradita dominium in emtore non transeat, ac proinde nec rei vindicatio emtori danda, nisi pretio numerato, vel fide de eo habita, §. *vendita* 41. Instit. de rer. divis. l. *quoniam* 15. C. de rei vindicat. quin tamen possessio sine pretii numeratione transferatur, dubium non est: quod ipsum sufficit, ut Publicianæ actioni locus fiat, *l. de pretio* 8. ff. b. r. Similiter nec interest, utrum tempore litis contestatæ actor in bona an in mala fide sit: id quod significare videtur Igitur in *l. sed essi* 7. §. Publiciana 14. ff. b. r. dum ait, *Publiciana tempus emtionis continet; & ideo neque quod ante emtionem* (ceptam scilicet & traditione consummatam, arg. *l. pen. ff. de usurpat. & usucapion.*) *neque quod postea dolo malefactum est, in hac actione deduci, Pomponio videtur.* Imo, eo ipso, quo quis Publiciana experitur, fateri videtur, se dominum non esse atque ita malam fidem ac conscientiam alienæ rei vel agnoscit ipse, vel saltem supponit: sed hoc unum inspicitur, an initio bona fides adsit cum ceteris ad usucapionem inchoandam requisitis, *l. sed essi* 7. §. *pen. & ult. ff. b. r.* Scilicet, ut mala fides superveniens non interrumpit usucapionem, ita nec Publicianæ actioni impedimento est; unde & heres ejus, qui bona fide rem nactus est, ut usucapere possit, hac actione recte experitur, licet ipse in dolo ac mala fide sit, *d. l. 7. §. in hac actione* 12. arg. *l. pro emtore* 2. si defunctus 19. ff. pro emtore, §. *diutina possessio*, 12. Instit. de usucapion. nec continuatio usucapionis impeditur scientia hæredis, ut ait Papinianus in *l. hæres ejus* 43. ff. de usurpat. & usucapion. ubi pro continuatione rectius legi *continuatio*, suadet sensus legis, ac Hothofredus in notis observat; Haloandri editione etiam istam lectionem firmante. Quibus non adversatur Ulpianus in *l. si ego emi* 11. §. *in ordine* 3. ff. b. r. requirens, ut, si hac contendere velim actione de partu ancillæ furtivæ, eo tempore, quo experiar, matrem ejus furtivam ignorem. Item cum Cujacio emendationem adhibendam existimo, ut pro experiar, legatur, *ea pariat*; cum ex aliis constet juris partibus, usucapi non posse partum ancillæ furtivæ, nisi conceptus fuerit ac editus apud bonæ fidei possessorem. Sic Julianus verbis prope iisdem auctor est, partum usucapi, *si apud eum* (bonæ fidei possessorem) *conceptus & editus eo tempore fuerit, quo furtivam esse matrem ejus ignorabat, l. non solum* 33. ff. de usurpat. & usucap. Et licet ille, qui in mala jam fide positus est, ac Publiciana possessionem recuperat, neque ex priore possessione, quippe jam interrupta, usucapionem implere possit, neque ex posteriore per Publicianam recuperata, quia initium secundæ possessionis vitio non caret, *l. qui fundum* 7. §. *qui bona fide* 4. ff. pro emtore, non tamen ei actio prorsus inutilis est, cum recuperata possessio

saltem ad longissimi temporis prescriptionem prosit, ad quam bona fides necessaria non est.

5. Quod si a furioso quis emerit, quem sana mentis esse putabat; quamvis summo jure nec usucapere rem emant, nec Publiciana eam vindicare potuerit, *l. pro emptorem 2. §. si a furioso 16. ff. pro emptore*, ex æquitate tamen utrumque potest, *l. sed et si 7. §. Marcell. 2. ff. b. t.*

6. Datur hæc actio contra quemvis possessorem sive bonæ sive malæ fidei, qui jure debitori possidet, aut dolo malo possidere desiit, litive se obtulit quasi possideret, ad exemplum rei vindicationis: cum in Publiciana actione eadem omnia dicantur esse, quæ & in rei vindicatione obtinere dictum est, *d. l. sed et si 7. §. in Publiciana 8. ff. b. t.* Quod si non debiliore, sed æquali jure possessor rem teneat; non dubium, quin pari in causa melior esse debeat possidentis, quam petentis conditio, ac ob id possessor absolvendus sit, arg. *l. sive autem 9. §. si duobus 4. in fine ff. b. t. l. in pari causa 128. ff. de reg. jur.* veluti si bonæ fidei emptor, amissa possessione, adversus alium itidem bonæ fidei emptorem ac possessorem experiretur; sive possidens reus et non possidens actor ab eodem non domino rem nacti fuerint, sive a diversis cum illa diversitas non plura aut minus juris præstet possidenti, aut possessionis prerogativas in actione Publiciana tollere queat vel diminuire; quod & a Neratio observatum in *l. si ea res 31. §. ult. de Act. empti*. Licet enim ab Ulpiano scriptum sit, eum, qui dominium in fundo habuit, id tradendo transferre; si non habuit, nihil ad eum, qui accipit, transferre, *l. traditio 20. de acquir. rer. domin.* id tamen non nisi quantum ad dominii translationem intelligi potest, cum ex notissimis juris principiis in aperto sit, per traditionem a non domino factam jus usucapiendi fructusque percipiendi, jus denique ipsum possessionis acquiri. Nec est, quod quis existimet, potiorum debere haberi eum, cui priori res tradita est; quasi in Publiciana idem obtinere debeat, quod in rei vindicatione, cujus exemplum Publiciana adinventæ est, quamque imitatur *l. sed et si 7. §. in Publiciana 8. ff. b. t.* in rei autem vindicatione ius juris fit, ut potior sit, cui priori res tradita est pretio numerato aut fide de eo habita, *l. quotiens 15. C. de rei vindicatione*. Dispar enim hac in parte rei vindicationis & Publicianæ actionis causa est. Potior scilicet esse debebat in rei vindicatione is, cui priori res tradita est, quia is solus erat; non item is, cui postea res eadem ex causa emtionis tradita fuerat, sed tantum ad summum bonæ fidei possessor, quem a vero domino ex jure dominii conveniri posse, in confesso est. At cum de Publiciana questio est, ubi uterque a non domino rem nactus fuit, neuter dominus dici potest, sed uterque tantum bonæ fidei possessor; atque adeo ejusdem uterque juris ac potestatis, & pari in causa constitutus; cui consequens erat, ut posita pari causa melior possidenti conditio esse deberet, quam petenti: juxta *d. l. 128. ff. de reg. jur.* Nec obstat, quod in *d. l. 9. §. 4. ff. b. t.* dicitur, si quidem ab eodem non domino separatim duo emerint, potiorum fore eum, cui priori res tradita est. Penitus namque legem inveniunt patet, agi ibidem de ea facti specie, qua duobus quidem res vendita fuerat, verum non utrique, sed uni tantum tradita; respondet enim Ulpianus ad questionem ita propositam; quis Publiciana cui

possit, utrum is, cui priori res tradita est; an is, qui tantum emsit; ut proinde mirum non sit, potiorum esse eum, cui res tradita est, cum sine traditione jus possidendi, quod actionis hujus fundamentum est, non possit videri acquisitum. Et quamvis id non adeo dubium videri possit, tamen & minus dubia & certa quoque jura legibus definiti, abunde constat. Interim, quod in *d. l. 9. §. 4. Jurisconsultus* distinguit, quasi aliud obtineret, si ab eodem, aliud si a diversis non dominis duo separatim emissent (quam etiam distinctionem in re aliena duobus oppignorata habet *l. si non dominus 14. ff. qui pot. in pignore*) ejus rationem ab aliis reddi video, sed sufficientem assequi me non posse libens profiteor: imo eam omni ratione destitui quantum ad hanc Publicianam, ex superioribus adductis ratiociniis & Neratii auctoritate demonstratum opinor: atque adeo in id quoque proclivis sum, ut in distinctionis rejectione Neratium in *d. l. 31. §. ult. ff. de Act. empti*. a Jurisconsultis ceteris dissensisse credam. De cetero nec Neratium aliud sensisse puto, quam quod possessoris potior esse debuerit conditio in pari causa: quod enim ille in *d. l. 31. §. ult.* eum ait potiorum esse, cui prius res tradita est; ita intelligendum est, si eam possideat: id quod ex eo colligi potest, quod laudando verbo usus est, *is inquit ex nobis tuendus est* &c. Tuemur autem proprie & accurate loquendo eum, qui etiam in possessione constitutus est, ac per alium actione intentata vel violentia illa patitur turbationem. Confer Cujacium *lib. 18. observat. 31.* Hilsigerum *Donell. enucleat. lib. 20. cap. 8. lit. Z.* Ant. Fabrum *rationes. ad d. l. 9. §. 4. ff. b. t.* aliter sentientes.

7. Non tamen par possidentis & petentis causa videtur, si reus ex titulo lucrativo tunc possideat, actor vero ex oneroso titulo, velut emtionis aut permutationis, ante possederit: cui proinde & Publiciana contra possidentem titulo lucrativo danda foret: cum de damno evitando agat, potiorumque jura jubeat esse in pari causa conditionem contententium de damno evitando, quam eorum qui de lucro capiendo, agunt; arg. *l. quod autem 6. §. simili modo 11. ff. qui in fraud. credit. facta sunt ut restit.*

8. Contra verum dominum hæc actio non competit, quippe qui, etsi non possideret, contra possessorem justo licet titulo & bona fide munitum rei vindicationem habiturus esset; dum jus dominii fortius atque potentius est, quam ullum possessionis jus. Nisi tamen rem a non domino propter damnum illatum noxa datam dominus inceptit possidere: tunc enim ei, qui læsus fuerat, cuique erat facta noxa deditio, prætor Publicianam pollicetur contra dominum, litis æstimationem haud offerentem, *l. et generaliter 21. ff. de noval. action.* Vel nisi dominus litis æstimationem ab eo, qui rem culpa possidere desiderit, acceperit, ac postea rei istius possessionem fuerit consecutus: cum enim litis æstimationem præstans, dominum eo solo non acquirat, deficiente traditione vera aut ficta, arg. *l. ejus rei 46. l. 47. ff. de rei vindic.* (licet emptoris loco habeatur) nec facile permitendum sit ei, qui litis æstimationem accepit, pecuniam restituere: & tamen solventi litis æstimationem prætor contra dominum accomodat in rem actionem, *l. si culpa 63. ff. de rei vindicat. l. si propter 22. ff. de Act. rer. venditar.* uix est, ut aliam, quam hanc Publicianam existimemus in *ll. de noxa*.

eam. Nam & si a Titio fundum quis emisset, qui Sempronii erat, isque ei traditus fuisset, mox Titius Sempronio heres existens fundi illius possessionem fuisset adeptus, Publicianam embori contra venditorem nominatim ab Ulpiano tributam constat: in quantum venditor quidem naturaliter dominus esse non desit ex venditione ac traditione, quæ dominii acquisitionem antecessit, & ita antiquior est dominio acquisito; sed tamen prætor fingit, rem venditam acquisito postmodum per venditorem dominio ex bonis ejus recessisse, emptori adjectam esse, l. apud Celsum 4. §. si a Titio 32. ff. de doli mali & metus excepti. Adde l. si quis rem 24. ff. de except. rei judicata, & l. sed & si 7. §. si petenti mihi 7. ff. h. t. in quibus propter jurjurandi aut rei judicatis auctoritatem prætor fingit, dominum esse, qui se talem esse juraverit, aut judicis sententia fuerit declaratus; & ideo contra veros dominos hæc Publiciana censuit concedendam esse.

9. Petuntur Publiciana non res tantum corporales, sed & incorporales, veluti servitutes sive reales sive personales, l. si ergo 11. §. si de usufructu 1. ff. b. t. si modo res tales sint, quarum procedere potest usucapio, l. sed & si 7. §. ult. l. si vero autem 9. §. pen. ff. b. t. vel præscriptio, quæ in emphyteusi & vectigali agro ac superficie, usucapionem proprie dictam secundum jus Pandectarum respuente, locum habet, l. cum sponsor 12. §. in vectigalibus 2. & §. 3. ff. b. t. junct. l. si finita 15. §. sed in vectigali 27. ff. de damno infecto, Ravarus lib. 1. varior. cap. 5. uti & in servitutibus, præscriptione potius quam usucapione acquirendis, arg. d. l. 11. §. 1. ff. b. t. junct. l. servitutibus 14. ff. de servitutibus, nec si quis diuturno 10. ff. si servit. vindic. Proinde nec in furtivis locum hæc actio invenit, l. si ve 9. §. pen. ff. b. t. Nec in rebus per legem aut per testatorem alienari prohibitis, utpote quarum usucapio non est, l. cum sponsor 12. §. si res 4. ff. b. t. arg. l. ult. §. si autem 3. C. communis de legatis. Nec denique in his, quæ neque vere neque fide sunt tradita; etiam si talia essent, quorum fictum dominium sine traditione posset transire; veluti res legata & necdum tradita aut sine vitio occupata, arg. l. pen. ff. pro legato, cum utique usucapiendi potestas in hac actione necessaria sit, nec sine possessionis acquisitione ea procedat, aut habeat initium. Suffecerit autem vel momento possedisse, ut hæc liceat actione experiri, l. cum sponsor 12. §. ult. ff. b. t. Ratione tamen singulari eum, cui ex Senatusconsulto Trebelliano restituta est hereditas, etiam si non fuerit nactus possessionem, uti Publiciana posse, supra dictum est, l. cum sponsor 12. §. i. cui 1. ff. b. t.

10. De cetero, respectu fructuum, impensarum, & similium, eadem in Publiciana, quæ in rei vindicatione servanda sunt, arg. l. sed & si 7. in Publiciana 8. ff. h. t. l. in honorariis 35. ff. de oblig. & act. l. in speciali 73. ff. de rei vindic.

11. Nec abolita usu fori censenda est hæc Publiciana actio: licet enim non semper actionum nomina in iudiciis nunc exprimi soleant, nulli tamen dubium, quin actionum singularium in iudicium deducendarum termini, quibus a se mutuo distant, etiamnum supersint, atque adeo hæc quoque Publiciana in paxi vigeat, usque adeo, ut a pragmati-

cis disputari videas utrum cum rei vindicatione hæc Publiciana possit cumulari, Andr. Gayl. lib. 1. observ. 62. num. 5. Minsingerus ad ff. 4. Inst. de act. num. 36. & seqq. Sim. van Leeuwen cons. forum. part. 1. lib. 2. cap. 11. num. 5. in fine, Parens p. mem. Paulus Voet ad §. 4. Inst. de act. num. 3.

## TITULUS III.

Si Ager Vectigalis, id est, emphyteuticarius petatur.

## SUMMARIUM.

1. Agri emphyteuticarii directum & utile dominium quis vindicet, & contra quos? Non differt ager vectigalis ab emphyteuticario.
2. Differt tamen a prædiis tributariis & stipendiariis, uti & a prædiis elocatis.
3. Emphyteusis variis modis accipitur. Si sumatur pro contractu, consensu perficitur, nec scriptura ad substantiam, sed probationem pertinet.
4. Cum accipitur pro jure in re, quibus tunc modis illud jure in re constitui possit; conventionibus; ultima voluntate; præscriptione.
5. Quanto temporis spatio hodie acquiratur per præscriptionem? an præsumatur emphyteusis in dubio, si quis longissimo tempore uniformem annuam, vel difforem seu variantem præstiterit pensionem?
6. Qui dare in emphyteusin possint, an minores, prælati ecclesie rem ecclesie, an habens beneficium ecclesiasticum fundus istius beneficii ultra tempus, quo ipse frui potest? Qui accipiant in emphyteusin?
7. Conceduntur in emphyteusin sola res immobiles, non mobiles. An domus? An molendina? an annui redditus tales, qui solent in immobilium classem referri?
8. Canon an etiam in certa fructuum ponderatione consistere possit?
9. Emphyteusis vel secularis est, vel ecclesiastica. Ad quos olim & jure novo ecclesiastica transire potuerit?
10. Emphyteusis hodie vel simpliciter conceditur, certa familia certisve personarum gradibus. Quid inter hæc duo interit?
11. Habet emphyteuta commoda fere omnia, quæ fructuarius. Amplius ei cedit utilitas insula ante fundum emphyteuticum nata, uti & thesaurus in eo fundo repertus.
12. Fert etiam onera eadem, quæ fructuarius, nisi circumstantia aliud suadeant.
13. An habens emphyteusin ecclesiasticam exemptus sit oneribus illis, quibus & ecclesia in emphyteusin concedens exempta est?
14. Fert emphyteusis lapso tempore, ad quod concessa, deficiente familia aut gradu, cui concessa. An tunc dominus directus cogi possit, ut rem ad se reversam ipsis rursum illis emphyteusis, vel proximis eorum agnatis, in emphyteusin det, aut eos tantundem offerentes extraneis præferat; & quid juris in Hollandia?
15. Si lapso tempore dominus directus anni requirit canonem accedens: an tacite repetita censetur emphyteusis?
16. Fert totali interitu rei, non partiali: canon di-

- minuendus ob partis interitum, nisi per singula jugera canon constitutus sit; vel in definienda canonis quantitate fructuum ratio habita sit.
17. An emphyteuta possit emphyteutis derelinquere, si fructus fundi, qui pro parte perit, non sufficiant ad canonem, nec dominus eum velis pro parte remittere?
18. Derelinquere nequit, si a fisco in emphyteutis acceperit, vel emphyteuticaria res per manifestam emphyteuta negligentiam pro parte perierit. Si emphyteuta fructus non perceperit a tertio vi dejectus aut aliter impeditus, non ideo minus canonem solvere debet.
19. Canonis remissio peti non potest ob insolitam sterilitatem, incursum hostium, tributa graviora imposita, nisi canon fructibus proportionatus sit.
20. Totest tamen peti remissio, si totus ager emphyteuticarius per hostes capitur, & ita hostium factus sit.
21. An etiam propter inundationem?
22. Perit alienatione, qua facta est, non facta domino directo denunciatione, idque pro ea parte, qua alienata est; sive a fisco sive a privato emphyteutis concessa sit. Quid hic moribus obtineat? An dominus directus sine denunciatione emphyteuta facta, jus suum alienare possit?
23. An & pena commissi locum habeat, si venditio nulla sit, vel conditionalis? vel traditio necdum facta?
24. Sub alienatione, non sine denunciatione facienda, non continetur oppignoratio, aut servitutis impositio; & hac non nocent domino directo.
25. Non etiam donatio, permutatio, legatum, hereditas institutio.
26. Sine denunciatio necessaria sit, sive non, domino directo debita per emptorem pretii pars quinquagesima, in Hollandia duplicatus canon: & vulgo laudemium dicitur.
27. Cui laudemia praestanda? & denunciatio facienda, si emphyteuta per contractum libellarium emphyteutis dederit, & secundus emphyteuta alienet?
28. Ad quid tenetur emphyteuta, si apud emptorem dissimulaverit laudemiorum onus?
29. An si pena debeatur ob moram in praestandis laudemis, etiam ignorantia in eam incidant?
30. Si emphyteusi redditus annuus sit impositus, & emphyteutis vendatur cum illo redditus onere, totus redditus istius pretio addi debet, ut quinquagesima ratio ineat.
31. An duplicata laudemia solvenda sint, si emphyteutis vendita cum pacto de retrovendendo, postea per venditorem redimatur?
32. Quid juris sit circa laudemia, si emphyteutis vendita redhibeatur ob vitium, vel redeat ex additione in diem vel lege commissoria, vel retractus fiat? remissive.
33. Si emptori emphyteutis post soluta laudemia lis a tertio moveatur, & transactio sequatur, non iterato debentur laudemia, licet in actorem emphyteutis ex transactio transeat; nisi fructus domino directo fiat, vel is probet, eum, qui cessit, emphyteutam fuisse.
34. Si quis alieno nomine emerit, non bis sed semel laudemia solvenda, sive mandatum habuerit siue non, secus, si suo nomine emisit, & postea alium sui loco substitui faciat, licet tunc ab initio instructus fuerit mandato emendi pro illo tertio. Nec denunciatione opus est, nec laudemia solvenda, si divisio vel adjudicatio fiat per judicis divisoriam: secus, si post divisionem aut adjudicationem alter alteri partem suam aut totam emphyteutis adjudicatam vendat.
35. Perit emphyteutis non soluto canone intra tempora legitima. An mora ista jure civili, canonico, aut moribus purgari possit? an contra penam commissi restitutio impetrari? qualis pena mora hodie frequentior sit?
36. Si pars tantum canonis soluta sit, sive per unicum emphyteutam, sive per unam ex pluribus unius emphyteuta hereditibus, tota emphyteutis in commissum cadit.
37. An non canon per partes solvi possit, cum emphyteuta partem vendidit, & onus canonis pro rata divisit, & an idem obtineat in emphyteusi fisci, quod in privata.
38. An emphyteuta interpellandus sit ad solutionem? an sufficiat sola oblatio canonis intra legitimum tempus ad evitandam penam commissi, si desit depositio? An canon per compensationem solvi possit, si ea oblata non sit? an per alium pro emphyteuta canon solvi sine mandato? an in antecessum canon invito domino solvi?
39. An mora abbas vel economi noceat monasteria vel ecclesia? An mora mariti noceat uxori ex jure Hollandico & Trajectino?
40. An emphyteuta fructus anni quartii perceptor reddere teneatur, si dominus demum post eorum perceptionem declaraverit animum advocandi emphyteutis?
41. Cessat pena commissi ob moram, si dominus eam remiserit. An censetur remisisse, si sciens acceperit vel exegerit canonem anni quartii?
42. An & remissio censetur, si triennii solius canonem receperit, sine caducitatis declaratione, & an postea caducitatem declarare possit?
43. An tacite fiat remissio pena commissi, cum alia pena conventionalis in casum non soluti canonis apposta est?
44. An ob non solum canonem jus commissi per heredem aut contra heredem exerceri possit, si defunctus non declaraverit advocandi voluntatem, aut ea contra defunctum declarata non sit?
45. An ob insignem deteriorationem ac corruptionem dolo malo vel manifesta lata culpa emphyteuta factam etiam secularis emphyteutis adimi possit?
46. Finitur etiam praescriptio. Non tamen praescriptio cessatur, qui tantum cessavit in canonis solutione per tempus praescriptioni necessarium, si non actu aliquo tempore pro domino pleno gesserit.
47. An dominus directus advocare possit emphyteutis ob ingratiitudinem emphyteuta, vel quia re indiget ad proprios usus?
48. An etiam ob infictionem juris emphyteutici?
49. Emphyteutis finita reddit ad dominum directum, sive privatum, sive fiscum, etiamsi fiscus generaliter omnes redditus fiscales una mercede publiciana elocasset; quia commissum tale redditus fisci non est.
50. Finita emphyteusi dominus directus emphyteutam non privata, sed judicii auctoritate, expellere de-
51. Finita emphyteusi dominus directus emphyteutam

bet; & ad id non possessorio sed petitorio iudicio contendere.

52. Finita emphyteusi, an & quales impensas ac meliorationes emphyteuta repetere possit?
53. Forita facultate repetendi meliorationes, quid juris sit, si impensa vel maior sit, vel minor quam est ipsa melioratio?
54. De Censu, & libellario contractu; remissive.

1. Actio in rem utilis, seu utilis rei vindicatio, etiam datur emphyteuticarium aut vectigalem agrum habentibus, ut dictum sit. primo, adversus quosvis possessores, etiam ipsos municipales aliosque similes in emphyteusin dantes, si nedom tempus constitutum elapsum fuerit, & vectigal seu canon solvatur, l. 1. a. 3. ff. b. 1. Ut tamen ipsi in emphyteusin concedentes directum possint vindicare dominium, sic ut directi quidem domini in vindicando dominio directo potiores emphyteutis sint, emphyteutæ vero in utili potiores domino directo, ac emphyteutæ utile dominium etiam a dominis directis iure sibi vindicant; directi domini directum ab ipsis emphyteutis. Nec differre videtur fundus vectigalis & emphyteuticarius, nisi quod frequentius municipia in emphyteusin concedentia vectigal dicantur percipere; quod, si privati pro emphyteusi accipiant, canon appellatur, arg. l. sciendum est 15. §. 1. ff. qui satisd. cog. Quod & satis innuit nostri tituli inscriptio, si ager vectigalis, id est emphyteuticarius petatur, cum tamen nulla de agris per privatos in emphyteusin concessis mentio occurrat in ulla huius tituli lege.

2. Differt tamen ab agro vectigali seu emphyteuticario prædium stipendiarium aut tributarium, eo quod stipendiaria aut tributaria prædia erant ea, quæ ab hostibus capta pristinis possessoribus seu colonis fuerant relicta, tributo imposito. Theophilus & DD. vulgo ad §. per traditionem 40. Instit. de rer. divis. de quibus latius sit. de acquir. rer. domin. Distat quoque emphyteusis multifariam a locatione agrisque conductis, quatenus emphyteuta utile habet dominium, utilem in rem actionem, canonem solvit non proportionatum quantitati fructuum, ad meliorationes tenetur, remissionem canonis ob stilitatem, aliudve damnum particulare petere nequit. Quæ aliter in locatione obtinere, ex juris nostri principiis certum est. Ut proinde non nisi abusive emphyteutæ dicantur fundum habere in perpetuum aut ad tempus conductum in d. l. 1. & 3. ff. b. 1. nisi dicamus, tempore auctorum d. l. 1. & 3. emphyteusi per Imperatorem Zenonem a locatione necdum separata, Jurisconsultos promiscue conductione & emphyteusi usos esse, illos saltem, qui emphyteusim ad locationem maluerunt, quam ad emtionem referre.

3. Occasione hujus actionis in rem de agro vectigali subnectenda plenior emphyteusios tractatio, tanquam juris in re: quam alii ob magnam ejus cum locatione affinitatem putant in titulum locati conjiciendam, tunc eam ut contractum considerantes. Emphyteusis enim vel ipsam rem in emphyteusin datam denotat, vel contractum emphyteuticarium, vel denique ipsum jus in re constitutum. Si tanquam contractus consideretur, commode describi potest, quod sit contractus juris gentium, bonæ fidei,

nominatus, consensu constans, quo prædium alicui fruendum conceditur in perpetuum, aut ad tempus non modicum, sub lege meliorationis & præstationis annui canonis. Qualis conventio nostra lingua Erspach dictitur, licet aliquando in antiquis instrumentis redditus irredimibiles appellati inveniuntur Pachtion & Erspachien, ut notatur in Respons. Jurisc. Holland. part. 3. vol. 2. consil. 331. (revera) 231. pag. 662. Quod autem emphyteusis sit bonæ fidei, juris gentium, consensu constans, id vel inde recte collegeris, quod veteres omnes emphyteusin, vel ad emtionem vel ad locationem reducerint; cumque eam de emtione tum de locatione extra controversiam posita essent, nulli etiam dubium esse potuit, quin illa, quæ emtioni locationique communia erant, optimo quoque jure ad emphyteusin fuerint transferenda. Erroneum proinde est, a Zenone Imp. primitus hunc contractum adinventum fuisse; cum & ante Zenonis tempora soliti fuerint domini agros suos, squallidos præsertim & incultos aut longe disitos, in emphyteusin concedere. Neque aliud a Zenone præstitum, quam quod illam sustulit inter jurisconsultos disputationem, quæ alii emphyteusin emptioni, alii locationi contendeabant accensendam esse, & propriam hujus contractus constituit naturam, neque ad locationem neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam; cum varias animadverteret intercedere inter hanc conventionem & emtionis locationisque contractum diversitates; intacta de cetero relicta emphyteusios natura, ac in nullo innovata, §. ad eo autem 3. Instit. de locat. & conduct. l. 1. c. de jure emphy. Et quamvis in d. l. 1. scripturæ mentio fiat, dum sancitur, ut omnia quæ pactionibus, scriptura interveniente habitis, placuerint, firma illibataque custodiantur, ac inde communiter antiquioribus placuerit scripturæ necessitas, teste Carpovio defin. forens. part. 2. const. 39. def. 7. num. 5. 6. 7. 8. Julio Claro §. emphyteusis quart. 4. eam tamen non ad contractus hujus substantiam, sed evidentiorum tantum gestorum, & in perpetuum ac immemorabile aut saltem longum tempus vim habiturorum, probationem pertinere, verius est, tanquam fidelissimam memoriarum custodem & adjutricem: ne alias lapsu temporis gesta excidant, & vacillare incipiat contractus fides, dum labilis hominum memoria est, atque etiam deficit testium mortalitate: & hoc convenienter aliis legibus, generatim dictantibus, solitas fieri scripturas, ut quod actum est facilius per eas probari possit; valere autem & sine his quod actum est, si modo habeat probationem l. contrahitur 4. in fine ff. de pign. & hypot. l. in re 4. ff. de si e instrument. Radelantius Curia Ultraject. dec. 24. Ant. Matthæus de oblig. disput. 22. num. 2. Christinus volum. 3. decis. 119. n. 5. Vinnius ad §. 3. Instit. locatione num. 8. Parens p. m. Paulus Voet ad d. §. 3. num. 1. vers. an consensu, Hugo Grotius manu dicit. ad jurisprudent. Holl. lib. 2. cap. 40. num. 16. 17. perperam notatus ob id a Sim. van Leeuwen, contentente in censur. for. part. 1. lib. 2. cap. 16. num. 23. scripturam hodie saltem esse necessariam, quantum nullum jus in re immobili constitui potest, nisi coram lege loci, de ea autem constitutione scripturam fieri. Quid enim, obscuro, contractui commune cum translatione juris in re? etiam rei im-

mobilis vendita dominium non nisi coram lege loci transferri apud nos certum est; nec tamen ullus ad emptionis substantiam propterea scripturam necessariam esse opinatus est. Constat potius & emtio & emphyteusis solo consensu, ac sine scriptis perficitur, efficax futura ad actionem producendam, & impetrandum implementum eorum, qua consensu plaquerant; adeoque ad faciendam solemnem coram loci lege traditionem.

4. Quod si emphyteusis consideretur ut ipsum jus in re, emphyteusis constitutum, & utile dominium vel jus dominio proximum interpretibus appellatum; acquiri potest non tantum per contractum emphyteuticum, accedente traditione; eaque ex nostris moribus solenni, coram lege loci, secundum jus nostrum commune in immobilium alienationibus receptum, sed & per alios contractus ac pactiones, quibus servitutes constitui possunt; per ultimam insuper voluntatem, ac denique per longi temporis prescriptionem, arg. *l. ult. in fine C. de longi temp. prescript.* sive quis rem alienam ut emphyteuticariam possederit non vi clam vel precario, arg. *l. si quis diuturno 10. ff. si servitus vindic.* Carpzovius *defin. for. part. 2. cons. ii. 33. defin. 15.* sive rem suam propriam longo tempore tenuerit tanquam emphyteuticam, altero canonem acceptante, & ita exercente domini directi jura: sive ei a non domino emphyteusis constituta a vero domino emphyteusis in a non domino acquirat emtionis, donationis, legati, aliove quo titulo, ad usucapiendum sufficiente, arg. *l. si finita 15. §. si de vestigialibus 26. & 27. ff. de damno infecto.* Neque turbare nos debet, quod a Paulo traditum est, vestigialia pradia usucapi non posse, *l. cum sponsus 12. §. in vest. 2. ff. de public. in rem actione.* Etiam si enim usucapio, qua tunc biennio implebatur in immobilibus, in hisce praeiis vestigialibus non processerit; processit tamen longi temporis prescriptio, secundum *d. l. 15. §. 26. 27.* Nec illi dissentietur, sed magis innuit ipse Paulus, dum 'ublicianam in his admittit, si modo bona fide tradita sint; qua admittenda non fuisset, si non proxima usucapioni prescriptio in his fuisset a jure probata. Habentque haec jura novo minorem hesitationem, ex quo longi temporis prescriptio, & usucapio immobilium exequata fuit in *l. unic. C. de usucap. transformanda. l. ult. C. de longi temp. prescript.* Longissimum tamen annorum quadraginta spatium in fundis Caesaris patrimonialibus exigitur, ut emphyteuticarii ex temporis possessione fiant aut contra, *l. ult. C. de fundis patrimonial.*

5. Apud nos prescriptione tertiae partis centum annorum acquiri emphyteusis testatur Grotius *manduc. ad jurispr. Holl. lib. 2. cap. 40. num. 19.* Ant. Matthaeus *param. Belgarum ICtor. 9. n. 12.* Et, si tanto temporis spatio uniformem quis praestiterit annuam solutionem pro praedii usu, in dubio praesumendum est, eum jure emphyteuticario rem possedisse, sic ut ad annum illud in posterum exsolvendum paratus, expelli nequeat, nisi praedit dominus non jure emphyteusis, sed locationis, illud annum se recepisse probet: quod & abunde censeri debet: probasse, si vel ante centum annos illum fundum majoribus ejus, qui nunc jure hereditario eum colit, & locatum fuisse doceat: tunc enim magis est, ut ex continuato per utriusque silentium locationis titulo,

juxta *l. item quantur 13. §. ult. ff. locati*, solutio annua credi debeat intervenisse, nec prescriptioni utilis aut directi domini locus esse possit, arg. *l. male agitur 2. C. de prescript. 30. vel 40. annor.* Idemque est, si in quantitate annua praestatione varium appareat, dum aliis annis minor, aliis major pensio soluta est; etsi tunc ne de locationis quidem titulo interposito dominus fundi docere possit; cum enim canonis annui obligatio in emphyteusi eadem semper maneat, quamdiu durat emphyteusis, nec augeri minui soleat, magis est, ut ex illa variatione pro locatione identidem renovata praesumendum sit. Hieron. Panschmannus *part. 1. quart. 22. n. 40.* Menochius *de praesum. lib. 3. praes. 108.* Berlichius *part. 2. conclus. praes. 48.* Carpzovius *defin. for. part. 2. cons. 40. defin. 1. 2.* Wassenaar *praes. judic. cap. 7. n. 11. & seqq.*

6. In emphyteusis concedere possunt & ecclesiae, & municipia, & privati liberam habentes rerum suarum administrationem ac alienandi facultatem. Non ergo minores 25. annis sine decreto, arg. *l. non solum 4. C. de praed. & aliis reb. minor. sine decreto non alienand.* nec aliter praestatus ecclesiae rem ecclesiae, quam ex consensu capituli, vel majoris partis ejus; adhibitis illis, quae ad rerum ecclesiasticarum alienationem ex jure civili vel canonico requisita sunt, *DD. ad tit. juris Canonici extra, de reb. eccles. non alienand.* Zoësius *ad tit. ff. locati num. 59. in fine*, Covarruvias *2. variar. resolut. cap. 17. n. 5.* Nec quisquam fundum beneficii ecclesiastici ultra tempus, quo ipse illo beneficio fruitur; sic ut, mortuo illo beneficii possessore, praedium liberum ab omni emphyteusis onere transeat in beneficii successorem. Responsa ICtor. Holland. *part. 4. consil. 25.* Accipiunt in emphyteusim omnes illi, qui contrahendo se possunt obligare; adeoque etiam pupilli auctore tutore, etsi decretum magistratus desit; cum ita nulla fiat immobilium alienatio, sed sola obligatio ad annuam pecuniam seu canonis solutionem nascitur.

7. Dantur in emphyteusis res solae immobiles, non item mobiles; tum quia nupiam in legibus mobilium mentio est; tum quia res mobiles non ita recipiunt meliorationem per insitionem, implantationem, similemque culturam. Parens p. mem. Paulus. Voet *tract. de immobilib. cap. 22. n. 2.* Et primam quidem emphyteusis originem a fundis seu rusticis praediis incepisse, satis ipsa evincit denominatio, & inscriptio hujus tituli *si ager vestigialis &c.* ad urbana tamen praedia ipsaque aedificia usum emphyteusis fuisse porrectum, vix est ut dubitemus, nam & ruinas domorum in emphyteusim perpetuum dari posse ad reedificationem, patet ex *ausb. si quas ruinas C. de sacrosanct. eccles. novell. 120. cap. 1. ult. & cap. & hoc quidem 6. §. 2.* & demum domuum vestigialium mentio est in *l. si finita 15. §. si de vestigialibus 26. ff. de damno infecto*, ac licet per domum vestigialem etiam improprie intelligi possit *superficiaria* in alieno fundo ex consensu aut ratihabitione domini aedificata, cujus nomine *solarium*, quod & *vestigial* appellatur, exsolvendum est, *l. 2. §. si quis nemine 17. ff. ne quid in loco publico fiat*; tamen nulla juris ratio obstat, quominus etiam ad s. vestigiales in sensu proprio pro emphyteuticariis accipiamus, maxime cum in dubio a propria vocabu-



lorum significatione haud videatur recedendum, arg. 1. non aliter 69. ff. de legatis 3. Cujacius ad nov. 7. Anton. Matthæus de obligationib. disp. 22. num. 2. atque ita molendina in nostra Hollandia in emphyteusin concedi certum est, *Instructie voor de Heeren van de rebeninge der domynen van Holland.* 27. Martii 1593. art. 92. vol. 3. placitor. *Holland.* pag. 732. In annuis redditibus illis, quos immobilibus rebus accenseri placuit (de quibus tit. de rerum divisione) emphyteusin constitui, non patitur propria emphyteusis natura requirens scilicet legem meliorationis, qualis melioratio incorporalibus nequit rebus adhiberi, Mantica de taci. is & ambig. lib. 22. tit. 6. num. 8. Zoësius ad tit. ff. locati n. 60.

8. Solvendus in emphyteusi canon annuus domino directo, in reservati domini agnitionem & argumentum: qui utrum in numerata pecunia, an vero in fructibus pendatur ex conventionē, parum refert; cum utique agriculturæ promovendæ causa potissimum emphyteusin adinventam constet, adeoque eadem hic quoque ratio militet, quæ in prædiorum locatione pensionem in certa fructuum mensura vel ponderatione dari permisit, l. si olei 21. Cod. de locato.

9. En vero emphyteusis vel secularis, quæ in rebus secularibus, vel ecclesiastica, quæ in rebus ecclesiasticis constituitur: & an secularis an ecclesiastica dicenda sit, non ex accipitulum vel dantium persona, sed ex sola rei datæ conditione æstimumandum est. Ac olim quidem ecclesiastica tantum ad tertiam usque generationem utriusque sexus constitui potuit, sic ut primus acquirens eandem haberet cum liberis ac nepotibus; his autem defunctis, aut deficientibus, res iterum ad ecclesias, unde profecta, rediret, exclusis in universum primi acquiritis hæredibus extraneis, exclusa & ipsa ejus uxore, nisi nominatim in contractu emphyteuticario uxoris aut mariti mentio facta esset, *novel. 7. cap. emphyteusim 3. in pr.* Sed jure novissimo etiam rerum ecclesiasticarum emphyteusin in perpetuum posse constitui, sic ut ad cuiuscumque heredes sive cognatos sive extraneos devolvatur, sanctum est, solis ecclesiæ Constantinopolitanæ rebus exceptis, *novell. 120. cap. & hoc quidem 6.*

10. Obtinuit insuper usu inductum, ut emphyteusis vel simpliciter concedatur, quodque eodem reddit, pro se & heredibus, vel certæ familiæ certarumve personarum aut graduū intuitu. Illa ad quosvis etiam extraneos hæredes transmittitur; hæc familiam aut personas designatas non egreditur: illa in materia successionis & similibus allodiis ceteris similis est; hæc magis feudalibus comparata, sic ut & multis in locis individua sit, & non omnibus ejusdem gradus, sed primogenituræ jure uni cedat, feudorum exemplo, atque etiam renovatio quædam investituræ petenda sit, sub pœna caducitatis; in quibus tamen admodum variant regionum mores, ut suo loco in materia successionis ab intestato latius dicendum erit. Videatur interim Anton. Matthæus in *paramis Belgar. uriconi. param. 2. n. 37.* Hugo Grotius *Manuduct. ad jurispr. Holland. lib. 2. cap. 40. num. 2. 3. 4. 7.* Leeuwen *cons. for. part. 1. lib. 1. cap. 16. num. 1. & 23.* Rodenburch. *de jure conjugum in tract. prælimin. de salutor. diversis. tit. 2. cap. 2. num. 1. pag. mihi 53.* Respons. Jctor. Hol-

land. part. 3. vol. 1. consil. 45. Zoësius ad *Fund. tit. locati num. 64.* & multis *reqq.* Perezius ad *tit. C. de jure emphyteut. num. 4. 5. 6.*

11. Juris emphyteutici constituti effectus est, quod emphyteuta plenissimum habeat fruendi jus, adeoque ad eum omnia fere pertineant, quæ ad fructuarium pertinere, libro sequenti trademus, ut puta, venationis, piscationum, aucupiorum commoda, alluvionis utilitas; modo in his omnibus ut bonus paterfamilias versetur, arg. l. item. 9. pr. & §. 1. 4. 5. 6. l. usufructuarium 62. ff. de usufructu & quemad. quis utat. Et quamvis ad fructuarium neque thesaurus in fundo repertus pertineat, neque usufructus insulæ ante fundum fructuarium natæ, d. l. item 9. §. hinc vicinus 4. ff. de usufructu, arg. l. fructus 7. §. si fundum 12. ff. soluto matrim. emphyteuta tamen plus juris hac in parte afferendum, haud dubio: cum enim eundem omne particulare damnum gravet, & ad integri canonis præstationem devinctus maneat, non obstante interitu partis majoris, l. 1. C. de jure emphyteut. fas est, ut & augmenta ei jure emphyteusos accedant, adeoque & emphyteusis insulæ ante fundum emphyteuticarium enatæ; ut ita commoda rei habeat, quem & incommoda sequuntur, lib. secundum *navam 10. ff. de rebus juris.* Anton. Matthæus de obligation. disp. 22. n. 4. Nec animadverto, quid virum doctissimum commoverit, ut in d. disp. 22. num. 5. in thesauro reperto aliud, quam in insula ante fundum nata, statueret; cum non magis insula talis, quam thesaurus, in fructu sit, nec minus quam thesaurus, jure domini in fundo competentis, acquiratur; domini autem nomine is quoque veniat, qui agrum emphyteuticarium, & ejus exemplo, feudalem habet: nam & dominos fundorum talium esse emphyteutas, asseritur, l. possessor 12. C. de fundis patrimonial. & cum ex catalogo illorum, qui bonorum immobilium possessoris dicebantur, eliminati essent tum usufructum prædii habentes; contra, bonorum immobilium possessoribus, id est, dominis accensiti, qui vel plenam vel nudam habebant proprietatem, vel vectigalem, id est, emphyteuticarium agrum possidebant, ac propterea a sati datione de sistendo erant immunes, l. sciendum est 15. pr. & §. 1. ff. qui testid. cog. quibus adde, thesaurum esse fortunæ donum, l. si is, qui 63. §. si communis 1. ff. de acquir. rer. domin. quæ vero felicitate fortunæ contingunt, ad emphyteutam spectant, d. l. 1. C. de jure emphyteut. Placuitque hæc de Thesauro sententia Argentæro ad consuet. Britann. art. 53. not. 2. num. 6. Corasio ad l. 1. C. de emphyt. num. 17. Rosenthalio *synopsi feudali cap. 5. concl. 92.* Burgundo ad consuetud. Flandria tract. 12. num. 15. Vinnio ad §. thesaurus 39. Instit. de rer. divir. num. 3. Parenti p. m. Paulus Voet ad d. §. thesaurus num. 5. Non tamen emphyteuta licitum, effodere ex agro emphyteuticario terram fictilem figulinæ exercendæ causa, aut terram combustibilem, longeque minus metalli, lignas aut lapicidinas lapidum haud venuscemium instituire vel exercere. Quamvis enim hæc fructuario concessa sint, l. si cuius rei 13. §. unde est 5. ff. de usufructu & quemad. quis utat. d. l. vicini 6. ff. de servitut. præd. rustic. in quantum pretio tutorum casorumque utitur fructuarium quodam quasi usufructus jure, sed cum onere & sub cautione de eo re-

stituendo post usufructus finem, ut dictum in *tit. de usufructu num. 24.* tamen ad emphyteutam id extendendum non est; quippe qui vel sub lege meliorationis rem in emphyteusim accipit, vel saltem eam secundum mores hodiernos deteriorem vero redderet, pretiique minoris, per metallorum & terræ fœdilis similiumque educationem. Nec hic ita quasi emphyteusis in numerata pecunia, ex rutis & cæsis redigenda, concipi aut fingi sine lege potest, uti quidem quasi usufructus senatusconsulto inductus fuit, Responsa Jurisc. Holl. part. 2. consil. 165.

12. Ex opposito, onera quoque emphyteutam fructuarii exemplo ferre nomine rei emphyteuticariæ, necesse est; quem in finem huc reducenda, quæ plenius *tit. de usufructu*, tanquam propria sede, traduntur: nisi canonis indictionisque magnitudo suadeat, onus inter emphyteutam & dominum directum dividendum esse; uti post Jul. Clarum §. *emphyteusis quest. 4.* Hug. Grotius *manuduct. ad Jurisprud. lib. 3. cap. 18. n. 14. & seqq.* aliosque observat Anton. Matthæus *d. disput. 22. n. 8. de obligationibus*, Responsa Jurisc. Holland. part. 3. vol. 2. consil. 531. (*revera*) 251. pag. 662.

13. Posito autem, quod res ecclesiasticæ oneribus fiscalibus, domino temporali (ut loquuntur) solvendis, exemptæ sunt, etiam oneribus hisce exemptum fore emphyteutam nomine fundi ab ecclesia in emphyteusim concessi, defendit cum aliis Fachineus *controvers. lib. 1. cap. 91.* & hæsitanter Christinzus *vol. 3. decis. 120. n. 6.* ea potissimum moti ratione, quod ubicunque aliquis rem possidet sui natura immunem ab hujusmodi tributis & pensationibus, ipse quoque easdem solvere non sit compellendus; quodque in casibus, quibus dominus directus ab oneribus hujusmodi publicis immunis est, emphyteuta quoque ab eo causam habens immunitate eadem debeat gaudere, arg. *l. privata rei 10. C. de excusation. munerum.* Adde Tuldensem *ad. tit. C. de emphyteusi numer. 6.*

14. Extinguitur emphyteusis variis modis, puta, lapso tempore, ad quod concessa est; vel deficiente familia aut gradu, cui & necus contemplatione constituta fuerat: adeo ut nec post finitum tempus emphyteuta ipse, nec proximiores ultimi possessoris agnati, qui vi primæ concessionis haud admittendi erant, cogere dominum invitum possint, ut is emphyteusim apertam, & ad se reversam, rursus iis sub ejusdem canonis lege concedat, & aliis idem forte offerentibus anteponat. Licet enim nonnullis placuerit, inter descendentes ultimi possessoris & collaterales distinguere, & illis quidem, at non his tribuere talem præ aliis prælationem, ut videri potest apud Jul. Clarum §. *emphyteusis quest. 43.* vix tamen est, ut ex nostri juris ratione opinio ista defendi queat; cum utique fas simul et æquissimum videatur, ut unusquisque suo arbitratu et de re sua pleno jure ad se reversa disponat, et voluntate libera quærat vel probet, uti emptorem ac conductorem, ita et emphyteutam; nec rei suæ desinat arbitrer ac moderator esse, dum de re sua cogeretur aliquid facere invitus, arg. *l. pen. C. de contrab. emt. l. in re mandata 21. C. mandati, l. ne cui liceat 32. C. de locato.* Nec adversatur *l. congruit pen. C. de locatione prædior. civilium*, cum jûs singulare comprehendat in utilitatem veterum possessorum prædiorum

civilium idem offerentium: ut commodo hoc pensetur incommodum, quod publicani, qui publico fruantur, etiam quandoque inviti in conductione ultra constitutum tempus retinentur, *l. corem 11. §. ult. ff. de publicanis*, Andr. Gayl. *lib. 2. observ. 144. num. 3.* Zoësius *ad Pand. tit. locati num. 115.* Fachineus *controvers. lib. 1. cap. 100.* Perezius *ad tit. C. de jure emphyteut. num. ceterum 14.* Et hæc ita, nisi contrarium consuetudine inveterata firmatum sit. Andr. Gayl. *d. n. 3.* uti de eo jure, quasi per Hollandiam recepto in casu deficientis familiæ aut gradus, non item temporis elapsi, testatur Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holland. lib. 2. cap. 40. num. 23.* et ibi Groenewegen *in not.* Quo tamen casu non aliter ista coacta renovatio videtur admittenda, quam si res adhuc integra sit, dum necdum in alterum rei istius emphyteusim extinctam esse, renovatio petatur; ac denique dominus directus rem nolit pro se retinere, sed alteri rursus in emphyteusim concedere. Vide Jul. Clarum §. *emphyteusis quest. 43. n. 3.*

15. Quod si, finita emphyteusi temporali, dominus directus anni sequentis canonem acceperit, ex eo solo, quasi tacito consensu, repetita censi non debet in dubio emphyteusis; etsi in locatione id ita obtinere constet ex *l. item quaritur 13. §. ult. ff. locati*, et Menochio *de præsumt. lib. 3. præsumt. 88.* Neque enim a locatione ad emphyteusim hac in parte argumentum duci potest; cum in locatione tantum de temporis brevioris usu, adeoque minori domini præjudicio agatur, conductione tantum in annum in rusticis prædiis ex tacito consensu continuata, *d. l. emphyteusis* contra non nisi ad minimum in longum tempus deberet videri repetita. Quo majus ergo apparet domini præjudicium, eo difficilius in illud tacita voluntate consensus præsumendus est. Treutlerus *vol. 1. disput. 29. tit. 20. lit. B. ibique* Bachovius *in not.* Fachineus *controvers. lib. 1. cap. 84.*

16. Interitu insuper rei perit emphyteusis, et eo quidem totali, non vero partiali: adeo ut ne pars quidem canonis diminuenda veniat, etiamsi fundi pars major perierit: cum tanta requiratur clades, quæ prorsus ipsius rei, quæ per emphyteusim data est, faciat interitum, ut ait Imp. in *d. l. 1. C. de jure emphyteut. §. adeo autem 3. in fine, Instit. de locat. conduct. Ant. Faber C. lib. 4. tit. 43.* Corasius *ad l. C. de emphyteusi n. 15.* Carpzovius *def. for. part. 2. cons. 38. defin. 19.* Si tamen canon per singula jugera constitutus sit, etiam pro jugerum ex agro emphyteutico preantium numero seu quantitate canon diminuendus esset; eo quod tunc tot diversæ videntur esse emphyteuses, quot jugeribus prædium emphyteuticarium in prima emphyteusios concessionem divisum est, arg. *§. quoties plures 18. Instit. de inutil. stipulat.* Jul. Clarus §. *emphyteusis quest. 8. n. 8.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib. 2. cap. 40. n. 32. et 32.* Idemque statuendum, si apparet, in determinanda canonis quantitate habitum fuisse fructuum rationem. Etsi enim emphyteusis originem traxisse videatur ab incultis et sterilibus agris, qui colonum non repentes mercedem fructibus speratis congruam offerentem, in longissimum tempus aut in perpetuum, modicæ tantum pensionis annuæ, ad conservandam veri domini memoriam solvendæ,

lege concedebantur; constat tamen, postmodum etiam cultissimos ac fertilissimos fundos incepisse in emphyteusin concedi, canone majore in conventionem deducto pro fundi bonitate ubertateque; eum potissimum in finem, ut diligentius cohereret, ac curarent impensius emphyteuta, scientes se in suam impendere utilitatem; dum canonem solventes non ita metuere debebant dejectionem, atque quidem coloni, quippe post rignum modicum locationis tempus locatoris arbitrio depellendi, atque ita non sibi sed successoribus opera sua sumtuque profuturi. Hoc ergo in casu, uti canon annuus a mercede non distat, ita & ad exemplum mercedis diminutio canonis propter partis interitum haud videtur deneganda, Jul. Clarus *d. loc. Grotius de manducet. lib. 3. cap. 18. n. 7. 8. 9. Ant. Faber C. lib. 4. tit. 43. defin. 38. dissentit Fachineus controvers. lib. 1. cap. 89.*

17. Quod si canon fructibus rei ab initio non responderit, ager tamen emphyteuticarius eo usque deinceps diminutus sit, ut pars reliqua non sufficiat annui canonis solutioni; indulgendum emphyteuta videtur, ut vel canonem arbitrio viri boni diminutum in posterum praestet, vel saltem emphyteuticum agrum in universum derelinquat, atque ita sese annuo subducat oneri vectigalis, Ant. Faber *C. d. lib. 4. tit. 43. defin. 11. & 36. in pr. Zoesius ad Pand. tit. locati num. 74. & 83. Charondas ad consuet. Paris. art. 109. 110. Louet lit. D. arrest. 41. & ibi Brodeau, Responsa Juriscons. Holl. part. 5. consil. 36. ibique alii plures citati, Sim. van Leeuwen censur. forens. part. 1. lib. 2. cap. 16. num. 17. quod & consuetudine receptum esse testatur Tyraqnellus de retractu gentilis. §. 34. gloss. 1. num. 3. & 4. Quamvis enim etiam ex conventionem jus emphyteusios inducatur, qua alter ad domini utilis concessionem, alter ad canonis praestationem sese devinxit, nec obligationi semel constituta renunciare liceat, adversario non consentiente, *l. sicut initio 5. C. de oblig. & action. quo fundamento plures derelictioni locum non relinquerent, Tyraqnellus de retractu gentilis. d. §. 34. gloss. 1. n. 1. & seqq. Treutlerus vol. 2. disput. 29. lib. 13. lit. D. ibique Bachovius; non tamen ea tanti sunt, ut quemquam movere debeant. Etenim, aut canonem concipimus habitum fructuum ratione constitutum fuisse; & tunc frustra de emphyteusis derelinquenda potestate disputatur; cum canonis remissio tunc impetrari possit ob partis interitum, secundum ante dicta. Aut tantum in agnitionem domini directi canonis praestationem impositam apparet; & eo casu nihil vetat, ab emphyteusios contractu, invito etiam domino directo, resilire, emphyteusin derelinquendo; cum nullam emphyteuta tunc domino injuriam faciat, sed ita plenissime agnoscat directum dominium, ut & totum utilis domini jus cum directo efficiat consolidatum. Emphyteuta beneficium est, uti feudum dicitur beneficium vasallo a domino concessum, licet feudum quoque militiae & servitiorum onera adjuncta habeat; ac proinde jus suum derelinquens emphyteuta; totum beneficium sibi a domino collatum domino reddit. Neque insuper novum in jure nostro, ut is, qui rei alicujus intuitu ad onus aliquod & impendia subeunda devinctus est, rem eandem pro derelicto habendo ab onere illo in posterum liberetur. Nam & qui oneris servitutem, adeo-**

que simul parietis vel columnae refectionem suo vicino debet jure servitutis, passionibus & stipulationibus aut aliter constituta, rei servientis derelictione nec potest evitare faciendi necessitatem. *l. 1. & si forte 6. §. etiam 2. ff. si servit. vindic. Nec minus fructuarius, cui dudum incubuerat rei fructuaria refectionis onus, si ad refectionem a proprietario jam judicio conventus fuerit, vel ob impensam a negotiorum gestore in refectione jam erogatam actione negotiorum gestorum contraria interpellatur, absolvendus est ab omni etiam praeterita refectionis cura sumtuque, si nsum fructuum derelinquere paratus sit, *l. si aprente 48. l. cum fructuarius 64. ff. de usufructu & quemad. quis utat.**

18. Si tamen praedium emphyteuticarium non a privatis, aut iis, qui privatorum jure utuntur, sed a fisco concessum fuerit, jure singulari obtinuit, non posse emphyteutam liberari a canone, etsi derelinquere paratus sit, *l. quicumque 3. C. de fundis patrimonial. Ant. Faber C. lib. 4. tit. 43. defin. 11. in fine, Respons. Jctor. Holl. d. part. 5. consil. 36. in med. Idemque est, si non casu aliquo fortuito, sed manifesta emphyteuta negligentia perierit emphyteusis maxima sui parte, veluti fluminis edacitate, quam emphyteuta potuisset ripae munitione; boni patrisfamilias more arbitrioque facienda, impedire; vix enim est, ut tunc pro derelicto habendo id, quod flumen ex praedio reliquit intactum, canonis solutionem in posterum subterfugiat: ne aliquin impunita sit culpa aut dolus ejus, qui boni viri arbitrato debuerat re frui, arg. *l. si, cum quo 7. ff. de aqua & aqua pluvia arcenda. l. sed cum fructuarius 65. ff. de usufructu & quemad. quis utat. Ant. Faber C. lib. 4. tit. 43. defin. 37. n. 7. Carpovius defin. for. part. 2. consil. 38. defin. 19. n. ult. Facitque huc, quod sancitum est, emphyteuta refugiente retinere rem emphyteuticam, quam dolo suo reddiderat deterioiorem, posse praepositos loci venerabilis, ad quem directum pertinet dominium, indemnitate venerabili loco ex reliquis emphyteuta rebus impetrare, novell. 120. cap. si vero qui 8. in fine. Neque de injuria queri potest, quod fructus non percipiens ad canonem tamen obligatus maneat; cum culpae propriae acceptum ferre debeat, quod congruum ex re emphyteuticaria non capiat emolumentum; jure nostro & ratione naturali distante, illum, qui culpa sua damnum sentit, non intelligi damnum sentire, *l. quod quis ex culpa 205. ff. de regul. juris.* Quibus consequens est, ut, si emphyteuta, cui vel aedificia vel molendina in emphyteusin data sunt, ea corrumpi patiatur, ac ex refectionis defectu in universum collabi, ad integri tamen canonis solutionem obstrictus maneat; sibi quippe imputaturus, quod labefactata atque ruentia non fulserit, vel alia non reposuerit in locum collapsorum, atque ita ex restitutis idem, quod ex pristinis, percipiat emolumentum, Anton. Faber. *Cod. lib. 4. tit. 43. defin. 37. Leeuwen cens. for. part. 1. lib. 2. cap. 16. num. 18.* Quin &, si emphyteuta fundum emphyteuticarium possidere desiderit, dum ab alio vi de possessione dejectus est, sine domini directi consensu aut facto, ideoque fructus non potuerit percipere, non tamen ideo jure canonis annui detrectat solutionem; cum vel interdictis vel ordinariis actionibus impetrare poterit rei restitutio-**

nem, nec re carere videatur, qui actionem habet ad rem recuperandam, l. ii. qui actionem 15. ff. de reg. juris. Jul. Clarus §. emphyteusis quæst. 8. n. 5. Ant. Faber. Cod. d. lib. 4. tit. 43. defin. 33.

19. Quia de partis interitu dicta, etiam tunc obtinent, cum insolita sterilitas, aut hostium incursus, aut extra ordinem imposita agris majora tributa atque penitationes, solum impediverint emphyteusos proventum; eo quod hæc quoque omnia damno particulari, emphyteutam, non dominum, gravanti accensenda sunt, arg. d. l. i. C. de jure emphyteus. Carpovius defin. forens. part. 2. contrit. 38. defin. 19. Loesius ad tit. ff. locati num. 74. Abr. a Wesel de remissione mercedis cap. 10. n. 1. 2. 3. Nec adversatur l. ex conducto 15. §. Papinianus 4. ff. locati. Perperam enim verba hoc idem & in veltigalis damno, de sterilitate fructuum agri veltigalis plures interpretantur: cum potius de veltigalium conductoribus accipienda sint, qui, si solito minora longe veltigalia receperint durante tempore suæ conductionis, conductorum aliorum proprie dictorum exemplo impetrare possunt pensionis promissæ remissionem, quasi ob inexpectatam veltigalium sterilitatem. Plane, si non exiguum, sed fructibus speratis congruum canonem concipiamus constitutum, mercedi in locatione assimilandum, etiam ob sterilitatem inositam vi divina vel hostium incursu procuratam, remissio canonis concedenda foret, eadem tunc in canone, que in mercede, ratione militante. Neque enim alia in locatione causa est, cur ob sterilitatem remissio impetretur, quam quia pensio fructibus speratis respondere solet: si ergo & canon iisdem respondeat, iniquum esset diversa statuere in emphyteusi quam locatione. Nihil in contrarium operante, quod & tunc, cum canon non modicus præstatur, nihilominus emphyteusis appelletur, cum non tam nomen conventionis inspiciendum sit, quam potius natura atque conditio negotii, quod gestum est, arg. tit. C. plur. valere quod agitur, quam quod simulate concipitur. Hugo Grotius manuduct. ad Jurisprud. Holland. lib. 5. cap. 18. num. 7. 8. 9. Ant. Faber Cod. lib. 4. tit. 43. defin. 36. Zoesius ad Pand. tit. locati num. 74. Andr. Gayl. lib. 2. observ. 23. num. 24. & seqq. Jul. Clarus §. emphyteusis quæst. 8. n. 6. 7. dissent. Fachineus controuv. lib. 1. cap. 89. Tuldenus ad tit. C. de emphyteusi num. 4.

20. Quod si per incursum hostium non turbata tantum fuerit agri emphyteuticarii cultura, sed emphyteuta in universum expulsus sit, sic ut nec colere nec fructus percipere potuerit, quia possidere desierat fundum ab hostibus jure belli occupatum; procul dubio, durante illa hostili occupatione, a canone liber erit, quasi rei interitu. Neque enim emphyteuta videri potest, qui rem possidere nequit, non injusta privatorum quorundam invasione occupatam (quæ per imploratam judicis auctoritatem impediri vel reparari potuisset) sed jure belli, plenoque adeo domini jure ad hostes translatam. Agros sane per hostes occupatos desinere in priorum dominorum potestate esse, & hostium fieri, expeditum est ex iis, quæ vulgo ab interpretibus ad §. 17. Inrit. de rer. distr. & ad tit. ff. de captiv. & postlim. revertit. traduntur, Fachineus controuv. lib. 1. cap. 90. Jul. Clarus d. §. emphyteusis quæst. 8. n. 6. Hu-

go Grotius manuduct. ad Jurisprud. Holland. lib. 2. cap. 40. num. 27. & lib. 3. cap. 18. num. 8. Zoesius ad tit. Pand. locati num. 89. Perezus ad tit. C. de jure emphyteus. num. 12. Carpovius defin. for. part. 2. contrit. 38. defin. 19. num. 8. & seqq. Anton. Matthæus de oblig. disp. 22. lib. 10. in fine, Leuven. cens. for. part. 1. lib. 2. cap. 16. n. 21. Abr. a Wesel de remiss. mercedis cap. 10. n. 3. & seqq.

21. Simile de inundatione agri emphyteuticarii judicium esto; non breviora illa, quæ aqua torrentium fluminumve subito intumescens detumescensque annuam non omnino impedit fructuum perceptionem, sed diuturniore, in annum integrum longiusve tempus continuata, omnemque interim utendi fruendi facultatem denegante. Quamvis enim, aqua deinceps iterum recedente, & proprietario proprietatis, & fructuario usufructus, & eorum exemplo emphyteute quoque suum restituatur emphyteusos jus, l. si ager 23. l. 24. ff. quib. mod. usufr. amitt. inundatione tamen durante, possessio penes emphyteutam non potest videri constituta, arg. l. cum usus 12. §. ult. ff. de reb. auctior. jud. possideri 3. §. Laber 17. l. qui universas 30. §. item, quod mari 3. ff. de acquir. vel amitt. posses. maxime si cogites, ab utilitate percipiendi potissimum emphyteutam utilem dominum appellari, quæ utilitas inundationis tempore non modo penitus impedita est, sed & omnis commodi interim percipiendi spes, quæ aliter se habent, ubi possessio ac cultura fundi libera fuit, sed conceptam agricola spem inopinatus elusit sterilitatis eventus, Wesel de remissione mercedis cap. 10. n. 3. & seqq.

22. Præterea emphyteusis finitur, si emphyteuta suam emphyteusin alienaverit, non facta domino directo denunciatione, l. ult. C. de jure emphyteus. in totum quidem, si tota, pro parte vero, si pars alienata fuerit: res enim talis est aut jus tale, quod divisionem recipit, eo modo, quo & usufructus jus dividuum est, ideoque pro parte amitti, pro parte retineri potest, l. excepta 14. ff. quib. mod. usufr. amitt. Quò facit & argumentum a feudo desumptum, quod in totum amittitur, si in totum, pro parte vero, si pro parte tantum alienatum sit, lib. 2. feudor. 1. 36. de vasallo, qui contra contrit. Loib. Reg. benefic. alienav. Et quamvis verum sit, non in omnibus a feudo ad emphyteusin rationem procedere; in hoc tamen tertio cum eadem ratio sit, & alienationis illicitæ poena in amissione rei alienatæ utrobique constaret; nihil impedit quò minus idem in emphyteusi observetur, quod de feudo manifeste cautum, Jul. Clarus §. emphyteusi quæst. 15. n. ult. Tyraquellus de restrict. gentil. §. 23. gloss. 1. num. 23. Besoldus delib. juris ad Pand. E. 1. num. 8. pag. 105. dissent. Sande de prohibis. alienat. part. 1. cap. 4. num. 14. 15. Ant. Matthæus de oblig. disp. 22. lib. 16. Wissenbach ad Pand. vol. 1. disp. 18. nam: 37. Adde quæ in seqq. b. i. de parte canonis non soluta. Inductum autem fuit hoc denunciationis requisitum novissima Justiniani constitutione, si non aliud pactis emphyteusi adjectis cautum sit, l. ult. C. de jure emphyteus. nulla inter emphyteusin a fisco aut privati concessam distinctione adhibita, quam quidam admittendam credidere, putantes, emphyteusis fiscalibus remansisse alienandi potestatem sine denunciationis necessitate; ut videri potest apud

Ant. Matthæum de anc. ien. lib. 2. cap. 6. num. 18. Et seqq. cum potius verum sit, ante Justinianam constitutionem omnibus emphyteutis, & a privato & a fisco emphyteusim tenentibus, potestatem competitise emphyteusim alienandi, nulla imposita denunciationis necessitate, §. adeo 3. Lantii. de locat. conduct. l. 1. ff. b. i. arg. l. 1. C. de fundis patrimonial. Vinnius select. quest. lib. 2. cap. 2. in pr. sed id in omni emphyteusi fuisse mutatum. Ceterum illud antiquum jus apud nos hoc ernis moribus iterum reductum est, alienatione nunc rata existente sine hac denunciationis solemnitate; salvo tamen dominis directis circa rem emphyteuticam alienatam jure retractus faciendi intra tempora consuetudine recepta, Neostadius Curia sup. decr. 39. Grotius manduct. ad jurispru. Holl. lib. 2. cap. 40. n. 8. 9. 10. Carpovius defin. forens. part. 2. constit. 38. defin. 13. Groenewegen ad l. ult. Cod. de emphyteusi Ant. Matthæus param. Belgarum Juriscons. 2. num. 37. Leeuwen cont. forens. part. 1. lib. 2. cap. 16. num. 5. Adde d' Instructie voor de Heeren van de rekeninge der Domeynen van Holland. 27. Martii 1593. art. 91. in fine vol. 3. placit. Holland. pag. 732. Quomodo ex adverso dominus directus, tum Romano, tum hodierno jure, dominium directum in alium transferre potest, etsi emphyteutam propositi sui non reddiderit certiorum; cum lex nulla civilis hujus denunciationis habet mentionem, Ant. Matthæus param. Belgar. Jurisconsult. 2. n. 39. Hartmannus Pistor lib. 3. quest. 22. num. 17. Carpovius defin. forens. part. 2. constit. 39. def. 10.

23. Posita autem Romani juris observantia. circa denunciationis necessitatem in alienatione per emphyteutam faciendi, dicendum videtur, pœna commissi locum non esse, si venditio nulla sit. ob solemnitatum defectum; eo quod odiosa in dubio restringenda sunt, ac pœna minuenda; l. pen. ff. de pœnis, & quod nulla est, nullos potest effectus, adeoque nec caducitatem emphyteusios producere, dominio scilicet apud emphyteutam eundem remanente. Nec aliud dicendum, si conditionalis sit venditio; quippe qua dominium non transit, l. 2. in fine, l. 3. l. 4. ff. de in diem addit. vel res vendita quidem; sed traditio nonnum facta; cum ne sic quidem res alienata dici possit, arg. l. traditionibus 20. C. de pactis, Zoësius ad Pand. tit. locati n. 98. Ant. Matthæus de oblig. disp. 22. n. 14.

24. Sed nec sub alienationis appellatione oppignoratio hic comprehensa est; cum jure veteri emphyteusim æque ac superficies pignori dari potuerit, sine alio denunciationis talis requisito, l. minor 16. §. ult. ff. de pignorat. act. l. lex vestigialis 31. de pignor. Et hypothec. l. etiam 15. ff. qui pot. in pignore, nec alia per Justinianum in d. l. ult. C. de emphyteusi, mutatio circa pignus facta appareat; quippe quæ de illa loquitur emphyteusios translationis, quæ pretio interveniente contingit. Neque eadem pignoris, quæ venditionis, ratio est, dum ex pignoris constitutione fieri quidem potest, ut alienatio deinceps subsequatur, de præsentis tamen nulla jura emphyteutici translatio sit; nec alius emphyteuta in locum prioris succedit, Julius Clarus §. emphyteusis qu. 18. Neostadius Curia Holland. decr. 59. Radeantius Curia Ultraject. decr. 17. num. 17. Idemque de servitutum prædialium impositione dicendum est:

nam & superficiario licet sine domini consensu servitutes imponere; & ipsi quoque vasallo; cui aliquin diffacilius, quam quidem emphyteuta, alienatio permessa est, l. 1. §. ult. ff. de superficiebus, lib. 2. feudor. tit. 8. vers. rei autem, Jul. Clarus d. §. emphyteusis quest. 24. Carpovius defin. forens. part. 2. constit. 35. defin. 14. Zoësius ad tit. ff. locati num. 109. Grotius manduct. ad jurispru. Holl. lib. 2. cap. 40. num. 14. 15. Neque tamen ea pignoris constitutio vel impositio servitutis, dominio directo damnosa est; cum, emphyteusi in commissum cadente, pignoris quoque aut servitutis jus evanescat, juxta vulgatum illud, resolutio jure dantis jus quoque accipientis resolvit, d. lib. 2. feud. tit. 8. vers. rei, l. lex vestigialis 31. in fine ff. de pignor. Et hypothec. Zoësius, Clarus, & Carpovius d. loci.

25. Non etiam donatio, aut permutatio, aut legati datio, aut institutio heredis, ad alienationem non sine denunciatione faciendam referenda; ad id scilicet, ut dominus directus donatarium, legatarium, heredem, aut ex permutatione tenentem, oblato justo emphyteusios pretio, depellere posset, sibi rem revocare; eo quod in d. l. ult. C. de jure emphyteuticis, venditionis, comparationis, pretii, ejusdem quantitatis præstandæ, similiumque, a donatione institutione ac legato alienorum, mentio est: atque insuper legibus anterioribus, tum legatum, tum donatio circa rem emphyteuticam permessa fuit, salvo domini directi jure, l. 1. C. de fundis patrimonialibus, l. in conventionibus 219. ff. de verbor. signif. l. si domus 71. §. ult. ff. de legatis 1. Præterea in permutatione quidem insignis ei, qui ex permutatione emphyteusim nancisci voluit, injuria inferretur, dum frustraretur non tantum prædio emphyteuticario, sed & suo proprio in emphyteutam ex permutatione transacto, quod forte nunquam venditurus fuisset, neque justo neque duplicato aut majore pretio, emphyteuticarii tamen fundi obtinendi causa carere voluit, emphyteuticum suo antepensens, ex affectione quam multis variisque de causis in rem quandam mortales duci constat. In legato vero & donatione atque institutione per dominum directum, oblato pretio, infirmenda iniquitas haud absimilis est; dum non modo donatarius vel legatarius, præcipuo sæpe privaretur commodis donationis, ubi in acceptanda liberalitate qualitatem agelli emphyteuticarii, situm usum sibi necessarium, aliæque affectionem in rem provocantis, consideravit magis, quam modicum ac forte spernendum sibi valorem ejus; sed & is, qui liberalitatem exerceat, sine suo excideret, qui esse poterat, ut in emphyteuticario prædio perenne extaret liberalitatis in donatarium similesque collata monumenta, qualis beneficii memoria in pretio, re fungibili, facile expendenda, aliæque miscenda, non ita solet aut potest conservari. Et hanc sententiam post Donellum lib. 9. comment. jur. civil. cap. 14. Mantican de tacit. Et ambig. lib. 22. tit. 28. num. 58. Et seqq. Tuckenium ad tit. C. de emphyteusi num. 8. Corasium ad l. 3. C. de emphyteusi num. 9. Branchorst cont. 1. assert. 80. tuetur Vinnius select. quest. lib. 2. cap. 2.

26. Sive autem denunciatio necessaria sit sive non, illud sane inter plerosque constat, per donatarium, legatarium, heredem, sive & emptorem, qui ab emphyteuta, liberam habente alienandi potestatem ex

speciali pacto constitutioni emphyteusos appposito, comparavit emphyteusum, præstandam esse, in domini directi agnitionem, quinquagesimam pretii aut estimationis partem: dum enim in d. l. 3. C. de *jur. emphyteus.* pretii vel estimationis mentio est, probabile, pretium ad emtionem, estimationem ad donationem, legatum, permutationem, & alia, pretium propriæ non recipientia, debere referri, Jul. Clarus *§. emphyteusis quest. 23. num. 2. 3.* Corasius *ad d. l. 3. C. de emphyteusi n. 9.* Vinnius *d. lib. 2. quest. select. cap. 2.* Ut sane, cum omnibus his in casibus emphyteuta novus subintret in locum prioris, æquum fuerit, ut is, in quem emphyteusis alienata est, non autem alienans, quinquagesimam aut aliam, pro verbo usu, pretii partem domino exsolvat, atque ita directum agnoscat rei dominum; ne videatur pleno velle iure fundum possidere: qualis præstatio laudimiorum aut laudemiorum venit appellatione; ac apud nos in Hollandia loco quinquagesimæ partis ex pretio, in duplicati canonis solutione plerumque consistit; Jul. Clarus *d. quest. 23. num. 4.* Corasius *d. loco.* Hugo Grotius *manuduct. in jurispr. Holland. lib. 2. cap. 40. num. 12.* Mollerus *lib. 4. semestrium cap. 4. in pr. Carpzovius defin. part. 2. contr. 39. defin. 13. 35.* parens p. mem. Paulus Voet *ad §. 3. Instit. de locat. n. 6.* Leeuwen *cons. for. part. 1. lib. 2. n. 5.* Groeneveegen *ad l. ult. C. de iure emphyteu. in fine.*

27. Habet vero hæc laudemiorum præstatio etiam tunc locum, cum emphyteuta suam emphyteusin rursus alteri in emphyteusin concessit (qualis concessio in jure feudali per libellum aut libellario nomine facta dicitur, & contractus libellarius ab interpretibus appellatur) si secundus emphyteuta suam deinceps emphyteusin vendat: eoque casu magis est, ut non emphyteuta primo, sed primo domino directo cedere debeat, quicquid ab emtore velut laudativum solvi debuit in domini directi agnitionem: nam & primo domino directo denunciatio facienda fuit; ut, si velit, jus suum protimesios exerceat, sibique eodem pretio rem habeat emtam; ne aliquin emphyteuta plus juris transtulisse videretur in emphyteutam secundum, quam ipse habet, idque cum domini directi, laudemis ita fraudandi, damno. Vide Jul. Clarum *§. emphyteusi quest. 20. & ibi in notis.*

28. Si tamen venditor in emphyteusios venditione dissimulaverit laudimiorum onus, æquum fuerit, emtori adversus venditorem regressum dari in id, quod eo nomine domino præstare obligatus fuit; cum videatur illud onus lateantibus rerum venditarum vitis accensendum, ob quæ quanti minoris actio ex ædilitio edicto comparata est; ac probabile sit, emtorem, si illud onus scivisset, tanto minorem pretii nomine quantitatem fuisse oblaturum, arg. l. *quoniam 61. ff. de edilit. edict.* Carpzovius *d. part. 2. contr. 39. defin. 33. in fine.*

29. Quod si in prima emphyteusios constitutione id actum sit, ut pona debeat, laudemis ob alienationem intra certum temporis spatium non solutis, emtores quidem similæque id ipsum scientes & solutionem consulto negligentes in pona incidere, expeditum est: ignorantibus tamen, quibus fundus ut liber distractus donatusve fuit, & ob id in laudimiorum solutione cessantibus, venia danda, si comperto errore præstare ea parati sint; neque enim fa-

cti ignorantia probabilis, quæ & prudentissimos fallere potest, cuiquam nocet, l. 2. 6. 8. 9. ff. de *juris & facti ignorant.* Ant. Matthæus *de auct. lib. 1. cap. 13. num. 16.*

30. De eo dubitatum fuit, si laudimium pro rata pretii solvendum sit, emphyteuta vero, cum annum redditum emphyteusi imposuisset, emphyteusin cum illo annui redditus onere dividat, an pretio promisso accenseri debeat sors annui redditus, qui manet impositus, ut ita laudimium majus præstetur? affirmandum id merito censuit Argentæus *ad consuetud. Briann. art. 61. not. 1. num. 6. 7.* Anton. Matthæus *d. tract. de auct. lib. 1. cap. 13. num. 12. 13.* cum eo ipso, quo emptor tale onus suscepit, etiam majus pretium videatur solvisse. Cui accedit, quod supra dictum fuit, emphyteutam posse onus rei imponere, ut sibi, non ut domino directo noceat; cui tamen nociturus esset, si ob impositum redditum annum minoris distracta emphyteusi, non quinquagesimam veri pretii, sed minimæ sepe partis (dum annuus redditus gravis est) toties penderet emtor, quoties identidem cum illo onere emphyteusis distrahitur. Lix quo etiam conficitur, iniquum non esse, quod ejusdem redditus nomine sic sapius domino directo laudimium solveretur; neque enim redditus consideratur tunc qua talis, sed magis sors ejus, tanquam justi pretii pars. Ut ergo absurdum non est, pro reposita sapius alienatione quinquagesimam sapius solvi pretii partem; ita non injustum, pendere quoque pro ratione redditus impositi laudimium, quia sine adjecta redditus annui impositi sorte justum & proportionatum emphyteusi distractæ pretium non posset videri constitutum, parumque adeo intererit, utrum pro redditus ipsius prima impositione laudimium domino pro more regionis exsolutum fuerit, nec ne; uti pro irredimibili redditu illud deberi, non item pro redimibili, Ant. Matthæus *d. loco observat ex Argentæo ad consuetud. Briann. art. 16. not. 1. num. 6.*

31. Quia vero pro alienationum numero laudemis totidem quoque solvi necesse est; casu nonnulli non satis expediti sunt. Quid enim, si cum pacto de retrovendendo prædium exphyteuticarium distractum fuerit, ac redemptio deinceps vi pacti sequatur? Laudemium quidem pro prima deberi venditione, minus dubium esse potest, eo quod inficias iri nequit, quin talis venditio perfecta & pura sit, & accedente traditione dominium a venditore recedens in emtorem transferatur, adeoque vera sit alienatio, quæ laudemii obligationem inducit, seu ejus præstandi causa est, Ant. Thesaurus *de dec. Pedemont. 75.* Tyraquellus *de retractu convention. §. 6. n. 19. 22.* Dan. Morellus *semestre. lib. 4. cap. 3. n. 1.* Loesius *ad Pand. tit. locati num. 99. in fine.* Sed pro redemptione postmodum interveniente non esse rursus alterum laudimium exsolvendum, pluribus arrisit, quia tunc res emphyteutica magis reddita, quam noviter acquisita videtur, ac retrovenditio facta ex necessitate, & in executionem pacti primæ venditioni adjecti; cui cum dominus semel assensum præbuerit, de novo consensu ejus opus non est, Tyraquellus *d. loco.* Pinellus *ad l. 2. C. de retrind. vend. part. 2. cap. 5. n. 36.* Mollerus *d. loco n. 2. 3.* Quorum tamen opinioni vix est, ut acquiescas: etsi enim demus, rem magis redditam quam da novo acquisitam esse, in executionem pacti adjecti, ac in illud d. annum jam tum pri-

nae venditionis tempore consensisse, vicissim tamen & nobis dandum, puto, redditionem illam ex nova profluxisse causa, nova scilicet venditione, quae licet ex precedente pacto fiat, a prima tamen venditione etiam ante redditionem perfecta, & domini translationem operata, diversa prorsus est; nec quemquam negaturum existimem, quin nova alienatio ad duplicata domini translatio appareat; altera, quae res a venditore primo in emptorem transit, altera, quae primus emptor mutata quasi scena venditoris partes obtinet, & in redimentem jus illud transfert, quod ipse prius sibi plenissime paraverat. Alioquin enim, si nudam diceret fieri venditionis prioris resolutionem, & omnia sic consideranda esse, ac si res ab initio mansisset inempta; futurum esset, ut ne semel quidem laudemium deberentur, quasi deficiente in universum alienatione. Cum ergo re ipsa duplex alienatio sit, ac cujusque intuitu dominus directus agnoscendus veniat, non potest non ad duplicis quoque agnitionis signum, id est duplex laudemium, jus domino directo videri questum. Quibus accedit, quod in id omnes consentiant, venditorum primum citra speciale pactum de retrovendendo redimentem, teneri rursus laudemium exsolvere, Pinellus *d. loco p. 36.* quo posito, non animadverto, cur pactum tale primae venditioni additum, conditionem domini deterioram redderet, aut jus duplicis perceptionis diminutum; cum pacto tali nulla duplici alienationi mutatio, accedat, adeoque nec duplicis laudimii causa tollatur; sed id unum agatur, ut alienatio secunda certior expeditiorque sit, & ad eam faciendam emptor invitius cogi possit, qui, pacto omisso, voluntate arbitrioque suo fuisset distractus. Nec consensus domini in pactum illud de retrovendendo primae venditioni adjectum impedimento est duplici laudemiorum solutioni: nam quamvis uno actu consensus in venditionem redemtionemque interponatur, quia tamen in duas alienationes diversis temporibus faciendas conceptus est, tot separatim considerari debent domini directi comprobationes, quot alienationes distinctae sunt, ad quas consensus relationem habet; eo modo, quo tot stipulationes separatim intelligentur, quot sunt in stipulatum deductae res, etiam si una fuerint verborum conceptione comprehensae, §. *quotiens 18. Instit. de inutil. stipulat.* Et si a feudis hic argumentari libuerit, cui, obsecro, isthoc in jure versato ignotum est, posse dominum directum actu uno assentire vasallo non institutionem tantum, sed & substitutionem fideicommissariam facienti: neque tamen dubium, quin laudemia aliaque similia tributa toties exsolvenda veniant, quoties feudi possessor mutatur; utcumque uno consensus instrumento institutiones pariter substitutionesque, quorum ne dum extiterat dies aut conditio, firmatas constet. Hanc de laudemio duplici ob redemtionem praestando sententiam desepderunt olim Baldus alique, ut videre est apud Tyraquellum *de retract. convention. §. 6. gloss. 2. n. 7. & seqq. Sim. van Leeuwen censura forens. part. 1. lib. 4. cap. 20. num. 14.*

32. Quid in retractu gentilitio, in redhibitione ob morbum vitiumve, in additione in diem lege commissoria juris sit circa laudemiorum simplicem aut duplicatam praestationem vel restitutionem, ad tit. *de lege commissoria, & de adilis. edicta* dicetur.

33. Quod si emptori emphyteusios post solutionem laudemium controversia de emphyteusi per tertium movetur, ac ab ea deinde discedatur transigendo, laudemia domino directe praestanda iterato non sunt. Sive enim emptor pecuniam adversario dederit, ut is a lite desistat, atque ita penes emptorem res emphyteusica remanserit, nulla videri potest alienatio facta; sed tantum confirmata penitus ei, in quem ex precedente causa habili cum domini directi agnitione, per laudemii solutionem facta, jus emphyteusios translatum fuerat, Tyraquellus *de retract. gentilitio. gloss. 14. num. 63.* Chassaneus *ad consuet. Burgund. rubric. 11. des cens. §. 1. in verbo, retrans, fore in fine, vers. adorie.* Ant. Matthaeus *de auctionibus lib. 1. cap. 13. num. 15.* Sive ex adverso actori cesserit emptor, & accepto aliquo transactionis causa, possessionem in eum transtulerit, ea ratione domini utilis, seu juris emphyteuticarii alienationem contigisse, dici nequit; ne alioquin, praetam concordiae litibusque sopiendis viam pracludamus, duram adeo atque severam veris emphyteutis legem imponendo, ut vel ex perversi possessoris injusti contumacia graviores litis molestias sustineant, ad definitivam usque sententiam subire necesse habeant; vel modico ad vexam redimendam & possessionem ab iniquo possessore recuperandam soluto, quasi novi emptores obnoxii efficiantur laudemiorum praestationi. Quae etsi, Ant. Matthaeus *d. loco* tum demum admittat, cum perspicua & plana prorsus est causa ejus, qui transactione interveniente possessionem recuperat, ad eumque casum restringat generaliora Chopini & Argentraei ibidem allegati asserta; idem tamen & in casu, quo dubium penitus incertumque actoris ac rei transigentis jus est, statuendum puto. Cum enim laudemium pro alienatione debeatur, quo, obsecro, colore alienatum dici potest, quamdiu non constat, utri ante transactionem vere competierit emphyteusios jus. Nec juvat dissidentium sententiam, quod alienationis appellatione transactio quoque comprehensa invenitur in *1. non solum 4. C. de praediis & aliis reb. minor.* Etenim id ita, si de praediis minoris questio sit, quae ne temere aut fraudulenter a tutoribus in pupillorum necem in alios transirent, non ad venditiones tantum aliasque alienationes proprie dictas decretum magistratus ex oratione Imp. Severi accedere debuit, sed & ad ea, quae non nisi improprie & latiori sensu alienationis veniebant appellatione, inter quae procul dubio est & de lite dubia transactio. Quae ratione etiam servitutum praedialium concessio aut remissio inter alienationes in praedictum minorum non sine decreto permissas numeratur, *1. sed si pecunia 3. §. nec ususfructus 5. ff. de reb. cor. qui sub tut. vel cura sunt, sine decreto non alienand.* neque tamen ideo pro praedialis servitutis impositione vel remissione laudemii praetendi jus domino directo natum esse, manifestum est, Argentraeus *tract. de laudemis §. 30.* Si tamen manifesta collatione id agant litigantes, ut dominum suo laudemiorum jure defraudent, tantae quantitate transactionis nomine data, quanta emphyteusios litigiosa pretium posset conficere, nulli dubium erit, quin laudemia solvenda sint, dum plus valere debet quod agitur, quam quod in necem alterius simulate concipitur, tit. *C. plus valere quod agitur &c.* Idemque erit, si dominus directus, in ta-



1. *Celsus* 23. §. *ult. junct. l. 24. ff. de receptis*. Et sane, si sola oblatio moram jam ante commissam purget, *l. si servum 91. §. sequitur 3. ff. de verb. obligat. l. qui decem 72. ff. de solution. l. interdum 73. §. ult. ff. de verb. obligat.* quid ni longe magis impediatur, ne ab initio videatur debitor in mora esse, *Ant. Faber Cod. l. 4. tit. 43. defin. 22. Jul. Clarus §. emphyteusis quart. 8. n. 10.* Nec obloquitur *Imp. in l. 2. C. de jure emphyt.* Quamvis enim dicat, emphyteutam pecunias offerentem, iisdem non acceptatis, ac ob id consignatis & secundum legem depositis, minime defectionis timere periculum; non tamen ad exclusionem nudæ obligationis, sed quia per depositionem indubitata securitas emphyteutæ parata erat. De cetero solam quoque obligationem aspicere, lex illa non negat, & generalia aliarum legum fundamenta evincunt: sic ut ob id frustra dissentiat *Corasius ad d. l. 2. C. de emphyt. num. ult.* Nuda tamen non potest sufficere compensatio, quæ ipso jure contingit, dum emphyteutæ ad canonem obligato vicissim dominus directus pecuniam ex alia liquida causa debet; eo quod agnitio directi dominii, & conservatio memoriz domini directi præcipua canonis solvendi ratio est; eamque ipso jure citra factum emphyteutæ intervenisse dici nequit; adeoque, cum obligatio emphyteutæ non tantum ad debiti pecuniarii præstationem, sed & ad facti implementum pertineat, domini scilicet agnitionem, consequens est, idoneos deesse terminos compensationis, sola quantitas seu rerum fungibilium, non item factorum, debita perimentis. Plane si emphyteuta compensationem domino obtule sit solutionis loco, obligatione tali satis dominum directum videtur agnovisse, *Zoesius ad Pand. tit. locati n. 80. 81.* Simili ratione, etsi regulariter non ipse tantum debitor, sed & alius quilibet pro eo vel jubente, vel ignorante, vel invito, solvere possit, ut liberatio contingat, *pr. Instit. quib. mod. tollitur obligat. l. solvere 53. ff. de solution.* non aliter tamen hic emphyteuta a caducitatis poena liber erit, quam si vel ipse solverit, vel alius ex mandato ejus. Cum enim domini directi agnitio voluntatis & animi sit; non recte dixeris, agnitionem esse ullo modo dominum directum ab emphyteuta, pro quo ignorante aut repugnanter canon ab alio solutus est, *Ant. Matthæus de auct. lib. 1. cap. 11. num. 15.* Quin imo quamvis in diem debita ante diem creditori etiam invito exsolvi queant, dum dies plerumque in gratiam debitoris addici consuevit, qui proinde juri pro se introducto recte renunciat, *l. quod certa die 70. ff. de solution. l. cum tempus 17. ff. de reg. juris, l. continuus 137. §. cum ita 2. ff. de verb. obligat.* vix tamen est, ut emphyteutæ permittatur annorum plurium futurum canonem in antecessum domino directo invito obtrudere: quippe cujus interest, singulis magis annis, aut saltem intra unumquodque triennium, canonis solutionem fieri; ne interrupta longiore tempore præstatio induceret forte domini directi & emphyteusios oblivionem, & emphyteuta aut saltem successores ejus rem teneant ut pleno jure ad se pertinentem: sic ut dies hic potius in creditoris quam debitoris gratiam censetur appositus, *Jul. Clarus §. emphyteusis quart. 12. n. 2. Hugo Grotius manu duct. ad Jurisprud. Holl. lib. 3. cap. 18. n. 12.*

40. Ceterum mora in solvendo canone per abba-

tem commissa, aut per oconomum, monasterio vel ecclesie nocet, cui emphyteusis concessa fuerat; sic ut tantum adversus oconomum ecclesia regressum habeat, *Molinæus ad consuet. Paris. tit. 1. fiefs. §. 43. gloss. 1. in verb. qui denie le fief. num. 63. 73. Radelantius Curia Ultrajecti. decis. 38. Responsa Ictor. Holl. part. 4. consil. 172. vers. Waibelange.* Nec minus mariti mora in canone solvendo ex prædio uxoris emphyteuticario, uxori damnosa est, non in Hollandia tantum, ubi amplissima mariti in res uxorias potestas est, sed & Ultrajecti, si forte maritus improlis, qui immobilia uxoris illic alienare sine uxoris consensu non potest, hanc moram commiserit, cum hæc alienatio non veniat nisi ex consequentia actus, & mala administratione mariti: sic ut nec restitutione uxor adversus hanc lesionem videatur juvanda, *Rodenburc de jure conjug. parte priore tit. 2. cap. 3. n. 15. pag. 227. post Louet en ses. arrests lit. F. arrest. 15. ibiq. Brodeau.*

41. Posita autem caducitate emphyteusios ob moram triennii, dubitatum, an emphyteuta fructus anni quarti, ante declaratum domini directi voluntatem de emphyteusi avocanda percipere, restituere, teneatur? Non teneri, suadet invicta juris ratio: fructus enim rei cuiusque domino acquiri, præsertim si & rei suæ possessionem habeat, certum est, *l. qui scit. 25. de usuris, arg. l. bona fidei 43. ff. de acquir. rer. domin. §. item ea 19. Instit. de rer. divis. retinet autem emphyteuta dominium tamdiu, donec dominus directus voluntatem declaraverit de utendo jure commissi adversus ipsum in mora solvendi hærentem, l. 2. C. de jure emphyteutico.* Neque in contrarium factum desumitur a rerum possessoribus ac fructuariis argumenta, qui finito usufructu, vel mala fide superveniente, mox desinunt suos facere fructus rerum fructuariarum aut ab initio bona fide possessorum, *l. qui bon. fide 33. §. tamdiu 1. l. bona fidei 48. §. in contrarium 1. ff. de acquir. rer. domin. l. si fundum 17. C. de rei vindic. l. si pater 5. C. de usufructu & habit.* cum diversa plane fructuarii vel mala fidei possessoris, quam veri domini, circa fructuum acquisitionem ratio sit, quia emphyteuta dominio non excedit ante factam a domino voluntatis declarationem, *d. l. 2. C. de emphyt. Fachineus controvers. lib. 1. cap. 94. Molinæus ad consuet. Paris. tit. 1. de fiefs 43. gloss. 1. in verb. qui denie le fief. num. 34. 35. 49. Perezus ad lit. C. de jure emphyteut. num. accedit quod 15. Berlichius conclus. pract. part. 2. conclus. 46. n. 48. & seqq. Minsingerus cont. 6. observ. 83. Carpzovius defin. forens. part. 2. constit. 33. defin. 12.*

42. Cessat caducitatis, seu commissi poena, si dominus directus eam remiserat. Remissio vel expressæ fit, quod expeditum; vel tacite, veluti si dominus post lapsum triennii sciens receperit vel exegerit canonem anni quarti, cum ita non possit non videri continuare emphyteutæ jus emphyteuticum, dum canon sine emphyteusi esse nequit, nec vicissim caducitatis declaratio consistere simul canonis extinctione, *arg. l. Celsus ait 23. pr. ff. de receptis qui arbit. recep. l. post diem 7. ff. de lege commissoria.* Et quæ facit, quod res in commissum cadit eam præcipue ob causam, quod dominus, qui canonis solutione agnoscere debuerat, ex mora tali spretus ac injuria affectus est; injuria autem dissimulatione abo-

letur, §. ult. *Instit. de injuriis, l. non solum 11. §. injuriarum 1. ff. de injuriis, Jul. Clarus §. emphyteusis quest. 10. num. 1.* Fachineus *controvers. lib. 1. cap. 99. Besoldus delib. juris ad Pand. b. 1. quest. 10. in med. Ant. Faber Cod. libr. 4. tit. 43. defin. 16. Carpovius defin. forens. part. 2. constit. 58. defin. 6. & 7. Menochius de presumption. libr. 5. pres. 112. num. 19. 20. 21.* Neque his contrarium est, quod supra traditum, non videri repetitam emphyteus n, si dominus directus finito tempore, ad quod ea concessa fuerat, anni sequentis canonem receperit. Etenim peribit eo casa emphyteusis ex conventione, ac apparebat ex prima concessione voluntas domini, finem emphyteusis post tempus adjectum imponitis. At hic per modum poenae emphyteusis extinguitur, qualis poena, tanquam odiosa, facile remissa praesumitur; ac praeterea necdum erat hic manifesta voluntas domini de emphyteusi finienda, sed adhuc declaranda erat: atque adeo illic jam finita erat per lapsum temporis, ideoque difficilior redintegranda: hic demum per declarationem domini finienda erat, ac propterea facilius continuatio ejus videbatur admittenda. Adde Fachineum *d. lib. 1. controversiar. cap. 84. in fine.*

43. Quod si nil praeter triennii ipsius praeteriti canonem anno quarto dominus directus acceperit, si quidem nulla caducitatis mentione habita, aut reservato per protestationem commissi jure, magis est, ut & tunc remissa censi debeat commissi poena, & emphyteusis ob non declaratam in contrarium domini directi voluntatem continuata. Sed si prius caducitatem sibi placere declaraverit, tum deinde triennii praeterlapse canonem exigit, emphyteusin semel vi declaratae voluntatis adentam, renovasse eo modo credendus non est, praesertim, cum nulla pugna intercedat inter jus commissi in futurum, & exactionem canonisatione temporis illius, quo emphyteusis duravit, fructusque jure utilis domini per emphyteutam percepti sunt, *novell. 120. cap. si vero quis 8. Aug. Barbosa Collet. Cod. ad l. 2. de jure emphyteus. n. 22. Menochius de presump. lib. 3. pres. 112. n. 14. Jul. Clarus §. emphyteusis quest. 10. n. 2. Hugo Grotius *manuduct. ad jurispr. Holl. lib. 2. cap. 40. n. 31. Vinnius select. quest. lib. 2. cap. 3. Christineus ad Bugnon de legib. abrog. lib. 1. satyr. 224.* Nec est, ut cum Fachineo *lib. 1. contr. cap. 99. in med.* quis existimet, in emphyteusi seculari exactionem aut acceptationem canonis triennii praeteriti omni in casu ac sine distinctione involvere caducitatis remissionem, neque simul commissi poenam & triennialis canonis exactionem posse consistere; cum contrarium evidenter pateat ex *d. nov. 120. cap. 8. & frustra excipitur, illic de sola agi emphyteusi ecclesiastica, in eaque id singulare esse, quia jus quascum ex caducitate praelatus remittere non debet in praedictum ipsius ecclesiae, ut ait Fachineus *d. loco.* Etsi enim emphyteusis ecclesiastica mentio fiat in *d. nov.* non tamen ad exclusionem ejus quae secularis est. Ecclesiastica mentio est, quia Justiniani tempore frequentata magis erat; de cetero eadem in seculari ratio est, ac proinde idem quoque jus. Quod enim obtenditur singularis ratio emphyteusis ecclesiasticae, quia praelatus non potest remittere caducitatis jus in ecclesiis praedictum, gratis assumitur, ac liquido falsum est, cum magis ex voluntate pra-**

positorum id dependere dicat *novell. 7. cap. 3. §. 2. vers. & volumibus praepositis sacrarum domuum licet bis praedia aut domos &c. & manifestius in nov. 120. cap. 8.* ubi licentia datur venerabili domui ejicere de emphyteusi; si vero noluerint expellere emphyteutam, emphyteuta rem ad tempus definitum retinere dicitur, & quae placita sunt, dare.

44. Tacite insuper remissa censi debet caducitatis poena, si poena pecuniaria, aut alia, in conventionem deducta sit tempore constitutae emphyteusis, in casum canonis suo tempore non soluti. Tollit enim provisio hominis provisionem legis, quoties provisio legis tantum facta est in subsidium, seu defunctum provisionis hominis, arg. *l. ult. C. de pactis conventis.* Vide Aug. Barbosam *axiomat. juris usufrequent. 195. verbo, provisio.* Poenam autem caducitatis demum tunc locum habere, cum alia conventio interposita non est, apparet ex *l. 2. C. de jure emphyteus. ubi,* cum in principio sancitum fuisset, pactiones in emphyteuticis instrumentis conscribas, etiam in casum solitarum pensionum non praestitarum, debere servari, subjungitur: *in eadem nihil super hoc capitulo fuerit pactum, sed per totum triennium neque pecunias solveris, neque apochas domino tributorum reddideris, volenti ei licere cum a praedictis emphyteuticariis repellere.* Eodem modo, quo & poena amissionis, ob venditionem emphyteusis sine denunciatione factam, tum demum obtinet, cum nulla pactio de alienatione concepta est, juxta *l. 3. d. tit. C. de jure emphyt.* Neque adversatur hisce, quod stipulationes penales non adjuvantur, obligatio fiat infirmior, sed ut firmetur; quodque per subjunctam poenae stipulationem nulla prioris obligationis novatio inducitur, *l. praedia 28. ff. de act. em. l. apud. Celsum 4. §. Labeo ait 7. ff. de delicti mali & met. except. l. pacto convento 15. & 16. ff. de transaction. l. rescriptum 10. §. 1. ff. de pactis.* Quo moti plurimi contrariam sententiam amplexi sunt, inter quos Jul. Clarus §. emphyteusis quest. 8. num. 12. Zoësius *ad Pand. tit. locati num. 65. Perezus ad tit. C. de jure emphyteus. num. quare improbanda 25. Ant. Matthaeus de obligat. disput. 22. num. 14.* Etenim etsi per poenae stipulationem non fiat novatio obligationis principalis, sed ex ea nihilominus supersit agendi potestas, tamen id non impedit, quo minus per posteriorem poenae stipulationem tollatur obligatio ad poenam priorem, quae vel ex lege vel ex conventionem fuerat constituta principalis negotii firmandi causa. Ne dicam, nullam hoc casu novationem esse, quippe quae aliud debuit antecedens requirit, *l. 1. pr. & §. 1. ff. de novation.* at vero obligatio ad poenam caducitatis nata quidem unquam fuit, sed demum fuisset nascitura, si nulla pactione penali in canonis non soluti eventum fuisset provisum. Ut proinde non tam nova subintret poenae obligatio in locum prioris, ex lege debita, quam potius per poenae conventionalis constitutionem impediatur nativitas obligationis ad poenam legalem.

45. Quia vero declaratio domini directi requiritur ad id, ut exerceat adversus emphyteutam mortuorem jus commissi, *l. 2. C. de jure emphyteus. verbo, volenti ei,* consequens hinc est, ut, si dominus directus ipse rem non avocaverit ab emphyteuta ob mortuam in solutione canonis admissam, nec

heres ejus id ipsum possit, si heredis iactura nulla mora facta sit. Præterquam enim quod pena commissi est vindicta injuria domino illata, qui spretus ac contemptui habitus videtur eo ipso, quod non fuit agnitus oblata tempestive canonis solutione, qualis injuriæ persecutio nec in heredem competit, nec datur heredi, §. 1. *Instit. de perpet. & temporal. adfin.* atque etiam concessio in emphyteusim quædam donationis & liberalitatis species est, cujus revocatio ob atrocem injuriam donatæ a donatario illatam in primis tantam personis consistit, nec heredi donantis, nec in donatarii heredem tributa, l. *hæc solis* 7. post mod. l. ult. in fine Cod. de revocand. donationibus, certum insuper est, ea, quæ voluntatem alicujus, seu voluntatis declarationem, desiderant (quod & hic desideratur) evanescere morte ejus ante voluntatis manifestationem contingente, arg. l. si ita expressum 69. ff. de condit. & demonstrat. l. si ita legatum 65. §. illi 1. ff. de legat. 1. Sed & ex illidem fontibus ab injuriæ actione ac donationis revocatione petitis profuit, heredi moratoris litem ex mora defuncti non esse movendam ad exercendum commissi jus, si heres ipse in mora non sit, Mysingerus contr. 3. obiter. 97. Perezus ad tit. Cod. de jure emphyteut. numer. accedit quod 15. Carpovius defin. forens. part. 2. consil. 38. defin. 9. Wassenar Pract. judic. cap. 2. num. 19. Responsa JCor. Holland. part. 2. consil. 5. in fine, dissent. Zoestius ad tit. ff. locati num. 9a.

46. Præterea inter modos, quibus emphyteuta jure suo emphyteusim cadere, aut saltem exui potest, numerata quoque insignis deterioratio, corruptio & abusus enormior rei in emphyteusim datæ, dum arbores frugifera exstinguntur, aliis haud repositis, terra paludosa effoditur, aliudve simile detrimentum notabile infertur, exenter dolo malo, aut culpa lata. Quod quidem in ecclesiastica extra dubitationem positum est, d. novell. 120. cap. 8. auct. qui rem C. de sacrosanct. eccles. sed tamen ad secularia idem quoque non male produceris, præsertim si emphyteuta, spreto domini directi prohibitione, contumaciter perseveret: non ea quidem ratione, quod & conductor, si male statueret per conductam, expelli ante tempus possit, l. adeo quam 3. C. de locato. Vix enim est, ut a conductore jura debiliore habente, & pensionem fructibus convenientem retinente post expulsionem, argumentum procedat ad emphyteutam, jure fortiori domini utilis, & nata inde in rem actione, manum, quin & graviores ex redemptione læsiones subitarum, ut mox plenius dicam. Sed potius, quod ex contextu d. nov. 120. cap. 8. non apparet, jus illud expellendi emphyteutam ob deteriorationem in ecclesiastica emphyteusi singulare esse, aut peculiariter ob favorem plæ causæ introductum; sed (ut & ante observatum) ecclesiastica emphyteusis mentio passim in novellis fiat, quia Justiniani tempore frequentius pia loca, quam privati, solebant in emphyteusim dare, & obortientes de hisce dubitationes constitutionibus Justiniani præcipue causam præbebant: ut proinde, eadem ratione militante in emphyteusi seculari, quæ est in ecclesiastica, idem quoque jus admittendum sit. Quibus non obstat, quod fructuarius ob solum rei fructuaria abusu ante tempus regulariter expelli nequeat, ut latus dicam sit: quib. mod. usufruct.

amitt. num. 5. Cum enim proprietario regulariter per cautionem fructuariam adversus omnem corruptionem & deteriorationem abunde provisum sit, necesse haud fuit, amissionis penam corruptioni rerum fructuandarum proponere: at nulla talis cautio per emphyteutam interponenda fuit; cui consequens erat, ut amissionis metu abstereretur emphyteuta ab emphyteusis deterioratione, dum cautionis remedio, ad diligentiam in emphyteusi conservanda adhibendam non poterat moveri. Et hanc opinionem, aliis licet argumentis inducti, xuentur Pinellius ad l. 1. Cod. de bonis maternis part. 2. num. 60. in med. Christianus ad Leg. Vischlinianæ tit. 2. art. 18. num. 4. Ant. Faber Cod. lib. 4. tit. 43. defin. 52. Zoestius ad Pand. tit. locati num. 110. Ant. Matth. de obligation. disp. 22. n. 18. Responsa JCor. Holland. part. 2. consil. 163. Wassenar Pract. jud. cap. 2. n. 18. 20. & vulgo DD.

47. Præscriptione denique extingui potest emphyteusis jus, dum vel dominus directus defuncto per leges aut municipalia jura tempore directi & utilis adeoque pleni domini jure possedit; vel emphyteuta domino directo jus emphyteusis denegavit, a domino interpellatus, aut rem ut liberam & pleno jure suam transiit in alium, & ex tempore translationis vel abnegati juris emphyteutici præterierit præscriptioni implendæ sufficiens spatium. Nam si tantum illo tempore (veluti apud nos triente seculi) simpliciter cessasset emphyteuta in canonis solutione, nec sibi de cetero plenum actu aliquo arrogasset dominium, liberari quidem posset per præscriptionem a canonis præstatione respectu annorum tertiam seculi partem excedentium, sed plenum dominium acquisivisse, cum non suo sed alieno nomine rem emphyteuticam tenuerit, dici nequit, arg. l. 2. junct. l. cum notissimi 7. §. ult. Cod. de præscript. 30. vel 40. annor. Ant. Thesaurus decr. 179. Neostadius Coria supr. decr. 39. Hugo Grotius manud. ad jurispræd. Holland. lib. 2. cap. 40. n. 24. & seqq. Ant. Matth. paræm. Belgar. JCor. 9. num. 12. Carpovius defin. forens. part. 2. consil. 5. defin. 17. & consil. 39. defin. 15. Leewen censur. forens. part. 1. lib. 2. cap. 16. num. 25.

48. Porro, ob ingratitude ab emphyteuta in dominum directum commissam emphyteusis revocari nequit; nec ob id, quod dominus directus re emphyteuticæ indigeat ex inopinata causa ad proprios usus: cum id neutro de casu aspiam cautum sit, nec juris analogia id suadeat, nec procedat argumentum a locatione ex l. adeo, quam 3. C. de locato ad emphyteusim; quippe quæ magis donatam quam locationem hac in parte assimilanda est, licet non sit simplex donatio. Atque ita difficultatibus in utraque hac questione facile occurrunt. Scilicet donatio simplex non est, & ideo revocari nequit ob ingratitude, cum revocatio talis in solis simplicibus donationibus, non quibusvis liberalitatis speciebus, locum habeat. Rursus ad donationem magis quam locationem hac in parte accedit, dum canonis modici solutione defungi potest emphyteuta, majorem sperans fructuum annuorum proventum canonis debito non respondentem, & ideo revocari nequit, ubi ipse dominus incipit re ad proprios usus indigere.

49. Sed nec ob insatisfactionem juris emphyteutici,

dum se emphyteutam esse negat, jure suo privandus est; cum nuspiam talis emphyteuta proposita invenitur inficiationis poena, ideoque regula locus esse debeat, dictanti *neminem ea his, qui negant se debere, prohiberi etiam alia defensione uti, nisi lex impediat*, l. nemo 43. ff. de reg. juris. Adeo ut ne possessione quidem emphyteusios ob talem inficiationem, licet dolo factam, videatur spoliandus, eaque in dominum directum transferenda, uti sine fundamento statuit Zoësius ad Pand. tit. locati num. 112. post Manticanam de sacris & ambig. commun. lib. 22. tit. 31. Neque enim illud probatur per l. ult. ff. de rei vind. aut per novell. 18. cap. illud quoque 10. cum neutro textu generaliter inficiationis poena dicatur esse possessionis amissio. Etenim in l. ult. solummodo spoliandus est possessor sua possessione, si se possidere neget, rei vindicatione conventus, neutrumque, si alia ratione mendacii convincatur; nec mirum ei id adimi, quo se sua propria exiit professione. Add. tit. de rei vind. num. 25. In novella vero decima octava cap. 10. de his agitur, qui, cum pignorum possessores essent, ac a creditoribus hypothecariis convenirentur, negant rem ejus esse, cujus actor eam esse asseverat; quo probato, cum probata sit actoris intentio, jubentur possessionem in actorem transferre, nulla exceptione opponenda, se jure aliquo potiores esse; qui longe diversus a nostro casus est, ideoque, si lex ibi prohibeat alia defensione uti, in nostro tamen casu cum id non pateat, regula superiori standum est.

50. Finita emphyteusis ad dominum directum revertitur, sive a privato, sive a fisco res in emphytheusis data sit, etiamsi forte fiscus generaliter omnes redditus fiscales una mercede publicano elocasset, non enim (ut Ant. Matthæi verbis utar, tract. de auction. lib. 2. cap. 4. num. 14.) commissum tale redditus fiscalis est, sed obnoxio quoddam ex contractu originem habens, cum proprietate consolidanda. Porro quidem fisco quotannis prestanda ab emphyteutis & vasallis, est redditus fiscalis, sed commissum fructum vel emphyteusis nemo in redditu computat. Consolidatio illa est proprietatis & usufructus; vel, ut DD. loquuntur, directi & utilis domini, quam placuit fieri hac ratione, ne inutilis sit domino proprietate. Foras autem inutilis domino proprietate, vel potius interceptetur ei, si commissam emphyteusis interceptores conductores fiscalium reddituum. Ut tamen fructuum ex prædio emphyteutico commissio percipiendorum commodum conductori reddituum fiscalium durante conductione assignandum omnino sit. Etenim (ut rursus ejusdem viri doctissimi verba mea faciam) negari non potest, fructus, quos dominus singulis annis ex commissis percipitur erat, redditum quendam fiscalem esse. Unde, si redditus fiscales locavimus, ad conductionem hi fructus percipiendi necesse est. Deinde, antiquam commissam emphyteusis, utique canon emphyteuticus ad conductionem pertinebat: æquum ergo, ut commissam emphyteusis pro canonis fructus percipiat, ne delicto emphyteuta fiat deterior conditio conductoris. Vide plenius eundem, etiam dissentientium argumentis satisficientem, d. tract. de auction. lib. 2. cap. 4. num. 14. 15. 16.

51. Non tamen potest dominus directus emphyteusi finita emphyteutam propria expellere auctoritate;

arg. l. si cujus 13. §. sed et 3. ff. de usufructu & quomodo quis utat. l. non est singulari 176. ff. de R. J. Eoque facit, quod & creditoribus hypothecariis, qui nominatim pacti sibi erant licentiam ingrediendi possessionem in casum pecunia non reddita, non aliter quam auctoritate prædictis possessionem adiacere permissum fuit, l. creditor 3. C. de pignor. & hypoib. nec dotis possessionem soluto matrimonio apprehendere sine judicis competentis auctoritate possunt uxoris heredes, l. dotis actione 9. Cod. soluto matrimonio. quodque dominum jure excidunt quicunque privata auctoritate res suas ab iniquis possessoribus, etiam furibus ac prædonibus, detentas rapere ausi fuerint, §. 1. Instin. de vi bonor. raptor. §. recuperanda 6. Instin. de inordinat. l. si quis in tantum 7. C. unde vi. Ut proinde civiliter accipiendum sit, quod in l. 2. Cod. de jure emphyteutis. dicitur, volenti domino directo licere emphyteutam a prædictis emphyteuticis repellere; de ea scilicet repulsione, qua secundum præcepta legum auctoritate publica interveniente fit, Fachineus controversi. lib. 1. cap. 95. Ant. Faber Cod. lib. 8. tit. 3. defin. 2. Grotius manu duct. ad Jurispr. Holl. lib. 2. cap. 40. num. 30. Zoësius ad tit. Pand. locati n. 97. Perezus ad tit. Cod. de emphyteusi num. hinc non existimo 16. Groenewegen ad l. 2. C. de emphyteusi, & alii hñdem citati. Usque adeo autem judicis auctoritate opus est, ut & petitorio judicio agi oportere, nec possessorium admittendum esse, decium fuerit; ut ita lis apud ordinarium judicem agitur, qua apud supremum ventilanda esset, si possessorio judicio licuisset experiri, ut argumentatur Coren obiter. 5.

52. Impensas quod attinet & meliorationes ab emphyteuta emphyteusi durante facta, distinctione opus est. Aut enim secundum primam emphyteusios constituta legem melioratio facta est, aut ultra id, quod ex prima emphyteusios conventionem impendendum ac in statum meliorem reducendum erat, aliis utiliter erogata sunt. Priore casu sine ullo refusionis onere penes dominum directum eas remanere, rationis est, sive culpa emphyteutæ, sive sine culpa ejus, lapsu temporis, aut generationis defectu, emphyteusis extincta sit: cum eas ex conventionem & natura rei emphyteuta fecerit, adeoque necessitate obligationis urgente; sicut veluti canonis mercedisve pars esse videantur, canone scilicet viliori imposito, propter adjectam meliorationis conditionem, qua omnia potuisset justa merces in pactionem deduci, arg. l. fundi partem 79. ff. de contrah. emt. l. si venditor. §. 1. in fine ff. de servit. export. At casu posteriore deducere eas, emphyteusi finita, emphyteuta prohibendus non est, sive sine culpa ejus emphyteusis evanuerit, sive ob alienationem aut moram in solvendo canone commissam utili domino emphyteuta ceciderit; cum nuspiam hæc culpa poena inveniatur proposita, sed magis ea, quæ in emphyteusios amissione consistit: neque æquum est, his eam penam hære, rem amittendo simul & meliorationem, qui semel quidem deliquit rem alienando, canonemve non solvendo; sed impendendo in rem; cujus dominium utile impendit tempore habebat, nullus potuit videri culpa reus. Qua ratione multis aliis in casibus receptum fuit, impendia repeti posse in rei meliorationem per eos facta, qui ex conventionem non fuerant ad ea de-

vinci, ne contingeret, alium cum iactura alterius reddi locupletiorē: nam & colono ad meliorandum haud obligato repetitio data est, l. dominus 55. §. 1. Et l. penult. ff. locati cond. Et commodatario ac creditori in rem commodatam aut pignus expendenti, l. in rebus 18. §. possunt 2. ff. commodati, l. si necessarias 8. ff. de pignorat. act. Vasallo quoque domum in pradio feudali ædificanti, secundum scriptas feudorum consuetudines, lib. 2. feud. tit. 22. vers. si vasallus, denique fructuario & fiduciario heredi impensas graviorēs in rem fideicommissariam aut fructuariam facienti, l. domus 53. ff. de legatis 1. l. qui exceptionem 40. §. si pars 1. ff. de condit. indeb. l. cum, ad quem 7. C. de usufr. Et habet. Quibus consequens est, ut dicamus, ea, quæ de meliorationibus haud repetendis in casu, quo per culpam jure suo emphyteuta ceciderit, traduntur l. 2. Cod. de jure emphyteuticæ, ad eas restringi debere, ad quas ex contractu emphyteusios emphyteuta devinctus erat, Fachineus lib. 1. controversi. cap. 92.

Bronchorst miscellan. cent. 1. assert. 45. Besoldus delib. juris ad lib. 6. ff. b. t. qu. 11. Zoesius ad tit. Pand. locati num. 114. Perezus tit. C. de jure emphyteut. num. quibus verbis 21. dissent. Sande dec. Fritic. lib. 3. tit. 6. defin. 6. & plures ibidem allegati.

53. In recuperandis autem meliorationum impensis videndum, utrum impensa gravior sit, quam melioratio, quæ inde provenit; an ex adverso melioratio major fuerit, quam quantum est id, quod vere impensum est; eodem modo, quo id in bonæ fidei possessore obtinere, supra tit. de rei vindicat. num. 36. probatum est; cum nulla inter emphyteutam & bonæ fidei possessorem ratio differentiz hac in questione appareat. Adde Abrah. Wesel de commun. societ. tract. 2. c. 2. n. 169. 170. 171. 172. 173.

54. Emphyteusios occasione, quæ de contractu censuali dici possent, tractanda magis in lib. 50. tit. de contribus. Et de libellario contractu, plura forte dicenda, ubi feudorum jura enarrabo.

## LIBER SEPTIMUS.

### TITULUS I.

De Usufructu, & quemadmodum quis utatur fructu.

#### SUMMARIA.

1. Quid sit servitus in genere, & quotuplex; an desur servitus, qua persona servit rei?
2. Servitus personalis, usufructus, usus & habitatio an in realem degenerare ex conventionione possit?
3. Defenditur divisio usufructus generaliter considerati in causalem & formalem. Quando usufructus sit, vel non sit domini pars? licet sit pars domini, non tamen est pars fundi.
4. Quis sit in praxi usus hujus divisionis in causalem & formalem, maximeposito statuto, ne conjuges sibi invicem legent ultra bonorum usufructum?
5. Constituitur usufructus puro, in diem, sub conditione. Pendente die vel conditione, proprietarius usufructum habet. Si quis alteri legat usufructum in quinquennium, & eo lapsa usufructum, vel plenum rei dominium Titio cedere jubeat, quis usufructum habet, fructuario marituri moriente? quis, si testator uni puro proprietatem, alteri usufructum sub conditione, vel etiam inutiliter ac contra leges reliquerit?
6. Quibus in casibus acquiratur usufructus ex legis dispositione?
7. Quomodo per prescriptionem, adjudicationem in judicis divisionis, conventionem, aut ultimam voluntatem?
8. Si Titio fundus legatur, Marcio ejusdem fundi usufructus, quid Marcio sit habiturus jure Romano & moribus?
9. Non solus usufructus, sed plena proprietate data creditur, si domini certa ad inhabitandum, fun-

das ad alimenta legatur, vel si fructuarius gravatus sit onere restituendi ex fideicommissio res fructuarias tertio.

10. Idem est, si legatus usufructum, addiderit prohibitionem alienationis, vel fructuario injunctum, ut rei fructuaria servitutem imponeret.
11. Idem, si usufructus legatur cum libera alienandi potestate, quo casu ad dodrantem usque alienatio permittitur: secus, si tantum alienandi potestas in casu necessitatis vel indigentia adjecta sit. Si tamen non usufructus sed bona legatur, & addatur prohibitio alienationis, vel licentia alienandi in casu necessitatis, proprietarius cum onere fideicommissi legata videtur.
12. Quid juris sit secundum juris rigorem, & secundum æquitatem, si testator Titium in omnium suorum bonorum usufructu instituerit, vel legati titulo ei dederit, & adjecerit, se post Titii obitum instituere heredem Marcium?
13. Quid differat quantum ad effectus facto, utrum alicui nudus usufructus intelligatur relictus, an vero proprietate cum onere fideicommissi?
14. In quibus rebus usufructus constitui possit? etiam in sterilibus; etiam in feudalibus, adhibitis requisitis; etiam in omnibus bonis, modo nihil sit in præjudicium legitimæ, aut falsidicæ, aut l. 6. C. de secund. nupt.
15. Qua continuatur sub usufructu omnium bonorum, an & calendarii? an rerum domum post obitum testamentum quasitarum? an rerum, quarum testator nudam habebat proprietatem, si post ejus obitum usufructus prior domum ad proprietatem revertatur?
16. An, & quo usque id, quod ex immateriali tabellionis scriptura post ejus obitum redigi potest, si tabellio legaverit omnium usufructum?
17. An usufructus rei alicujus singularis, aut

simpliciter legata ante vel post legatum omnium bonorum usufructum?

18. An bonorum feudalium?
19. Non rerum per testatorem ex fideicommissio restituendarum extraneo, vel ipsi heredi instituto, nisi id nominatim testator voluerit. Quod tamen cum effectum velle nequit conjux,posito statuto, ne conjuges sibi invicem gratificentur ultra bonorum suorum usufructum. Ius tamen plane singulare hac in parte obtinet Ultrajecci.
20. Constituto usufructu, proprietarius nihil agere regulariter potest in praedictum fructuarii: an servitutem imponere rei fructuariae? aut remittere eam, qua praedio fructuario constituta est? Ius tamen suum circa proprietatem exercere poterit: quadam etiam facere, qua fructuario nocent.
21. Qui habet usufructum adium, qualia commoda sentiat, an & stabulo in continen. i. posito & horto adium causa parato uii possit? quid praeterea facere vel non facere? an tollere ea, qua non jure fecit, vel fructuarii vel proprietarii?
22. Recensentur plurima, ei cedentia, qui fundi vel horrei usufructum habet: ubi & de cadenda arundine vel lignis ex sylva cadua; deque arboribus grandioribus ex sylva non cadua cadendis, de arboribus infrugiferis non extirpandis, ut frugifera reponantur, aliisque similibus.
23. De alluvione fundi fructuarii, & insula ante fundum fructuariam nata, deque redditu venationum, piscationum, aucupiorum, & in quo proprie hi redditus constituerint? & quo sensu in fructu rei venatio?
24. Quid juris circa fundi fructuarii metalla & lapides, metallifodinas jam apertas vel aperendas, lapicidinas, in quibus lapides venantur, vel non? & an fructuarius fundo fructuario eam aut adificium imponere possit?
25. Quantum cadat fructuario, cui redditus vitalisii usufructus competit? Quid juris in usufructu navis, vestii, jumentii?
26. Plinius enarratur, quid percipiat, quidque possit, qui usufructum rei, jumentii aut pecoris habet, quibus ministris aut operis addicere? &c.
27. In usufructu castri vel territorii cum appendentiis, quid capiat fructuarius, an habeat jus patronatus, collationem bonorum, & an vis collationis per eum facta evanescat morte ejus? quid de multarum panarumque, censur, canonis, laudimiorum, & alii compendii, bonis vacantibus, publicatis, bonis hominum adscripticiorum seu talliabilium, ac ipsis praediis talliabilibus, & omphyteuticariis ad dominum revertentibus?
28. Quando fructuarius fiat dominus fructuum; quando bona fidei possessor? & qua sit ratio differentia inter hos? qua occasio de fructibus, qui tempore inchoati usufructus, vel ejusdem finiti, praedebant, sed maturi; & an impensa in statione & similia tunc refundenda sint?
29. An & quando fructuarius, etiam fructus immensuros a solo separare possit?
30. Fructus civium, id est, pensiones, & usura anni postremi, an, & quo usque cedant fructuario?
31. Quo tempore censetur fructus percipi esse, ut cedant fructuaria, cum de dignitatum mutaverint-

ve collatione, laudimiorum, multarum panarumque compendii, tanquam fructibus civilibus, quatio est?

32. Potest fructuarius petere possessionem rei fructuariae; usufructum alteri vendere, locare, gratis concedere, pignori obligare, non tamen ultra durationem usufructus. An & iudicati exequendi causa usufructus pignori capi possit?
33. Potest & omnia arce, qua usufructui obsunt. An opus novum nunciare? An damni infestis cautionem exigere, & cui pro sit missio ex secundo decreto ob cautionem non praestitam? An, si usufructum omnium bonorum legatum habeat, actiones hereditarias in rem & in personam contra possessores & debitores exercere utiliter sine speciali mandato proprietarii?
34. Quoties agere potest contra tertios possessores aut debitores hereditarios, etiam recte petis, sibi a proprietario edi instrumenta ad liem necessaria.
35. Qua onera ferat fructuarius? impensas in fructuum perceptionem, multarum exactionem, jactis sui fructuarii assertionem; non item in liem, quam pro rerum fructuariarum proprietate aut debitorum exactione sustinuit; quas finitio usufructus deducit.
36. Modicam refectionem tenetur facere, non item graviolem impensam, si qua vetustate corrumpant. Quid juris, si fecerit tamen?
37. Solvere tenetur tributa, stipendia, viarum, aggerum refectiones, canonem, solarium, an & annuos redditus personales aut reales? an alimenta debita ab eo, qui usufructum legavit? annua a defuncto relicta tertio?
38. An & graviora tributa horibus soluta incendii imminuentis arandi causa? vel impendia in novum aggerem, cum agri diutius a mari fuissent occupati? an viceesimam successionis collateralis; centesimam, ducentesimam &c. ex moribus Hollandiae?
39. An fructuarius pensiones solvas, si testator fundos aut ados in quinquennium conductas habens, usufructum eorum alteri legaverit?
40. Fructuarius ex fructibus non solvat ac alienum defuncti, nec pensionationes, census, alia onera rei fructuariae imposita, quorum dies cesserat vivo testatore.
41. Quam culpam praestet fructuarius? an derelinquendo usufructum, possit se subducere reparationi damni culpa dati?

1. Cum inter iudicia in rem confessoria quoque ac negatoria actio numeretur, necesse fuit, ut exactior praemitteretur discussio servitutum, qua confessoria actionis fundamenta sunt; ac in genere dici possunt iura in re alterius alteri constituta, quibus res alteri quam domino commodum adfert contra dominii naturam. Harum aliae personales sunt, quoties scilicet res persone servit; aliae reales, quoties res servit rei, praedium praedio. Praeter quas aliae non dantur, quibus persona serviret rei: etiam enim ex Papiniani & Modestini responsis testatrix servit libertatem testamento ea potuerit lege dare, ac monumento defuncta alterius nominibus lucernam accendunt, ac solennia nuptiae peragant, vel, ut a monumento non recedant, vel, ut in certa civitate domici-

nam habeam; adeo ut officio quoque iudicis compellendi fuerint iussioni testatoris parere, jam liberi facti, l. Marcia 44. de manumissis testam. l. Titio centum 71. §. Titio centum 2. ff. de condit. et demonstrat. non tamen inde ullum recte elicueris servitutis ius; eo quod servitutum non ea natura est, ut quis quid faciat, sed ut aliquid patiat, aut non agat, l. quotiens 15. §. 1. ff. de servitutibus, cum ex adverso libertis in specie dictarum legum ad factum obligatio imposita invenitur, & judicialis ad illud implendum constructio. Atque insuper ita statuendum foret omne legatum sub modo relictum servitutem in se comprehendere; quod absurdum. Leve vero est, quod de adscriptitiis servis adducitur; quippe qui, etsi gleba addicti, tamen non tam fundo, quam potius fundi domino credantur servire, arg. l. quamadmodum 7. l. agricolarum 18. C. de agricolis et censitis.

2. Personales servitutes precipue tres sunt: ususfructus, usus & habitatio. Quamvis enim haud videatur eundem inficias, quin ex, quæ natura sua reales sunt, ex voluntate constituentium in personales degenerare queant, ut dicitur tit. de servitutibus; tamen, cum hæc tres ita personales sint, ut ne ex conventionne quidem specifica fieri reales possint, ususfructu & usu personam desiderante, cuius ossibus inhereat, & natura habitationis vel juxta sensum communem repugnante, quo minus prædico constitutur, merito etiam sola personalium nomen per excellentiam sortitæ sunt.

3. Ususfructus in genere est jus percipiendi fructus ex aliqua re, sive propria jure domini, sive aliena jure servitutis, ut colligi potest ex l. si cum argentum 21. §. si fundum 3. ff. de except. rei judicata. l. necessario 8. §. ult. ff. de peric. et commodo rei vend. l. si in, qui 11. §. ususfructus 2. ff. de pignor. et hypothec. & a DD. recte in causalem & formalem distinguitur, ut multis docet Castillo Sotomayor de usu cap. 1. Causalem dicunt, quoties jure proprietatis fructus percipiuntur, adeoque ususfructus cum sua causa seu proprietate conjunctus; vel, ut Julianus ait, proprietati mixtus est, l. i. titi 4. ff. de usu. accresc. vel, ut Pomponius, ex eadem causa, ex qua et fundus meus erat, meus est, d. l. 21. §. 3. ff. de except. rei judicata. Qualis ad servitutum genus haud pertinet, eo quod nemini res sua servit, l. uti frui 5. pr. ff. si ususfructus per. Formalem appellant, qui a proprietate separatus est, ac definitur, jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia, l. 1. §. b. 1. Si quis causalis & formalis denominationem velut horridam barbaramque non ferat, is cogit, interpretes juris nostri veteres docendi causa nomina talia rebus in jure nostro. occurrentibus imposuisse, quod hæc ad exponenda animi sui sensa & intelligenda veterum Jurisconsultorum scripta crediderunt aptissima, etsi forte non omnem redolentia elegantiam Latinitatis. Quamquam nec tanta, quantum nonnulli putant, barbaræ in hæc est: etenim inter pretium præsens & formale distinxit Ulpianus, l. in lege falcidia 62. §. 1. ff. ad leg. Falcid. Præsens appellans, cum secundum rei veritatem res aestimatur, adeoque pretium rem comitatur; ita ut inter rem pretiumque cum re collatum, juxta proportio ex communi hominum usu & utilitate præsentem inveniat, ac rem habens pretium intelligatur habere,

dum omni tempore cum publice potest distrahere; nec pluris res valere censetur, quam quanti publice vendi potest; formale, cum non communi, sed ex affectu peculiari & utilitate vel arbitrio singularis personæ definitus; veluti si quis servum suum, simulque filium naturalem, magno aestimet, quod eum, si alius possideret, plurimo fuisset redempturus, d. l. 62. §. 1. junct. l. pretia rerum 63. & l. quod bonis 15. §. ult. ff. eod. tit. Sicut ergo formale pretium a re distinctum prorsus ac separatum erat, nec rei præsens, ita ad exemplum ejus, ususfructum quoque formalem appellari, qui a proprietate separatus est, nec quicquam cum domini jure commune habet, quid quæso vetas? Sed ne ulterius de nomine disputatio protrahatur, vocabulis magis Latinis, magisque rei designandæ aptis hæc denotari facile patiar, si quis ea nobis suggererit: illiberale enim scio de nominibus solis certamen esse, & ut Cicero ait, vitiosum esse, controversiam incendere propter nominum mutationem: dum modo vicissim concedatur, rem ipsam, duplicem scilicet ususfructum Romane jurisprudentiæ auctoribus haud incognitum fuisse, alterum, qui a proprietate separatus est, alterum, qui eandem comitatur; de quo nec dubitare sinunt manifesta adeo juris loca: nam & Paulus in l. si ita 126. §. Titius 1. ff. de verb. obl. tradidit, minus esse in eo ususfructum, quem per se quis promittit (id est separatum a proprietate) quam in eo, qui proprietatem comitatur; & de eo, qui primitus nudum habebat ususfructum, ac postea rei fructuarie proprietatem adeptus fuit, Pomponius proponit, ususfructum peti, qui ex illa causa, ex qua fundus meus erat meus facietur est, priorem alium, alium posteriorem ususfructum esse, quoniam, postquam nactus sum proprietatem fundi, devitavit meus esse prior ususfructus, et jure proprietatis, quasi ex nova causa rursus meus esse capiti, l. si cum argentum 21. §. si fundum 3. ff. de except. rei judic. Quibus similia occurrunt in l. necessario 8. §. ult. ff. de peric. et commod. rei vend. l. si in, qui 11. §. ususfructus 2. ff. de pignor. et hypothec. Firmaturque id ipsum ex eo, quod ususfructus dicitur a proprietate separationem recipere, §. 1. Inst. b. 1. & 12, qui proprietatem habet, non habere separatam utendi fruendi jus, l. uti frui 5. ff. si ususfructus per. quæ sane ususfructus separatio præcedentem involvit ejus cum proprietate conjunctionem. Denique non leve momentum adfert, quod Paulus ususfructum in multis casibus domini partem esse testatur, l. ususfructus 4. ff. b. 1. Quod ut magis manifestum evadat, considerandum, toties ususfructum esse domini partem, vel saltem portionis instar obtinere, ut Papinianus loquitur in l. cum filius 70. §. dominus 2. ff. de legatis 2. quoties cum proprietate conjunctus est: qui enim eundem habet cum proprietate conjunctum, plenum dicitur habere dominium, sic ut, ex quo ad proprietatem ususfructus reversus est, nude proprietatis dominus incipit plenum in re habere potentem, §. ult. Inst. b. 1. cum in fundo 70. ff. de jure dot. plenum autem illud dominium, duabus quasi partibus integranibus, proprietate scilicet & usufructu constare, evincitur aperte ex l. qui ususfructum 58. ff. de verb. oblig. dum is, qui ususfructum fundi stipulatur, delatæ fundum, similis dicitur ei, qui partem fundi stipulatur, deinde totum; quia fundus dari non intelligitur, si ususfructus detrahatur, uti &



ex l. si tibi 6. ff. de usufr. ear. rer. que usu com-  
sum. l. si alii 19. ff. de usu et usufr. legato, l. si  
tibi proprietat. h. ff. de usufr. accret. Atque hinc est,  
quod, ubi reus principalis fundum debet, fidejussor  
recte in usufructum accipitur, in quem accipi non  
potuisset, si usufructus non esset considerandus ut  
dominii promissi pars, l. si a reo 70. ff. si reo a. ff.  
de fidejussor. quodque testator, si primo fundum le-  
gaverit, deinde vel solum postea usufructum adime-  
re, proprietate muda in legato remanente, vel vice  
versa adimere proprietatem, sic ut solus usufructus  
in legato relinquatur, l. fundo 2. pr. et ff. 1. ff. de  
adimend. vel transf. legatis, quod fieri non posset, si  
usufructus & proprietate, tanquam partibus, non con-  
staret plenum dominii jus; cum admi testamentum  
nequeat pro parte vel in totam, nisi quod fuerit prius  
datum. Qua ratione, quia iter fundo debitum, non  
est vel proprietatis vel usufructus pars, sed tantum  
muda praelii qualitas, l. quid aliud 86. ff. de verb.  
signif. etiam fit, ut is, qui usufructum fundi, vel  
neciam ejus proprietatem legat iter adimendo non  
minuat legatum, sed magis nihil agat: l. si quis ita  
5. ff. si loci 6. ff. de adimend. vel transf. legatis.  
Etsi autem usufructus secundum jam dicta domi-  
nii plenam pars sit, fundi tamen pars proprie non est;  
cum fundus corporalis sit, usufructus incorporalis;  
incorporalia vero corporum partes vere nec sint nec  
esse possint: quo Papinianus respexisse videtur, dum  
ait, usufructum in jure, non in parte consistere, l. Ma-  
vius 66. ff. de penult. ff. de legatis 2. & usufructum por-  
tionis instar obtinere, l. cum filius 76. ff. de dominiis  
2. ff. de legatis 2. Ac proinde, quod Ulpianus scrip-  
sit, eum, qui fundum stipulatus est, usufructum  
accepto ferendo nihil agere, quasi usufructus non  
esset fundi pars, l. et per jurandum 13. ff. illud  
certum 2. ff. de acceptis. non tam videtur natura-  
li aequitatis ratione, quam potius juris civilis sub-  
tilitate, que in acceptatione, juri civili originem  
debente, spectatur, ne scilicet rei alterius pars ac-  
cepto ferri possit, quam que nominatim deducta est  
in stipulationem; d. h. 13. ff. 2. junct. l. nisi conser-  
vior 14. de acceptis. proponitur autem in d. lege  
promissus nominatim fundus, non iuncti dominium  
fundi; quippe quod magis intellectu juris, quam ver-  
bis, in fundi promissione inclusum continetur; ideo-  
que cum usufructus deducti in stipulationem fundi  
pars non esset, etsi maxime dominii pars sit, per ac-  
ceptationem usufructus non poterat sublata pro  
parte videri obligatio ad fundum, cujus fundi pars  
non erat usufructus accepto latus, Donellus com-  
ment. jur. civil. lib. 9. cap. 9. circa med. Contra, si  
usufructus a proprietate separationem receperit, non  
dominii pars, sed servitutis est; id est, seorsum con-  
sideratur ut jus servitutis; quod jurius ceteris in-  
re, addecque & juri dominii, oppositum est. Quo fun-  
damento totum fundum recte dicimus nostrum esse,  
etiam cum usufructus alienus est, l. recte dicimus  
26. ff. de verb. signif. nec quasi plus petendo pec-  
care quis censetur, qui simpliciter fundum petit, cum  
ei deducto usufructu, sola fundi proprietate veniret  
præstanda, ff. si cui fundus 9. Instit. de legatis.

4. Neque inanis aut supervacua hæc de duplici  
usufructu, ex jure nostro jam adstruendo, disputatio  
est: sed in ipsis causarum decisionibus, insignem a-  
liquando utilitatem præbet; inter cetera, statuto po-

sito, quo tantum, ne conjuges ultima voluntate ul-  
tra bonorum suorum usufructum, & eum quidem  
non nisi reciprocum, sibi invicem gratificentur, uti  
id dicat jus Ultrajectinum tit. 22. art. 24. Si enim  
markus non nisi sita in solo Ultrajectino immobili  
habeat, uxoris omnia vel pleraque immobilia in Hol-  
landia sint, recte maritus uxori usufructum immobi-  
lium legaverit, uxor marito plenam Hollandicorum  
proprietary: eum enim usufructus etiam sit, qui  
cum proprietate conjunctus est, in statutum impinge-  
re non videntur conjuges, modo superiore sibi mu-  
tuo gratificantes: sed usufructum reciprocum  
secundum legis Ultrajectinæ dispositionem reli-  
quisse dicendi sunt; quorum gratificatio nullo ju-  
re defendi posset, si nullus usufructus cum proprie-  
tate conjunctus daretur. Nec leve pro hac sententia  
argumentum in eo est, quod, ut jus accrescendi lo-  
cum habet inter duos, quibus simul ejusdem rei usuf-  
ructus relictus est; ita quoque locum inter eos ha-  
bere non desinit, ubi alter eorum proprietatem ade-  
ptus est, seu apud eum usufructus consolidatus, te-  
ste Ulpiano in l. idem Neratius 3. ff. ult. ff. de usu-  
fr. accrescendo. Si enim reciprocorum maneat jus ac-  
crescendi, licet alter insuper proprietatem nactus sit,  
quidni & reciprocus valeat usufructus legatus, licet  
alteri insuper proprietatem, lege situs immobilitum non  
refragante, acquirantur?

5. Constituitur usufructus, quatenus servitus est,  
non tantum pure, sed & sub conditione, l. fundus  
4. ff. si usufr. par. vel ex certo die, vel ad certum  
diem, vel ad conditionem vel annis alternis, l. et  
pato 16. ff. usufructus 3. ff. famul. ercisc. l. usufr-  
fructus in multis 4. ff. b. s. l. cum usufructus 15.  
ff. de usu et usufr. legato. l. ambiguitatem 12. C. b.  
s. adeo ut die vel conditione pendente, ex quo usuf-  
ructus datus est, proprietario interim fructus & emol-  
umenta cedant, arg. l. et post 12. ff. ult. ff. famul.  
erciscunda. Qua ratione, si quis uxori suæ usufruc-  
tum villæ aut rerum suarum legaverit in quinquen-  
nium a die mortis, addideritque, eundem usufruc-  
tum vel etiam plenam rei fructuaria dominium,  
quinquennio lapsa, cessaturum Marito, uxore intra  
quinquennium moriente, Maritus tamen non nisi de-  
curso pleno quinque annorum spatio ad usufructum  
admittendus est, utilitate mediæ temporis heredi, tan-  
quam proprietario, ex jure dominii obvidente, l.  
uxori 56. ff. de usu et usufr. legato, junct. d. l. et  
post hanc 12. ff. ult. ff. famul. ercisc. & arg. l. si  
tibi usufructus 8. ff. usufr. quemad. caveat. nisi  
ex circumstantiis alia colligi possit voluntas tes-  
tatoris. Vide Castillo Sotomayor de usufructu  
cap. 62. n. 7. et 1099. Si tamen fundus, usufructu  
detracto, pure Titio legatus sit, & ejusdem fundi  
usufructus Sempronio sub conditione, interim cum  
proprietate usufructus erit, non heredit sed proprie-  
tatis legatario profuturus, ut ita ei proinde condi-  
tionis suspensio, cui etiam plenarius conditionis de-  
fectus prodesset. Licet enim placeat, tunc, cum de-  
tracto usufructu fundus legatur, apud heredem usuf-  
ructum esse; tamen, ubi paterfamilias detracto usuf-  
ructu fundum legat, & alii usufructum sub con-  
ditione, non hoc agere creditur, ut apud heredem  
usufructus remaneat; quippe qui in ea facit speciem  
interdum neque ex jure dominii fructus suos facere  
potest, quia dominus non est, proprietate alteri pu-

re legata; neque jure servitutis, quia verbis testamenti nullum ei reservatum aut datum apparet separatum utendi fruendique jus, *l. fundus detracto 4. ff. si usufruct. pot. Ant. Fabre rational. ad d. l. 4. ff. si usufr. pot. Gomezii variar. resolut. tom. 2. cap. 11. n. 34. vers. tertio. Idemque statuendum, si proprietas uni pure & recte legata sit, alteri usufructus, sed inutiliter ac contra leges: sive enim conditionis defectus impediatur & infirmetur usufructus legatum, sive infirmatio ex ipsa legis dispositione contingat, constat utique, naturali ratione usumfructum in dubio proprietatem comitari, adeoque proprietario cedere oportere, quoties alteri jure servitutis datus non est, aut (quod eodem redit) inutiliter datus: nec heredem, cui testamentum non apparet legatus, ullum sibi posse arrogare usumfructum, ex suo capite suaeque morte aut vita metiendum, praeter testatoris intentionem.*

6. Acquiritur haec servitus variis modis, ac primo quidem ipsa legis dispositione; quod accidit in conjugum ad nuptias secundas transeunte, cui, dum admittitur ex juris dispositione proprietates relictorum a conjugum praefuncto, prioris thori liberis applicanda, usufructus solus a lege conservatur *l. familia 3. l. generaliter 5. & auth. sub iuncta C. de secund. nup. Idemque est, si post conjugis obitum mulier castitatem non servaverit, arg. nov. 39. secundum 2. Sed & uxori inopi & indotatae datus a lege usufructus, partis quidem quartae bonorum mariti defuncti, si liberi pauciores quam quatuor existant; virilis vero, si quatuor pluresve, *novell. 117. cap. quia vero 5. Patri quoque in adventitiiis filiis familias, nisi ea conditione filios, quid datum aut relictum sit, ne patri in eo usufructus acquiratur, novell. 117. cap. 1. vel filius. sibi relictus acceptaverit, cum pater nollet in acquisitionem consentire, l. fin. C. de bonis qua liberis, aut fratri germano una cum patre successerit ab intestato, *novell. 118. cap. 2. vel filiofamilias filiaeve quid a Principe vel Augusto donatum sit, l. pen. C. de bonis qua liberis. De his latius Castillo Sotomayor de usufructu cap. 3. An autem, & quo usque nostris mulieribus parentes in adventitiiis liberorum bonis usumfructum habeant, dicitur plenius tit. de peculio.***

7. Praescriptio etiam longi temporis usumfructum acquiri obtinuit, *l. fin. in fine, C. de longi temp. praescript. prolixè Galvanus de usufructu cap. 12. uti & officio iudicis in iudiciis divisoriiis familiaribus eriscunde & communi dividundo, si iudex alii proprietatem adjudicaverit, alii usumfructum, dum aliter commodior institui non potest communium divisio, l. usufructus pluribus 6. §. 1. ff. b. r. l. si quis putans 6. §. officio 10. ff. comm. divid. l. & puto 16. §. Julianus 1. ff. famil. erisc. Finge enim, adjudicationibus expediti familia eriscunde iudicium, & plures esse res uni, quam alteri adjudicatas; absurdum utique non fuerit, eum, cujus pars major est, ad id damnari, patiatur certo annorum spatio coheredem frui rebus quibusdam, non ei coheredi, sed sibi, adjudicatis; ut ita fructuum perceptione suppleatur, quanto minus fuit in portione ejus, cui pars minor ex adjudicato obvenit. Quod & haud obscure indicare velle videtur Ulpianus, dum ait, usumfructum & ex certo tempore & ad certum tempus, & alternis annis posse adjudicari, *l. & pu-**

*to 16. §. usufructus 2. ff. famil. erisc. cum alioquin adjudicationum non temporarius sed perpetuus effectus sit, arg. §. ult. Instit. de offic. iudicis, Ulpianus in fragm. tit. 19. §. adjudicatione 16. Partitionibus insuper atque stipulationibus, quasi traditione ad eas concurrente, §. 1. Instit. b. r. l. omnium 3. ff. b. r. junct. l. obligationum 3. ff. de obligat. & act. l. traditionibus 20. C. de pactis. Confer Castillo Sotomayor de usufructu cap. 10. & 12. Ultima denique voluntate, d. §. 1. Instit. b. r. d. l. 3. ff. b. r. quo casu quasi traditio necessaria non est, ut ipsum jus servitutis nascatur; cum ea legatorum natura sit, ut ex fictione juris recta via ab eo, qui legavit, ad eum, cui legata, transferatur, *l. a Titio 64. in fine ff. de furtis, nisi secundum antiqui juris observationem damnationis legato usufructus relictus fuisset; tunc enim inductione in fundum fructuarium, vel usu atque patientia, aliove simili quasi traditionis modo, opus erat; & de hujusmodi legato agi l. omnium 3. ff. b. r.**

8. Quod si Titio fundum testator legaverit, Mevio ejusdem fundi usumfructum, utrumque ad usumfructum concurrere, proprietatem soli Titio cedere, Romanis placuit; *l. si tibi decem 6. ff. de usufr. ear. ver. qua usu consum. l. si tibi 4. ff. de usufr. accresc. l. si alii 19. ff. de usu & usufr. legato, l. 1. §. si decem 17. ff. ut legat. seu fideic. serv. causa cap. eo quod testator Titio fundum legans, & proprietatem & usumfructum in solidum credebatur reliquisse; sed cum deinde Mevio quoque fundi ejusdem usumfructum daret, Titius & Mevius coperunt usufructus intuitu rei conjungi; ac proinde necesse fuit, ut, utroque ad usufructus legatum concurrente, inter eos scinderetur, quod conjunctim datum erat, §. si eadem res 8. Instit. de legatis. Notandum interim, in d. l. 19. ff. de usu & usufr. leg. superfluum esse in formula testatoris ibi proposita, atque adeo delendam particulam vel, legendumque, Titio fundum detractio usufructu lego, Mevio ejusdem fundi usumfructum heres dabo. Sed quia haec juris civilis dispositio magis verborum atque syllabarum in testamento dictatarum aucupii inbitur, naturali autem ratione potentior esse debet mens, quam vox dicentis, *l. Labeo 7. §. ult. ff. de supell. legata, & uti in legibus, ita quoque in testamentis (quae pro lege servanda) ab ea interpretatione abstinendum est, quae voluntati disponentis fraudem facit, l. contra legem 29. & 30. ff. de legibus, magis est, ut, sprete hac nimis scrupulosa ratiocinii subtilitate, moribus nostris talem non admittamus in usufructu concursum, sed uni proprietatem nudam, alteri usumfructum ex aere adjudicemus; ita suadente simpliciore ac populari loquendi usu, quo alteri fundum, alteri usumfructum ejusdem fundi testator dat; praesertim si quis ulterius consideret, ipsos jurisconsultos Romanos haud dissimulasse, decisionem suam hac in parte mero niti disputationis acumine ac summo quodam jure, re ipsa incurrere in probabilem defuncti mentem; dum Modestinus in d. l. 19. ff. de usu & usufr. legato, subiungit, ita decisum esse, quia intendum plus valet scriptura, quam peractum sit; id est, ut opinor, efficaciora interdum sunt verba & vox, quam mens dicentis, contra regulam propositam in d. l. 7. §. ult. ff. de supell. leg. Ita post alios allegatos Groe-**

newegen ad d. l. 19. Hugo Grotius *manud. ad Jurisprud. Holl. lib. 2. cap. 39. num. 12.* Leeuwen *cons. for. part. 1. lib. 5. cap. 8. num. 8. 9.*

9. Dubium autem non uno in casu est, utrum usufructus tantum legatus credatur, an vero plenum domini jus. Quid enim, si domus certa ac suis designata confinibus situque, ad inhabitationem aut ad fruendum legata sit, aut fundus ad alimentum? non usufructus, sed magis plena proprietate legata videbitur, l. 4. l. 1. *pen. §. qui fratris 1. ff. de alimentis. vel cibis. legatis*, nisi subiecta inveniatur clausula, *quandiu vivit*, aliae similis, de quo plenius vide *in de usu & habit. in fine*. Sed &, si usufructus inveniatur legatus, sive rei singularis sive totius hereditatis, cum onere restituendi rem aut hereditatem tertio post obitum legatarii, proprietatem magis cum onere fideicommissi, quam usufructum in dubio dari, credendum est: neque enim ratio patitur, ut solus usufructus legatario restitutionis onus imponatur; quippe qui morte sua sic ipso jure jus omne usufructus amittit, ut nihil ultra, quod restituitur, supersit. Firmaturque hæc opinio legum verbis satis manifestis, puta l. ult. ff. de usufr. *eor. rer. quæ usu consum. l. species 15. ff. de auro, arg. mundo &c. legatis, l. filios heredes 39. ff. de usu & usufr. legatis*, atque insuper arg. a contrario, ex l. qui fructus 25. ff. de usu & usufr. legato, nam si nullum fideicommissum maritus induxisse censeatur, cum uxori prædiorum fructus reliquisset, & addidisset, se velle, ut post mortem ejus prædia cum redditibus ad heredes suos redirent, imperitia lapsus, dum ignorabat evanescere morte uxoria fruendi jus, d. l. 25. ergo ex opposito, si formulam talem ex certa adjoecit scientia testator, proprietatis legatum cum onere fideicommissi inde profluere, respondendum est, Fachineus *controv. lib. 5. cap. 46.* Sande *decis. fir. lib. 5. tit. 1. defin. 2.* Hugo Grotius *manud. ad Jurisprud. Holl. lib. 2. cap. 20. n. ult.* Castillo Sotomayor *de usufruct. cap. 30. num. 20. & seqq.* Carpovius *defin. forens. part. 6. consil. 13. defin. 10. Responsa Jurispr. Holl. part. 6. consil. 285. in fine, & part. 3. vol. 2. consil. 538. (rovera) 233. n. 29. dissent. Menochius de præsump. lib. 4. præf. 133. num. 7. & alii ibidem allegati.*

10. Adhæc si uxori vel alteri cuicumque datus sit usufructus rei, addita alienationis prohibitione, vel ædium usufructus sit legatus, addita clausula, si legatarius heredi promittat, se altius eas ædes non elaturum, vel aliud quid, quod servitutem continet, passurum (ex formula legis *Froculus 19. ff. b. r.*) non alia, quam proprietatis plenæ legatæ, adeoque usufructus causalis dari, conjectura capi potest; cum talis adjectio alienationis prohibet in solum cadere possit proprietarium, usufructuario satis ex jure communi alienare impedito; & servitutis impositio non per alium fieri possit, quam per rei dominum, adeo ut ne socius quidem invito socio eandem rei possit communi imponere, l. unus 2. ff. de servitut. l. ult. in fin. ff. commun. prædior. tam urb. quam rustic. Utroque certe in casu, adjectio facta continet dominici juris diminutionem; nam & alienationis prohibitio minuit liberum rei arbitrium jure communi dominis concessum, & servitutis imponendæ necessitas facit, ut minus plenum habeat dominum, qui servitutem imponit; ut accurate ratio-

Voss ad Pandect. Tom. II.

cinatur Hugo Grotius *manud. ad Jurisprud. Holl. lib. 2. cap. 33.* Privatio autem præsupponit habitum, ut vulgo loquuntur, nec adimi potest jus domini, vel diminui ei, qui illud non habet. Nec ludere verbis voluisse testator præsumendus est, sed magis id dedisse, quod clausula adjecta involvit ex sensu communi & juris necessitate, argumento legum in præcedente questione allegatarum. Magis sane in dubio hæc mihi aridet voluntatis & clausulæ additæ interpretatio, quam ut cum Fachineo *lib. 5. controuv. cap. 43. & 44.* Pinello ad l. 1. C. de bonis maternis *part. 3. n. 41. 42.* aliisque, existimem, clausulam subjunctam ex earum numero habendam esse, quæ non necessariae sunt, dum tacite insunt legatis, sed a testatore inseruntur, cautela abundante. Etenim, quod vulgo dicitur, superflua non nocere, tunc locum invenit, cum nulla in adjectis efficacia, vis nulla deprehendi potest extra id, quod & sine tali adjectione obtineret: sed si ex adjectis alia probabilis conjectura voluntatis capi possit, & legitimo juris ratiocinio elici, non est, cur ad extremum illud, abundantem cautelam non nocere, recurramus. Neque in contrarium facit, quod in l. 1. C. de bonis maternis patri tantum datus fuit usufructus in maternis liberorum bonis, & tamen etiam addita alienationis prohibitio. Etenim primo quidem illo in casu alienationis interdictionem inferri utile fuit, quia ante illam Constantini legem pater non usufructum tantum, sed plenum bonorum maternorum, tanquam peculii filiorumfamilias adventitii, dominium habebat, & alienandi facultatem; quæ proinde nominatim ista lege adimenda fuit, ut tanto clarior esset atque manifestior juris mutatio, & diminutio juris ac potestatis paternæ in res liberorum. Sed & secundo, penitus intuenti legem nulla apparebit alienationis prohibitio patris intuitu expresse proposita, cum Imperator contentus fuerit, dixisse, ita res maternas in parentum potestate esse oportere, ut *utendi fruendi duntaxat habeant in diem viia facultatem, dominio videlicet earum ad liberos perijuncte*: de cetero mentio alienationis prohibita non de patribus concepta fuit, nec ad eos directa, sed ad creditores, & emtores, ut discant cautius mercari, præsupposita secundum jus communem negatione facultatis alienandi, ait enim, *ita ut, si quando rem alienare voluerim, emtor vel is, cui res donatur, observet; ne unquam partem earum rerum, quas alienari prohibitum est, sciens accipiat, vel ignorans: quia nullam poterit præscriptionem opponere filiis quandocumque rem suam vindicantibus*. Longe minus supradictis adversatur, quod testator usufructum legans, & adimens alienandi facultatem, aut servitutis alicujus impositionem ac patientiam legatario injungens, ea facit, quæ legatario usufructus jus diminuant, ac restringunt legatarii potestatem circa id, quod legatum est; absurdum vero sit, verba testatoris contra legatarium scripta pro legatario sic interpretari, ut plus habeat vi talis adjectionis, (proprietatem scilicet) quam habiturus fuisset, si simpliciter usufructum testator dedisset, nulla in legatarii præjudicium subjuncta verborum conceptione, præter manifestam adeo defuncti mentem. Non, inquam, hæc turbare debent, cum principium petant, & pro fundamento substantiant id ipsum, quod in questione est: supponunt

enim, eam fuisse testatoris intentionem, ut nil præter usufructum legaret; de quo, an nempe nil præter usufructum legare voluisse credendus sit, disputatur. Ac proinde regeri facile possit, absurdum ex adverso esse, ut contra testatoris mentem, quæ ex alienationis prohibitione, & jussu de servitute rei imponenda, in solos rei dominos cadente, satis apparet, imò necessario colligitur, legatario jus proprietatis denegetur. Confer Menochium de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 133. n. 1. & 3. Poëthum de testam. conjug. lib. 3. cap. 14. Responsa JCor. Holl. part. 3. v. 2. consil. 339. (revera 238.) n. 29. Andr. Gayl. lib. 2. observ. 143. n. 7. Castillo Sotomayor de usufructu cap. 30. n. 25. & seqq.

II. Quod si ex adverso usufructus legatur cum alienandi potestate; videndum, an simpliciter & absolute, an vero tantum urgente necessitate & indigentia, adeoque viri boni arbitratu, alienatio a testatore permittatur: nam si plena, nullisque restricta conditionibus, alienandi facultas concessa apparet, dubitari vix potest, quin simul cum usufructu proprietatis data censeri debeat, cum onere fideicommissi; atque adeo talis dispositio testatoris perinde habenda sit, ac si eum, cui ita usufructus datus est, rogasset restituere quicquid post mortem rogati supererit ex testatoris rogantis re. Cui consequens est, ut & dodrantem absumere alienando possit, de solo quadrante restituendo teneatur cavere; restitutus tamen & ea, quæ supra quadrantem tempore mortis apparuerit superesse, juxta nov. 106. Constat sane, consistere simul non posse nudum jus usufructus, a proprietate separati, cum alienandi potestate, solis dominis de jure permittitur, ac requirente dominium, quod alienandum transferatur, *l. nemo p'us juris* 54. ff. de reg. jur. Si vero alienatio demum urgente necessitate atque indigentia viri boni arbitratu concessa sit, magis est, ut nudum ac proprie dictum usufructum eo modo dicamus relictum, proprietatis autem legatum, quod ætali alienationi permittitur inclusum videri posset, non purum, sed conditionale esse, si scilicet necessitas deinceps subesse incipiat; nec ad res alias extendi, quam ad eas, quæ necessitate urgente, adeoque conditione proprietatis legatz existente re ipsa alienatz sunt, inminente in rebus ceteris nudo usufructus jure, quod ab initio pure simpliciterque datum erat, idque ob defectum conditionis, in necessitate ac indigentia consistentis, sine qua, ut non competebat alienandi facultas, ita nec prærequisitum ad alienationem faciendam proprietatis jus. Atque ita sentiunt Neostadium Curia Holl. decr. 20. Pinellus ad l. 1. C. de bonis maternis part. 5. num. 43. in med. vers. tandem adverso, Jacob. Coren consil. 15. num. 5. & seqq. & observat. 10. versu, refert missum, pag. mibi 44. & seqq. Caspovius diffin. 11. Leetwen cons. 79. part. 1. lib. 2. cap. 15. num. 17. 18. Confer Sande decr. Friis. lib. 5. tit. 3. defin. 4. Castillo Sotomayor de usufructu cap. 30. Menochium de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 133. num. 4. & seqq. Responsa JCor. Holl. part. 4. consil. 185. & part. 5. consil. 39. Si tamen ab initio testator non dixerit, se usufructum, sed se bona Titio relinquere, etsi postea addiderit, ea a Titio, quamdiu vixerit, possidenda esse, Titiumque aut nullo modo, aut non nisi necessitate urgente licentiam alienandi habiturum, clausula illa prohibita alienatio-

nis, aut licentia alienandi in casu necessitatis, non impedit, quo minus proprietates legata censeatur; quippe quæ ab initio data (dum bona relinquebantur) videri non potest adempta ex eo, quod alienandi potestas vel adimitur postea vel restringitur, neque etiam ex clausula porridendi quamdiu vivit, aut simili: non enim inter hæc pugna est, aliquem dominum esse, & tamen alienandi potestate destitui, utque etiam temporariam tantum, quamdiu vivit, dominium habere; utpote quod utrumque in rebus ex fideicommissis post mortem gravati restituendis quotidianum est; adeoque erraveris, si ex hujusmodi adjectionibus aliud colligeris, quam fideicommissi onus, & post mortem honorati restituendi necessitatem, *l. vlt. ff. de usufr. var. rer. que uti censentur*, arg. *l. 4. ff. de alim. vel cibor. legatit.*, *l. filius heredes* 39. ff. de usu & usufr. legato, Responsa JCor. Holl. part. 1. cons. 6. & 133.

12. Quod si testator Titium in omnium bonorum suorum usufructu heredem instituerit, vel omnium bonorum usufructum ei legaverit, & adjecerit, ut post Titii obitum institueret Mævium heredem, tantum abest, ut tunc sub usufructu dato proprietates quoque Titio concessa intelligatur, cum onere fideicommissi, Mævio præstandi, ut potius, si subtiliter Romani juris disputationem sequaris, dicendum fuerit, ipso jure inutilem esse usufructus concessionem. Etenim si usufructum Titio relictum concipias legati titulo, inepta defuncti liberalitas est, cum legatum ab herede præstandum sit, §. 1. Instit. de legatit, ideoque vis omnis legati dependeat ab hereditatis additione, sine qua nullus heres fit; additio vero a Mævio non nisi post Titii fructuarii mortem fieri possit, secundum manifestam institutionis formulam testamento expressam. Cui consequens est, ut legatum tale non alio sit loco habendum, quam si usufructus Titio, cum morietur, concessus esset, atque ita collatus in id tempus, quo a persona discedere incipit; quod derisorium esse patet ex *l. Titio, cum morietur* 51. ff. de leg. 2. Rursus, si usufructum institutionis jure Titio datum ponas, exitum sortiri nequit defuncti dispositio; eo quod in usufructu scriptus heres Titius non nisi in re certa institutus dici potest: qualis non heredis sed legatarii jure censetur, quoties ei additus invenitur coheres sine re, *l. quotiens* 13. C. de hered. instituendis, quod ipsam in nostra est facti specie, dum Mævius ex usse post Titii mortem ad hereditatem vocatus proponitur: ac proinde iterum ex superiore fundamento subsistere nequit usufructus concessus; quippe qui, tanquam re ipsa tantum legatus, per heredem Mævium, post Titii demum fata adire valentem, præstandus est; & sic denuo inutiliter in id tempus collatus, quo a persona discedere incipit, *l. 1. ff. de leg. 2.* Sed cum suprema defunctorum iudicia, quantum fieri poterit, explicare oporteat, ut magis valeant quam pereant, *l. quotiens* 2. ff. de rebus dubiis, ac in testamentis non modo ambigue, sed & perpèram scripta, benigne accipienda sint secundum id, quod credibile est cogitatum fuisse, *l. cum in testamento* 24. ff. de rebus dubiis, rellas dixerimus, testatorem, dum voluit usufructum præstari, voluisse quoque, ut aliquis pure heres esset, qui usufructus legatum præstet; cum is, qui vult consequens, etiam censeatur velle antecedens, sine quo consequens esse nequit, per jura vulgata; adeo-

que satis apte, ac secundum probabilem testatoris voluntatem verba testamenti, quibus Mævium post Titii fructuarii mortem instituit, interpretatur sumus, si tempus mortis Titii dicamus adjectum institutioni Mævii non additionis moranda gratia, sed tantum perceptionis fructuum differendæ causa, atque ita non ad jus adeundi, sed ad efficaciam emolumentum pertinere; ne scilicet heres Mævius usufructum habeat, quamdiu Titius superstes est; & ut tanto magis enixa apparet defuncti voluntas, Titium, quamdiu vivit, ab herede Mævio non debere in usufructu turbari, Andr. lib. 2. ob. serv. 145. Grassus recept. sentent. lib. 1. §. legatum quasi. 23. num. 2. Mantica de conjec. ult. volunt. lib. 4. tit. 5. num. 23. 24. & avic. 3. & 1099. Covarruvias variar. resolut. lib. 2. cap. 2. num. 5. Jac. Corneo consil. 15. num. 1. 2. Ant. Faber. Cod. lib. 6. tit. 18. definit. 7. Fachineus contrav. lib. 4. cap. 18. Responsa J. Cor. Holl. part. 3. vol. 2. consil. 161. & 191. Præsertim, cum novum in jure nostro non sit, ut ea, quæ ex verborum conceptione continere videbantur dispositionem conditionalem, ex probabilis tamen voluntate testatoris quantum ad effectus juris pro pure relictis habeantur; & non tam obligationis aut juris concessi suspendendi gratia, quam potius moranda tantum solutionis causa intelligantur talem diem adiunctum habere, de quo incertum est, an vivo honorato existurus sit (qualis dies conditionis loco est, l. heres meus 79. §. heres meus 1. ff. de condit. & demonstrat.). Sic enim ab Alexandra Imp. rescriptum invenitur, ex his verbis, *de, lego Ælia Severina filia mea, & Secunda decem, quæ legata accipere debet cum ad legitimum statum pervenerit*; non conditionem fideicommissi vel legato insertam, sed petitionem in tempus legitimæ ætatis dilatam videt, & ideo, si Ælia Severina filia testatoris, cui legatum relictum est, die legati cedente, vita functa est, eam ad heredem suum actionem transmississe; scilicet, ut eo tempore solutio fiat, quo Severina, si rebus humanis subtrahita non fuisset, vigesimum quintam ætatis annum impleisset, l. pen. C. quando dies legat. cedat. Similique modo, cum testator alumno centum dari voluisset, eamque pecuniam ad alium transferri; ut in annum vicissimum quintum trientem usuras ejus summa perciperet alumnus, ac post eam ætatem sortem ipsam; responsum fuit, intra vicissimum quintum annum defuncto alumno, transmissum esse ad heredem ejus fideicommissum, nam certam ætatem sortis solvenda præstituta videri, non pure fideicommissi valida conditionem insertam, l. Firmio Heliodoro 26. §. 1. ff. quando dies legat. cedat.

15. Usus tamen atque utilitas controversia hujus, utrum nempe usufructus relictus intelligi debeat, an magis proprietas cum onere fideicommissi, in eo consistit, quod quando nudus usufructus apparet datus, proprietas statim a morte testatoris acquisita censetur iis, qui tunc defuncto proximi sunt, vel quos juris universi successores supremo suo designavit elogio, adeo ut, etiam si durante usufructu moriantur, proprietatem tamen & spem consolidationis ad heredem transmittant. Quod non ita est, ubi plena proprietas cum onere fideicommissi, seu restitutionis post obitum fiduciarii faciendæ, relicta creditur: neque enim spem fideicommissi fideicom-

missarius, vivo fiduciario decedens, ad heredem transmittit, sed restitutio illis fit, qui moriente fiduciario in vivis sunt; & si nulli ex his, quibus restitutio faciendæ erat, tunc amplius supersint, fiduciarius ab onere fideicommissi liberatus intelligitur, non inveniens cui reddat, resque ut libera alienare deinceps potest, aut pleno domini jure ad suos proprios transmittere: heredes, arg. l. 4. ff. de aliment. vel cibor. legatis, l. si in personam 21. C. de fideicom. l. unic. §. si autem 7. C. de caducis tollendis junct. l. 1. §. dies autem 2. l. heres meus 79. §. heres meus 1. ff. de condit. & demonstrat. l. si cum heres 4. l. 5. ff. quando dies legat. cedat. Fachineus contrav. lib. 5. cap. 46. in fine, Andr. Gayl. lib. 2. observ. 143. num. 6. Grotius manud. ad jurispr. Holl. lib. 2. cap. 47. num. 1. 2. 3. Responsa J. Cor. Holl. land. part. 1. consil. 75. Leeuwen cens. for. part. 1. lib. 3. cap. 8. num. 31. Sed & secundo, si usufructus simpliciter ad certum tempus legatus sit, velut in quinquennium, & anno forte secundo moriatur fructuarius, protinus usufructus, utpote morte extinctus, ad proprietatem reverti debet, nec temporis residui commodum heredibus fructuarii acquiritur, ut dicitur latius tit. 4. Sed si usufructus in quinquennium legatus, rogatus sit fructuarius post quinquennium restituere alteri rem fructuariam, nequitiam ante quinquennium decursum restitutio faciendæ est, etiamsi fructuarius anno secundo mori contigerit; sed is potius, tanquam fiduciarius fideicommissi post tempus gravatus, rem & emolumentum percipiendi jus in heredem transmittit, donec, quinquennium integrum spatium elapsum fuerit, l. uxori usufructum 35. ff. de usu & usufr. legato, Wissenbach ad Pand. vol. 2. disput. 4. tit. 11. Quibus non est contrarium responsum Scavolæ in l. a filia petis. 62. §. 1. ad Senat. consulti. Trabelh. cum aliam prorsus speciem contineat, nec restitutio pecuniæ in annum vicissimum, sed in tempus mortis legatarii concepta sit; hoc uno in annum vicissimum collato, ut nempe Sempronius pecuniam in illud tempus haberet, creditam sub certis usuris legatario præstandis, secundum evidentia verba.

16. Constituitur usufructus in omnis generis rebus, quæ commerciis hominum exemptæ non sunt, & usui non consumantur; adeo ut in bonis quoque feudalibus eum constitui, nihil veter: si modo secundum Hollandiam usus feudales vasallus, usufructum feudi legaturus testandi licentiam a domino impetraverit; & usufructuarius dein ab eodem juris fructuarii confirmationem. Vide Motabele poinsem van Leenen art. 7. & 13. ac ibi subjunctam duplicem formulam confirmationis, quæ est antepen. & penultima, pag. mibi 49. 50. Nec refert, utrum utilitatem adferre possint fructuarius, nec ne; cum & in numismatibus & in statu et imaginibus usufructus consistat; imo & in prædiis & rebus aliis, quarum ea conditio est, ut magis in eas impendatur, quam ex iis acquiratur, l. numismatum 23. l. status 41. pr. & §. 1. ff. b. t. l. arbitri 12. §. de illo 3. l. si infanti 55. ff. b. t. Confer Galvanum de usufructu cap. 31. Nec tantum rerum singulariarum, sed & omnium bonorum usufructus concedi potest, l. uxori mea 57. ff. de usu & usufruct. legato, l. omnium bonorum 29. l. quotiens 34. §. ult. ff. b. t. Castillo Sotomayor de usufruct. cap. 33. ut tamen cavendum

ut, ne legitima certis personis debite fraus fiat, novell. 18. cap. prohibemus 3. l. quoniam in prioribus 52. Cod. de inoff. testam. adde l. de inoff. testam. neve ususfructus excedat dodrantis aestimationem, adeoque quarta Falcidia heredi in proprietate instituto salva sit, d. l. omnium 29. ff. b. r. junct. l. computationi 63. ff. ad legem Falcid. neve incurrat in dispositionem legis hac edictali 6. C. de secundis nuptiis, dum aestimatio ususfructus, conjugii secundo relicti, excederet filialem liberorum primi patrimonii portionem: computatione & aestimatione ususfructus instituta ex praescripto d. l. computationi 63. ff. ad leg. Falcid. Sander docet. Frisic. lib. 2. tit. 3. defin. 4. Pechius de testament. conjug. lib. 2. cap. 18. n. 4. Somenen de jure novercar. cap. 9. num. 1. & cap. 11. sect. 3. num. 1. Wissenbach ad Pand. b. r. vol. x. disp. 19. num. 6. in fine Rodenburch: de jure conjugum tit. 2. cap. 4. num. 18. pag. 266. Responsa Juris. Holland. part. 1. consil. 41. quart. 2. & part. 5. consil. 163. quart. 4. Adde tit. de ritu nupt. num. 120.

15. Ceterum sub omnium bonorum usufructu, immobilium mobiliumque & mancipiorum & supellectilis & calendarii ususfructus continetur, l. usori mea 37. ff. de usu & usufr. legato, & fungibilibus omnium, vide tit. 5. in pr. Census etiam annuus, Castillo Sotomayor de usufructu cap. 41. Nec interest, quo tempore bona testatori acquisita fuerint, utrum ante an post conditum testamentum, si modo mortis tempore ad testatorem pertineat: uti enim diminutio bonorum post testamentum conditum contingens diminueret fructuarii emolumenta, ita quoque argumentum eorumdem commoda fructuario adferre, rationis est, arg. l. secundum naturam 10. ff. de reg. juris. Hocque facit, quod sub hypotheca omnium bonorum futura quoque comprehensa intelliguntur, l. ult. Cod. qua res pign. dari poss. quodque legatarius partarius quotam consequitur bonorum, considerata quantitate, qua mortis tempore invenitur: neque causa apparet, cur hac in parte legatarium ususfructus bonorum separaremus ab eo, cui quota bonorum data, ubi de inspicienda bonorum quantitate quaestio est. Constat denique, toties quoties legata est rerum universitas sub nomine colectivo universitatem denotante, non ea tantum legatario deberi, quae facti testamenti tempore in ea inveniebantur rerum universitas, sed & omnia, quibus postea usque ad testatoris obitum universitas rerum aucta fuit quemadmodum diminutio vicissim legatario nocuisset; uti id in peculio, grege, domo ex coherentibus lapidibus constante, aliisque similibus rerum universitatibus legatis manifestum est, §. si grex legatus 18. 19. 20. Instit. de legatis, l. denique 8. §. ult. ff. de peculio legato: unde & universitatem peculii, velut unum corpus, & ad instar hominis, nasci, crescere, decrescere, mori eleganter, a Papirio Frontone dictum fuit, l. peculium nascitur 40. ff. de peculio. Ac pro hac opinione stant Menochius de praesumpt. 127. num. 2. Ant. Thesaurus docet. 163. Ant. Matthaeus select. disput. 8. ad l. ult. C. qua res pignori dari, Wissenbach. ad Pand. vol. 2. disput. 4. ib. 10. in fine. Neque ratione satis firma dissentit Castillo Sotomayor de usufructu cap. 43. Quod enim ait, veste legata vel argento legato, ea tantum contineri, quae testamenti facti tempore testatoris erant, l.

si ita esset 7. l. ult. pr. ff. de auro, argento mundo &c. legatis, id ita placuit, quia non fuit in casibus istarum legum legata certa rerum universitas incrementa ac decrements accipiens, sed potius certa corpora vestium aut argenti, quae testator in dicta quidem lege septima demonstravit, per adjectionem vocabuli meum; quippe demonstratione, meum, praesens non futurum tempus ostendi, Jurisconsultus ibidem monet: in lege vero ultima per adjectionem viatorii, id est, argenti talis, quo in itinere & legatione usus fuerat; quod absoluto itinere viatorum, ab usu dictum, esse desiderat, & simpliciter sub argenti genere deinceps continebatur: ex quo argenti genere rursus novus delectus fit, ubi iterum nova legatio aut iter suscipitur, nec legationis secunda argentum viatorum dici potest idem cum priore, sed velut de novo fit viatorum, ac de novo nascitur ex patrifamilias delectu ac destinatione. Porro si forte testator, nudam habens rerum quarundam proprietatem, universalem ususfructum legaverit, magis est ut & spem ususfructus, aliquando obventuri, credatur reliquisse, adeoque ad fructuarium etiam rerum hujusmodi ususfructus post consolidationem pervenire debeat, sive vivo testatore, sive eo demum mortuo prior ususfructus apud alium existens extinctus sit ac cum proprietate consolidatus, nisi contrarium lege municipali cautum inveniat, de quo vide Christinzum ad Leg. Moeblium. tit. 10. art. 27. Neque enim dubium, quin nuda proprietatis dominus ususfructum recte leget, legatario tunc acquirendum, cum proprietati accesserit, sive id vivo sive mortuo testatore contigerit, sive ante sive post aditam hereditatem, l. si dominus 72. ff. b. r. Licet enim nemo plus juris in alium transferre queat, quam ipse habet; jure tamen singulari hic id receptum est, ut quod nostrum non est, in alios transferamus, dum fundum habentes, alteri tamen ususfructum cedimus, observante id Paulo in libro singulari de jure singulari l. quod nostrum 63. ff. b. r. Ne dicam, jus illud, quod suo die ad proprietatem reverti potest, ipsius esse proprietarii si non re, saltem certa spe: qui & ideo illud alteri legat aut cedit ex eo tempore, quo proprietati accessurum est; quae ratione, si proprietati nuda in dotem data ususfructus deinde accesserit, responsum fuit, dotem aliam non videri, sed dotis incrementum, quemadmodum, si quid alluvione accessisset, l. si proprietati 4. ff. de jure dot. Nec ulla probabilis ambigendi ratio est, quo minus hanc ipsam dicamus fuisse testatoris voluntatem, ut talium quoque rerum ususfructus legatario obveniret; quippe qui, dum rerum seu bonorum omnium suorum mentionem fecit, adeoque nihil exclusit vel excepit, non potest non videri de his quoque cogitasse, quae ad ipsum nudae proprietatis jure spectabant: in quantum ea quoque res tota nostra dicitur, cujus ususfructus alienus est, l. restitue dicimus 25. ff. de v. sig. ita post Chassanzum ad cons. Burg. rub. 4. §. 6. in verbis, in mediato n. 34. Christinzum ad Leg. Moeblium. 2. 16. art. 23. in addit. vera maritus, Rodenburch de jure conjugum 2. a. r. 4. n. 41.

16. Sed & amplius, et tabellionem concipiamus, alteri bonorum suorum legasse ususfructum; sub bonis etiam emolumentum, quod ex memoriali ipsius scriptura post ejus obitum quandoque redigetur, con-

prehensum censeri debet, sive illud salarium sit, quod jam fuerat defuncto debitum, sive ex exemplo- rum transcriptione, post mortem demum tabellionis petita ac facienda, lucellum aliquod successori spectetur (quo modo & argentarios olim suas quandoque legasse rationes, Paulus indigitat, *l. quadam* 9. §. 1. ff. de edendo) Adeoque ut liberum fructuario sit pecunis ita exactis in suum uti compendium, aut ex iisdem saniori collocatis usuras suas facere; dummodo sors ipsa, quæ exacta est, usufructu finito reddatur heredi; cum non possit fructuum numero videri venire, sed magis lapidibus ex fundo fructuario easis ac non renascentibus assimilanda sit, quales non cedere fructuario iure proprietatis, postea dicitur, Sande dicit. *Frutic. lib. 5. tit. 3. definit. 2. in med. Thomingius decis. 12. num. 11. Costalius ad l. 7. §. si vir in fundo ff. soluto matrim.* Castillo Sotomaj. *de usufr. c. 36. n. 38. & seq. Ant. Mattheus de seroit. dir. 3. n. 6. dissentit Petrus Barbosa ad l. divorcio 8. §. si vir ff. soluto matr. n. 37. & 40.*

17. Si tamen uni testator omnium bonorum usufructum legaverit, Maxio domum, aut aliam rem singularem, vix est, ut usufructuario cedat usufructus rei singularis, alteri legatæ, sed potius pleno iure Maxio statim acquireretur domus dominium, nisi ex circumstantiis alia colligi posset mens testatoris. Cum enim domum fundumve legans, non nudam proprietatem, sed & simul usufructum legasse intelligatur, arg. *l. si alius fundum* 19. ff. de usu & usufr. legat. si tibi 6. ff. de usufr. ear. rer. qua usu consum. consequens est, ut usufructum rei singularis legatæ credendus sit ex misse usufructui omnium bonorum generaliter relicto; atque ita secundum axioma vulgatum per speciale fundi legatum derogasse generali usufructus concessioni, *l. in toto iure* 80. ff. de reg. jur. sive præcesserit generalis dispositio sive subsecuta sit, arg. *l. quotiens* 10. C. famil. erit. Neque hic admittenda eorum opinio, qui putant, inter usufructuarium universalem & rei singularis legatarium, quasi re conjunctos in rei singularis legatæ usufructu, scindi oportere rei singularis usufructum, convenienter dispositioni *d. l. si alius fundum* 19. ff. de usu & usufr. leg. quam sententiam tueretur Ant. Faber. *Cod. lib. 6. tit. 18. definit. 3. Mantica de conjec. ult. volunt. lib. 9. tit. 6. num. 21. 22. 23. Gratianus discept. for. cap. 350.* Nam, ut taleam moribus hodiernis non amplius servari id quod *d. l. 19.* cautum est, ut dictum num. 8. considerandum inasper, illic de duobus agi, quorum uni fundus, alteri ejusdem fundi usufructus datus est; adeoque de casu quo utrique in eadem re singulari jus a testatore legatum; cum ex adverso in ea hic versetur facti specie, qua uni universaliter omnium bonorum usufructus, alteri rei singularis simpliciter relicta est; inter quos nullam esse conjunctionem ratione usufructus, ob quam ille inter eosdem scindetur, colligi potest ex §. 2. *Inst. de usufruct.* ubi cum testator heredem institueret, & Titio vel nudam legasset certæ rei proprietatem, vel nudum certæ rei usufructum, nihil ex eo, quod legatum est, legatario decedit, aut apud heredem quasi conjunctum ex concursa remanet; etsi institutionis titulo plenam ab initio jus in rebus hereditariis heredi concessum sit, unde deinceps quadam deliberatio facta

fuit, legati datione, *l. legatum est deliberatio* 116. ff. de legatis 1. Gomezius var. resolut. tom. 2. cap. 25. num. 5. in med. Peckius de testam. conjug. lib. 5. cap. 24. num. 1. Costalius ad l. 3. ff. de usufr. accrescendo, num. 12. & seqq. Leeuwen cons. for. pars. 1. lib. 3. cap. 8. n. 8. & 9. Vide Castillo Sotomayor de usufr. cap. 47.

18. Feudalium insuper rerum usufructum non cedere usufructuario omnium bonorum, verius est; nisi specialiter feudorum quoque mentio inveniat, & a domino directo sit impetrata de illis testandi licentia; cum ex scriptis feudorum consuetudinibus testamentaria nulla de feudis dispositio subsistere queat, *lib. 1. feud. tit. 8. in pr. & lib. 2. tit. 9. §. donare* 1. & hodiernis passim moribus invaluerit, non nisi ex speciali venia directi domini a testatore vivo impetrata, ullum valere supremum de feudis elogium, Peckius de testam. conjug. lib. 5. cap. 25. Leeuwen cons. forens. d. part. 1. lib. 3. c. 8. nu. 7. Responsa Jctor. Holland. part. 2. consil. 204. Grassus recept. sent. §. legatum quasi. 26. Eoque facit quod a pragmaticis traditum, omnibus quoque bonis in dotem datis, feudalialia in dubio apud nos non censeri comprehensa, de quo latius tit. de jure dot.

19. Nec aliud statuendum in rebus illis, quas testator, omnium bonorum usufructum legans, possedit ut fiduciarius, quarumque restitutio ei per fideicommissum imposita est: sive res fideicommissariæ ad ipsum heredem testatoris, usufructum legantis pervenire debeant, sive ad extraneum. Cum enim a ris alieni loco fideicommissum sit, etiam tunc, cum ipsi instituto heredi debetur, *l. irritum* 8. C. ad leg. Falcid. necesse est, ut etiam prius patrimonio decedat, antequam ullum jus usufructus arrogare sibi possit, qui omnium bonorum usufructu honoratus est, *l. ult. ff. de usu & usufr. legato, l. usufructum* 69. ff. ad leg. Falcid. Maxime, cum constet, ea demum bona dici, quæ deducto ere alieno supersunt, *subsignatum* 39. §. 1. ff. de verb. signif. ac in dubio quisque non de re aliena sed sua legasse credendus sit, arg. *l. verbis legis* 120. ff. de verb. signif. possessa autem a defuncto fideicommissaria res incipiat aliena esse eo tempore, quo ex fideicommissio restituenda venit, adeoque eodem illo mortis momento, quo & fiduciarii testamentum roboratum fuit, coepitque jus universale usufructus ex eo firmitatem habere, *l. ult. §. sin autem* 3. Cod. commun. de legat. tit. Unde & ille, qui vendit vel relinquit alteri rem, ad quam restituendam ex fideicommissio obligatus est, non de suo sed alieno creditur reliquisse, ac non suum, sed alienum distraxisse, *d. l. ult. §. sed quia* 2. Cod. commun. de legat. tit. *l. unum ex familia* 67. §. sit Falcidia 1. in fine ff. de legatis 2. Quibus addi potest argumentum ex *l. generali* 32. §. uxori 2. ff. de usu & usufr. legato, quemadmodum enim legato usufructu domum, & omnium rerum quæ in his domibus sunt, non creduntur ea contineri, quæ mercis causa parata in ædibus inveniuntur, *d. l. 32. §. 2.* non alia, ut opidor, de causa, quam quæ merces venales ita testatoris factæ sunt, ut iterum ab eo sint abitura: ita quoque, quia bona fideicommissio obnoxia sic coeperunt fiduciarii propria esse ut existente conditione rursus ab eo discessura sint, ea sub onerum bonorum usufructu in



dubio non comprehendisse testatorem, præsumendum est. Arque ita sentiunt Peckius de *testam. conjug. lib. 5. cap. 23. n. 2.* Peregrinus de *fideicommissis art. 6. num. 9. & seqq.* Grassus *recept. sent. §. legatum q. 27.* Castillo Sotomayor de *usufr. cap. 39. n. 14. & seqq.* aliique cit. ab Abr. a Wessel ad *nov. constit. Ultraject. art. 6. n. 3.* Nec quicquam hisce adversatur, quod nonnulli existimantes, tunc, cum ad ipsam hæredem a fiduciario institutum res ex causa fideicommissi pervenire debent, sub usufructu bonorum omnium, earundem quoque utilitatem contineri ac fructuario oportere acquiri, ajunt, inferuntque, bona hæredis nequaquam differre a bonis defuncti quantum ad facultatem de hisce disponendi, & defunctum de omnibus suis bonis disponentem etiam disposuisse de bonis hæredis, eandem cum defuncto personam constituentis; heredem autem vi additionis semet obligasse, ut ratam habeat defuncti voluntatem; quo modo ratiocinatur Sande *decis. Frisic. lib. 4. tit. 4. defun. g. &* plures ab eo citati; non attendentes, ita principium peti, & assumi profundamento id ipsum, quod in questione est. Versatur enim in casu, quo verba testatoris nullam ususfructus in rebus fideicommissariis, hæredi restituendis, mentionem habent, ideoque quaritur, quid magis in dubio præsumendum sit; nec quid potuerit testator, sed quid voluisse credendus sit, discutitur. De cetero nulli, jurisprudentia nostræ principia recte consideranti, dubium esse potest, quin testator, si velit, non modo de suis, sed & de hæredis, quin & extranei prorsus rebus, disponere possit, sive ipsas possederit cum onere fideicommissi, sive nulum ipse jus unquam habuerit in illis quasitum, sic ut hæres tali stare teneatur voluntati, si adeundam putet hæreditatem, & vel rem præstare, si possit, vel æstimationem ejus, §. *non solum 4. Instit. de legat. l. cum pater 77. §. cum pater 7. & §. Titio 31. ff. de legat. 2.* Cui consentaneum est, ut longe magis possit expressa voluntate id cavere, ut sub omnium bonorum usufructu, etiam rerum ex fideicommissis vel hæredi vel extraneo restituendarum utilitas fructuario acquiratur, Mantica de *conject. ult. volunt. lib. 9. tit. 6. num. 8. in pr.* Si tamen statuto cautum fuerit, ne conjuges sibi invicem inter vivos aut ultima voluntate gratificentur, nisi usufructu tenus, tantum abest, ut sub omnium bonorum usufructu, quem conjugi conjux reliquit, res quoque, ex fideicommissis restituendæ hæredi vel extraneo, comprehensæ præsumerentur; ut potius, si certiores sequamur rationem, ne expressa quidem conjugalium usufructum legantis voluntate id effici queat: neque enim in obscuro est, hac ratione ehihi eludique posse statuti vim, illis potissimum in casibus, quibus conjux extra opulentam hæreditatem, ex fideicommissis restituendam, exigui patrimonii arbitrat modorator est. Constat utique, rei alienæ neque dominium neque usufructum directo legari posse, sic ut nullum jus in re nasceretur legatario; sed tantum obligari hæredem, ut rem redimat, ac dein redemptæ proprietatem vel usufructum juxta defuncti voluntatem præster; aut deficiente redimendi facultate, æstimationem ejus, d. §. 4. *Instit. de legat. l. non dubium 14. §. ult. ff. de legat. 3.* Probaturum insuper, rei fideicommissariam, quantum ad fiduciarium & substantiam ejus attinet, alienam esse eo

tempore, quo fiduciarius decedebat, atque ita fideicommissi conditio incipiebat existere. Quibus positis, inficias iri nequit, quin plus, quam bonorum suorum usufructum conjugi leget, qui rerum ex fideicommissis restituendarum usufructum sub bonorum suorum usufructu legato contineri disposuit, & ita hæredem obligare voluit ad minuendam proprietatem rerum, quarum solus usufructus hæredi debebat ob auctoritatem statuti decedere: naturali quippe ratione expeditum est, tunc effectu inspecto tantum detrahi atque diminui de proprietate, quantum est in onere isto præstandi usufructum in rebus ex fideicommissis post fiduciarii obitum restituendis. Ita post Rodenburch de *jure conjugum tit. 2. cap. 4. num. 22.* Abrah. a Wessel ad *novell. constit. Ultraject. art. 5. n. 5.* Quod ergo recentiore statuto Ultrajectino, seu novella decisione anni 1659. art. 5. cautum invenitur, reciprocam usufructum inter conjuges relictum etiam ad bona fideicommissaria extendi, sive illa ipsi hæredi, sive extraneo restituenda forent, nisi auctor fideicommissi expresse talem prohibuisset usufructus constitutionem, & non hæredi per fiduciarium instituto, sed extraneo restitutio facienda esset; id non tam ex propria usufructus legati denominatione descendit, quam potius ex eo, quod legislator Ultrajectinus illam ante coarctatam, & ad nudum usufructum restrictam reciprocam inter conjuges gratificationis licentiam, mutare voluit, & hactenus etiam proprietatis intuitu liberalitatem conjugalem firmare; imo talem usufructui legato sensum atque interpretationem tribuere, extra eam, quæ vocis isti aliæ propria ac genuina est. Unde, si non conjugi, sed alteri usufructus relictus sit, ne in Ultrajectino quidem solo fideicommissaria bona comprehendere crediderim; cum deficiente a jure communi ac consueto juridicoque vocabulorum usu statuta strictam recipere debeant interpretationem, & velut jus singulare contra juris rationem introductum, nequaquam ad consequentias sint producenda, arg. l. *quod vero contra 15. ff. de legibus.*

20. Usufructus constituit generalis effectus est, quod proprietarius, eo durante, nihil agere possit in præjudicium fructuarii, nec rei fructuarie mutare formam, ut usufructus impediretur, aut moveretur. Vide Andr. Gayl. *lib. 2. observo. 67.* Castillo Sotomayor de *usufructu. cap. 34.* Hinc licet prædio fructuario servitutem acquirere possit, quia sic melior fructuarii conditio redditur, tamen acquisitionem amittere non potest; nec consentiente fructuario servitutem imponere prædio fructuario, nisi qua deterior fructuarii conditio non fiat, veluti si vicino concesserit, jus sibi non esse altius tollendi ades fructuarie, l. *sed si quid 15. §. ul. l. 16. ff. b. i.* aut nihil de mortuo inferendo agatur, favore religionis, l. *hocum 17. ff. b. i.* Ratio autem, cur proprietarius ne ex consensu quidem fructuarii servitutem prædio fructuario imponere poterit, hæc fuisse videtur; quod nemo servitutem imponere possit, nisi qui plene jure dominus est, adeoque juris dominici in prædio servituro diminuendi facultatem habet, ne aliquid illis noceat, quibus in prædio servituro jus est, cui consequens erat, nec nudo proprietario illam servitutis imponendæ potestatem potuisse asserti, quoties ea fructuario damnosa foret. Et quamvis ple-

rumque id obtineat, ut quisque, atque ita etiam fructuarii, juri suo efficaciter renunciare possit; tamen in nostro casu fructuarii consensus conferre nihil potuit ad id, ut valide proprietarius servitutem imponat fructuario nocturam; eo quod fructuarius ipse nullam servitutis prædii fructuario imponende facultatem habet, dum servitutis impositio alienationis species est, fructuario denegata; nemo autem consentire alienanti cum effectu potest, qui ipse alienandi potestate destitutus est, *l. cum quis possit* 165. ff. de reg. juris. Plane, si fructuarius vel fundi totius vel partis saltem illius, qua servitus itineris, actus, viæ, aqueductus, exercenda erit, usufructum derelinquere ac proprietario cedere velit, negari non potest, quin tunc proprietarius, ut plenus glebarum servitutarum dominus, servitutem recte impositurus sit. Non desunt interim, quibus emendatione facta visum fuit, ita verba finalia d. l. 15. accipienda esse, ut sensus sit, non consentiente fructuario non posse servitutem imponi per proprietarium; inter quos est Pinellus ad l. 1. C. de bonis maternis part. 2. n. 74. Sed vix est, ut correctionem talem patiatur coherens legi decimæ quintæ lex decima septima, in qua id velut singulare adnotatum, posse proprietarium consentiente fructuario locum religiosum facere, *favore religionis*, atque ita prædii fructuario imponere necessariam sepulchro servitutem aditus, ambitus, circuitus, funeris faciendi causa, siue quibus loci religiosi usus non est, arg. l. citatur 5. ff. de sepulchro violato, qualis favor religionis nihil efficere, si vulgo, ac ex jure communi, proprietario liberum esset ex consensu fructuarii constituere servitutem. Vide varie sentientes apud Castillo Sotomayor de usufructu cap. 35. Galvanum de usufr. cap. 35. Ceterum moribus hodiernis magis placuit, insuper habita Romani juris subtilitate, proprietarium ex consensu fructuarii habere servitutis imponendæ jus, quasi fructuarius tantum videatur suo juri per consensum renunciante eatenus, quatenus incommodum ex servitute passurus est. Groenewegen & Brunneemannus ad d. l. 15. ff. b. r. Firmatque hanc sententiam, quod proprietarius generaliter, non obstante usufructu, jus suum dominii exercere potest, quatenus fructuarii jus non leditur: nam & vendere rei fructuariæ proprietatem, & legare, & donare potest, *l. neque usufructus* 19. ff. quib. mod. usufr. amitt. arg. §. si cui fundus 9. Inst. de legatis, l. non quocumque 8a. §. fundus 2. ff. de legat. 1. l. ult. ff. si cui plus quam per leg. Falcid. lic. leg. esse dic. l. verbis testamenti 2. C. de usufructu, l. omnes 3. §. ult. ff. usufr. quemadmod. caveat, l. fundi Ebutiani 38. ff. de usu & usufr. leg. Andr. Gayl. lib. 2. obervo. 155. n. 4. Castillo Sotomayor de usufructu cap. 34. n. 8. & seqq. etiam proprietatis usurpationem pati, locum 17. §. proprietarius 2. ff. b. r. subinde & ea facere, quæ per consequentiam videntur ad fructuarii spectare læsionem; veluti servum jure dominicæ potestatis plenissime coercere seu castigare, d. l. l. cum 17. §. 1. ff. b. r. eundem ex delicto noxæ dare, sic ut usufructuario inde denegetur usufructus persecutio, quamvis litis estimationem non offert ei, qui noxæ accepit, d. l. 17. §. 2. ff. b. r.

et. Contra vero omnem fere utilitatem percipere potest, & suam facere fructuarius, tum ex re fru-

ctuaris, tum ex accessionibus ejus. Quod ut manifestius appareat, per species rerum mobiliore in libet. Adhuc itaque usufructu constituto, non dubium, quin instrumentis adium fructuarius uti cum ædibus possit, *l. sed si quid* 15. §. proprietatis 6. ff. b. r. nec non servitutibus, quæ adibus fructuariis constitutæ sunt. Imo, etsi constitutæ non fuerint, tales tamen sint, sine quibus omnino uti non potest fructuarius, hæres eandem præstare cogendus est, veluti luminum, si lumina desint. Plane, si cum aliquo incommodo utatur, sed utendi potestas non in totum impedita sit, nihil horum fructuario præstare heres compellitur, *l. si is, qui binas* 3a. ff. b. r. l. 1. §. uk. ff. si usufr. poi. Sed & amplius usufructuario adium permittendum uti hortis illis atque stabulis, qui, quæve in continentibus sunt ædificiis, & in commodioris habitationis usum parari solent; cum dubium non sit, quin horti tales atque stabula adium accessiones sint; adeo ut licet horti olitorii, & stabula, quæ non in continentibus sunt ædificiis, nec adium partes ceaseantur esse, nec urbanis, sed rusticis magis prædiis annumerentur, urbanis tamen velut ædificiorum partes accenseantur horti habitationis amenioris gratia ædibus juncti, atque illa quoque stabula, quæ in continentibus ædificiis posita inveniuntur ad stabulanda inhabitantium jumenta, carpentis pensilibus aut alteri simili urbano vtrorum aut feminarum delicatiorum usui destinata, arg. l. eo jure 4. §. 1. ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacite contrahitur, l. urbana prædia 19. ff. de verbis. signifi. Et si, legata adium proprietate, hortus quoque legatus intelligatur, quem testator domus causa comparavit, ut ameniorem domum ac salubriorem possideret, & in quem aditum per domum habuit, tanquam adium additamentum, *l. prædii* 91. §. qui domum 5. ff. de legatis 3. ratio non apparet, cur non & usufructu durante, fructuarius sequeretur usus ejus. Neque ejus contrarium est in Scævola response, *l. ali. ff. de servit. præd. urban.* dum vult, eum, cui adium habitatio legata est, debere pati, ut hæres per domum transeat ad hortum juxta domum eandem positum, per quem domum semper testatori ad hortum editus fuerat; cui consequens erat, ut horti usus in habitationis legato non fuerit comprehensus. Etentim alia questio est, utrum sub adium usufructu legato hortorum quoque talium usufructus in dubio contineatur, de quo nobis nunc sermo est; alia, utrum tunc, cum constat, solam adium habitationem legatam esse, horti vero adjacentis usum non esse datum, habitator transitum ad hortum pati teneatur, quod unum a Scævola in d. l. ult. definitur, ac affirmatur; quippe qui exhibens in principio facti speciem, non dubitanter inquiri, sed ponit ac præmittit, habitationem Olympie legatam esse, quoad viveret, hortum autem & conaculum juxta eandem domum non esse legatum, adeoque exceptum, secundum manifestam testatoris voluntatem, eoqueposito, de transitu jure disputationem orditur. Vid. Mantica de conjectur. ult. volunt. lib. 9. tit. 2. n. 38. Tyraquelus de jure primogenitura quest. 73. Responsa Otter. Holland. part. 5. consil. 229. n. 1. Cavere interim debet adium fructuarius, ne qua deteriore faciat causam proprietatis, aut ipsam commutet adium formam: ac præinde, licet lumina immittare queat,

& colores, & picturas, & marmora, & sigilla, & si quid aliud ad domus ornatum pertineat, apponere, ac generaliter excolere illud, quod invenit, qualitate ædium non immutata, *l. usufructu 7. §. ult. l. si cuius 13. §. sed si ædium 7. ff. b. t.* tamen neque dictas transformare, vel conjungere, aut separare ei permittitur; vel aditus posticasque vertere; vel refugia aperire; vel altius mutare; vel viridaria ad alium modum convertere; vel altius ædes tollere, aut lumina obstruere, aut meritoria in domo facere, aut per cœnacula domum dividere; sed neque balneum ibi facere, nec id, quod usibus dominicis in intima domus parte vacare solebat, elocare, ut publice lavet; nec domum ad jumentorum stationem, aut stabulum ad pistrini usum transferre, aut alteri concedere, *l. si cuius vel 13. §. sed si ædium 7. & 8. ff. b. t.* nec ampliare domum, nec inutilia detrahere, licet meliora repositurus; & ideo nec novum tectorium parietibus, qui rudes fuissent, imponere, etiam meliorem ita reddat domini conditione; n; aliud est enim tueri ea, quæ accepit (quod jure suo potest & debet) aliud nova facere, *l. usufructu 7. §. ult. in fin. & l. 8. l. usufructuarius novum 44. ff. b. t.* Denique nec ædificium, quod a defuncto inchoatum erat, consummare, etiamsi eo loco aliter uti non posset; cum ne usufructus quidem illius partis, quæ usui apta non est, videatur constitutus: nisi in constituendo vel legando usufructu specialiter adjectum sit, ut hæc aliasque similia facere liceat, *l. usufructuarius novum 61. ff. b. t.* Confer Castillo Sotomayor de usufructu cap. 33. Quod si fructuarius quædam non jure inædificaverit, postea ea neque tollere neque rehgere ei permittitur, sed tantum refixa vindicandi potestas est, *l. sed si quid 15. pr. ff. b. t.* quemadmodum nec proprietario hæredi licet villam, quam in fundo fructuario posuit, invito fructuario demolire, *l. heres in fundo 12. ff. de usu. & usufr. legato.*

22. Fundi vel horrei usufructu concesso, etiam eodem modo, ac in ædibus, servitutum rusticarum usus fructuario competit; usque adeo, ut & de novo per hæredem fructuario parandæ sint aut constituendæ servitutes illæ sine quibus uti frui non posset, dum forte nullus ad fundum fructuarium aditus est; quo casu vel iter vel actum vel viam præstabit heres, prout usufructus perceptio vel viam desiderat, vel itinere potest contenta esse, *l. 1. §. 1. 2. 3. ff. si usufruct. pet.* Adhæc instrumentorum usus fructuario cedit, *d. l. sed si quid 15. §. proprietatis 6. l. item si fundi 9. §. ult. ff. b. t.* sub quibus agri instrumentis etiam seminarium in fundo contineri, responsum est; sic ut ei & vendere ex seminario & seminare liceat, dummodo conferendi agri causa seminarium paratum semper renovet, ut, finito usufructu, domino restituatur, *d. l. item si fundi 9. §. seminarii 6. ff. b. t.* Quin & usufructu agri legato, in cuius parte arundinetum, aut salicetum, aut sylva palaris vel cædua est (quæ scilicet juxta *l. silva 30. ff. de verb. signif.* succisa rursus ea stirpibus atque radicibus renascitur) recte fructuarius arundines, salices, palos, & ligna viri boni arbitrato non cedere modo, sed & vendere tanquam fructum potest; cum hæc omnia in fructu sint, *d. l. 1. §. ult. l. si arborie 48. §. 1. l. arbores 59. §. ult. ff. b. t. junct. l. qui fundum 40. §.*

*cum fundum 4. ff. de contrab. emt.* Aliter, quam obtineret, si non in eo agro, cuius usufructus constitutus est, hæc crescerent, sed in vicino, unde tamen in fundum fructuarium paterfamilias palo vel salice vel arundine uti solebat; tunc enim usufructuario permissum censetur hæc in agri fructuarii commodum ea cadere, & cassi uti, ne tamen vendat, *d. l. 9. §. ult. ff. b. t.* Quemadmodum & ex sylva non cædua, quæ in ipsius agri fructuarii parte invenitur, in vineæ usum ac necessariam villæ refectonem succidere, atque sumere potest, quatenus fundum non facit deteriorem. Hic quamvis neque arbores grandiores cadere queat, neque arborum talium violentia tempestatis extirpatarum, sed tantum demortuarum, proprietatem sibi arrogare, ne, si totus ager sit hunc casum passus, omnes arbores auferret fructuarius; tamen ex evulsis vel ventorum dejectis usque ad usum aum & villæ recte feret, *l. ex silva 10. l. 11. l. 12. l. agri usufructu 18. ff. b. t. arg. l. fructus 7. §. si fundum 12. ff. soluto matrimo. ac de cetero proprietarium coget, ut reliquas tollat, si usufructui videantur obesse, l. Proculus 19. §. 1. ff. b. t.* Erroneumque est, quod a Christinao ad *Leg. Mecklin. tit. 15. art. 4. n. 6.* & Sim. van Leeuwen *cons. for. part. 1. lib. 2. cap. 15. n. 9.* scriptum reperitur, arborum vento dejectarum æque ac demortuarum proprietatem fructuario cadere, si alias supplantet; cum id & manifesta lege, & ratione naturali in *d. lege 12.* proposita refellatur, atque insuper Paulo displicuerit, fructuarium ad id adigi, ut in locum earum, quæ tempestate dejectæ, alias supplantet, *l. arbores 59. ff. b. t.* Sane, si non usufructus agri, in cuius parte sylva aut arbores grandiores inveniuntur, sed nominatim sylva, legatus sit, aut etiam omnium bonorum usufructu dato, sylva in bonis inveniat, vix est, ut tamen stricte aut concessionis inter vivos, aut defunctorum voluntates interpretemur, quin fructuario indulgendum sit ex sylva cadere & vendere ligna talia, quæ modico temporis spatio renasci solent, atque adeo non aliter, quam tanquam ligna cædua considerari possunt, grandioribus arboribus ultra necessariam ramentorum succisionem intactis. Cum enim a Pomponio traditum, ac ab Hadriano rescriptum fuerit, in *l. Diour 22. ff. de usu & habit. usu sylvæ legato, fructum quoque videri legatum, quia, nisi liceret legatarii cadere sylvam & vendere, quemadmodum fructuarii licet, nihil habituri essent ex illo legato*, manifeste denotatur, usufructu sylvæ dato, cædendi jus haud fuisse denegandum, Pinellus ad *l. 1. C. de bonis maternis part. 2. n. 59.* Quid? quod nec iniquum fuerit, per sylvæ usufructuarium etiam quotannis aut certis annorum interstitiis arbores quasdam grandiores cædi ac vendi, novellis substitutis, quoties id regionis & patrumfamilias circumcolectum fert consuetudo; quippe quam, uti in aliis tum legatis tum conventionibus, ita & in utendi fruendi jure concesso, fruendique modo, servare oportet; usu hominum determinante, quid istoc in loco pro fructu habendum sit; eo modo, quo in instructo vel instrumento legato ex more regionis in dubio colligendum est, quid instrumenti variat appellatione, cum de *lanionis 18. §. item cacabor 3. in fine ff. de instruct. vel instrum. legato.* Deiciente autem tali more re-

gionis, sola patrisfamilias usufructum concedentis consuetudo in cædendo statis temporibus certo arborum grandiorum numero, nullum fructuario tribuere posset cædendi jus; cum usufructarius boni viri arbitratu ac tanquam bonus paterfamilias ex præscripto legum frui debeat, *l. item si fundi 9. pr. ff. b. r. l. 1. ff. usufr. quemadmod. caveat*, nec fructus licentiam ex concedentis facto matri; qui forte malo more rebus propriis ad perditionem abusus fuit, aut non eo, quo potuit modo, ac boni patrisfamilias exemplo, utilitatem ex suis quæsitivis rebus, arg. *l. item si fundi 9. §. ult. in fine, l. si pendentes 27. §. si serui 2. ff. b. r. Castillo Sotomayor de usufr. cap. 22. Rodenburch de iure conjugum tit. 2. cap. 4. n. 35.* Nullo quoque modo datum fructuario fuit, arbores frugiferas excidere cum detrimento proprietarii; non magis, quam villam diruere: nec vice versa, si voluptuarium fuerit prædium, viridaria, vel gestationes, vel deambulationes arboribus infructuosas opacas atque æmonas habens, easdem deicere, ut forte hortos olitorios faciat, aut aliud quid, quod ad reditum spectat, *l. si cuius rei 15. §. fructuarius 4. ff. b. r.* Adde Castillo Sotomayor de usufructu cap. 25.

23. Quod si auctus alluvione fuerit ager, alluvionis quoque usufructus ad fructuarium pertinebit: secus, quam est in insula, juxta fundum in flumine nata, utpote quæ, velut separatus seu proprius fundus, pleno jure domino proprietatis acquiritur: adeoque, ubi latitat incrementum, etiam usufructus augetur; ubi autem apparet separatam, fructuario non accedit, *d. l. 9. §. huius vicinus 4. ff. b. r.* (etsi de alluvione idem, quod de insula, Pauli placuerit recepte. *sentent. lib. 5. tit. 6. §. 22.*) Aucupiorum quoque ac venationum piscationumque redditum ad fructuarium pertinet, Cassius Ulpianus ac Paulus consentiunt, *d. l. 9. §. aucupiorum 5. ff. b. r. Paulus recepte. sent. d. lib. 3. tit. 6. §. 22.* si modo fundi fructus ex venatione constet, *l. venationem 26. ff. de usuris.* Tunc autem aucupiorum venationum atque piscationum redditum de jure Romano fuisse crediderim, cum vivarium aut piscina erat in fundo fructuario, cui animalia ac pisces includi solebant, ac eo ipso a fundi domino dicebantur possideri, *l. possideri autem 3. §. item feras bestias 14. & 15. ff. de acquir. vel amitti. posses.* cui similia columbaria in fundo fructuario, unde evolare columbæ ac redire solent, *l. item si fundi 9. §. 1. ff. b. r. junct. l. Pomponius 8. §. 1. ff. famil. ercisc.* denique etiam, si plantationibus, fossis alioque apparatu ad anates aut aves alias pellicendas ac capiendas fundus fructuarius instructus sit. Uti enim his in casibus fructuarius ex usufructus constituiti jure, piscandi in piscinis potestatem habebat, & excendi feras seu venandi licentiam in vivariis, aut aucupandi ex columbariis, vel in locis aucupio peculiariter comparatis instructisque, dummodo in vivariis ac columbariis eundem numerum per singula ferarum genera aut volatilium, finito usufructu, domino proprietatis assignet qui fuerat tempore coepti usufructus, *l. usufructuarius 62. §. 1. ff. b. r.* sic & jus illud alteri elocare certa mercede quin potuerit, dubium non est, *l. arboribus 12. §. usufruct. 2. ff. b. r.* atque ita redditus venationis in fructu erat. Extra hunc casum venationem in fructu non

Voss ad Pandect. Tom. II.

fuisse, Julianus ait *d. l. venationem 26. ff. de usuris*, nec immerito; cum omnibus de jure Romano patuerit piscandi ac venandi jus, *§. feras igitur 12. & seqq. Inde rer. divis. l. injuriarum 13. §. ult. l. 14. ff. de injuriis.* Ut tamen haud sit eundem inficias, separatim fuisse venationis intuitu fructuarium ab aliis, nullum jus in re in fundo habentibus: nam cum alii a domino proprietatis prohiberi potuerint, ne fundum ingrediantur venandi causa, *2. §. 12. fructuarius ex adverso probe*, ac jure suo, in saltibus ac montibus fructuariis venari potuit, a domino nequaquam arcendus, *l. usufructuarius 62. ff. b. r.* Vide Castillo Sotomayor de usufructu cap. 36. n. 26. 27. 28.

24. Metalla autem & cretam, & arenam & lapides quod attinet, ita jus est, ut etiam cedant usufructuario fundi; non tamen omnia, nec modo eodem: aut enim jam ruta vel cæsa erant eo tempore, quo primitus nascebatur jus usufructus; aut contra. Si jam tum ruta atque cæsa ex fundo fuerint, nullum omnino jus usufructuario fundi in istis quæsitum videri potest, etiamsi nondum ex fundo aut fodiniseducta sint: cum eo ipso, quo a solo separata sunt cædendo aut eruendo, desierint pars soli esse, ac ne emtori quidem fundi cedere debeant, sed magis ad exhibendum de his tum venditor tum proprietarius agere possit, *l. fundi 17. si ruta & cæsa 6. ff. de action. emti, l. in reus casis 241. ff. de verbor. signif. l. Celsus scribit 5. §. idem Julianus 2. ff. ad exhibendum.* Si vero necdum ruta aut cæsa sint, sed naturaliter cohereant, in fructu ea esse responsum est; sive fodinæ hæ metalli lapidis cretæ similiumque ante usufructum acquisitum in vectæ fuerint, sive demum usufructu jam constituto detecta appareant, *l. item si fundi 9. §. sed si lapidicinas 2. & 3. ff. b. r. l. fructus 7. §. sed si crocifodina 14. ff. soluto marim.* Nam & fodinas, quas paterfamilias proprietarius jam instituerat, exercere potest fructuarius, & venas lapidinarum & metallorum inquirere, ac auri & argenti, & sulphuris, & æris, & ceterorum fodinas ipse instituere, si nihil agriculturæ noceat. Immo, si forte in eo, quod instituit, plus redditus sit, quam in vineis vel arbutis vel olivetis, quæ fuerint, forsitan etiam hæc deicere poterit; si quidem ei permittitur meliorare proprietatem: nisi eas, quas instituit fructuarius, aut cælum corrumpant agri (fetidis forte atque pestiferis exhalationibus prorumpentibus exartatis terræ cavernis) aut magnum apparatus sint desideraturæ, opificum forte aut legulorum, quem non potest proprietarius sustinere, *l. si cuius rei 13. §. inde est 5. & §. si tamen 6. ff. b. r.* Adde Castillo Sotomayor de usufructu cap. 37. Estque in eo inter ædium & fundi usufructuum differentia, quod ædium fructuar. us formam earum mutare nequeat, etsi meliora repositurus, secundum ante dicta, ne publicis urbis aspectus deformetur ædificiis disjectis: at, qui fundi habet usufructum, id possit; cessante tunc publici aspectus favore, Gothofredas in not. ad *d. l. 13. §. 5. ff. b. r.* Multum Interim refert, utrum lapides & metalla renascantur in fundo fructuario, nec ne? Renascentia enim fructuum loco esse, atque adeo adinstar aliorum fructuum pleno domini jure fructuario acquiri, postquam ab eo, vel ejus nomine ruta atque cæsa sunt, colligi potest

ex l. *fructus* 7. §. si vir in fundo 15. ff. soluto matrimo. Sed si non renascantur, magis est, ut tum metallorum, tum lapidum e ductorum, tum eretæ, & arenæ, & terræ cespitosæ, aut ficilis effossæ, proprietas proprietario cedat; fructuarius solo talium rutorum casorumque pretio utatur, quamdiu vivit, aut ex eo fœnori collocato usuras percipiat, hinc ususfructus pretium, deductis impensis, proprietario redditurus: sic ut tunc in rutis casisque quasi ususfructus fructuario intelligitur quæsitus, in quantum non ipsum illud, quod e ductum est; sed ejus æstimatio restituenda est, arg. l. si vini 7. ff. de usufr. ear. rer. qua usu constum. §. constituitur 2. *Instit. de usufr.* Sand. dec. frisc. lib. 5. tit. 3. defin. 2. & plures ab eo allegati, Rodenburch de jure conjugum tit. 2. cap. 4. n. 34. Leeuwen cont. forens. part. 1. lib. 2. cap. 15. n. 5. & cap. 21. n. 17. Berlichius conclus. præst. 3. conclus. 35. n. 21. Et seqq. Dato autem agri de usufructu, licentia fructuario per leges indulta est, ædificium fundo fructuario imponendi, quatenus id ad fructum percipiendum necessarium est, aut casam custodia causa, l. si cuius rei 13. §. si tamen 6. in fine, l. pen. b. s.

25. In annuis redditibus vitalitiis quid juris sit, ambiguum satis, utrum totus eorum proventus fructuario cedat, an magis pars quædam in sortem convertenda sit, & proprietario reservanda, ac usufructu finito ei reddenda. Sunt enim, quibus placuit, illam istiusmodi reddituum (morte personæ, cujus ossibus impositi inhærent, evanescentium) partem, quæ excedit ordinarium redditum ordinarii perpetui proventus, proprietario post finem usufructus restitutionem esse; ne, si fructuarius superstes esset ei, cujus ossibus hinc redditus inhæret, proprietatem præstus inutilis esset proprietario, & fructuarius in universum partem cum plenis talium reddituum dominis gauderet jure. Vide Rodenburch. de jure conjugum tit. 2. cap. 4. num. 33. pag. 282. Et seqq. Sed magis tandem tum in Hollandia tum Ultrajecti obtinuit, totum redditus vitalitii proventus fructuario acquiri plenissimo & irrevocabili dominii jure. Novella decia. Ultrajectin. 14. Aprilis anni 1659. art. 9. ibique Abr. a Wesel in commentariis, Jacob. Coren observat. 7. Leeuwen cont. forens. part. 1. lib. 2. cap. 15. num. 4. Vinnius ad princip. Instit. b. t. n. 2. in fine. Parens p. mem. Paulus Voet ad §. 1. Instit. b. t. n. 5. sive bonorum omnium, sive tantum redditus illius vitalitii usufructus concessus sit, cum eadem utroque in causa militent rationes. Nec caret firmissimis hæc sententia fundamentis, & talibus, quibus simul subvertuntur ea, quæ in contrarium adduci solent. Primo enim redditus hi vitalitii iis nequeunt rebus annumerari, quæ non consumuntur, & in quibus quasi usufructus constituitur cum onere restituendi eandem quantitatem aut æstimationem ejus; sed, magis jux ipsam redditus tales percipiendi pro sorte habendum, & annis singulis cedens redditus in fructu est; quem licet in universum absorbat, aut saltem retineat fructuarius, tamen saluum manet ipsam percipiendi jus, finito usufructu reversurum ad proprietarium, qui ex eo tempore omnem redditus istius habebit utilitatem, quamdiu superstes est: in cujus mortem incertam redditus vitalitii interitus collatus est. Neque quicquam hic turbat, quod fructuario vivere mori pos-

sit is, a cujus mortalitate pendet duratio talis redditus, atque tunc nihil in universum ad proprietarium redditurum sit: sufficit enim ad verum ususfructum constituendum, quod casu eveniente poterit ad eum utilitas pervenire. Quod ut manifestius appareat, considerandum, idem in navigatione, vestimentorum, pecorum, jumentorum ac servorum usufructu, quod in redditu vitalitii, contingere ac quotidianam esse. Quisquis navigii ususfructum habet, illud navigatum mittere potest, dummodo non imperitos navigio præfecerit, & in constituendo navigandi tempore culpa careat; quantum tunc omnem sibi servaturus, etiam naufragii periculum imminet, & ea possit ratione accidere, ut vivo fructuario interea navis nullam in posterum proprietario utilitatem allatam sit; quæ, ut J. C. ait, navis ad id paratur ut naviget, l. arboribus 12. §. magis 1. ff. de usufr. l. unquam autem 16. §. 1. l. si navis 68. ff. de rei vindicat. Groenewegen ad d. l. 12. §. 1. ff. b. a. Quemadmodum vestes ad id, ut atterantur; in quibus tamen si verus usufructus constitutus sit, supervivente diutius fructuarius liberari potest eandem reddendo, quantumvis sine dolo malo attritas, & usui nulli deinceps futuras, l. si usufructus 9. §. si vestis 3. ff. usufruct. quemadmodum casam. Sed & pecorum & jumentorum & servorum verum esse usufructum, constat, quorum tamen omnium fructus ac commoda ab incerto animalium talium etque servorum interitu dependere, in aperto est; sic ut non raro per inexpectatam eorum mortalitatem, fructuario superstito eventientem, non proprietarius tantum, sed & ipse fructuarius omni ulteriore excedat emolumentum spe. Quæ cum ita sint, absurdum videri nequit, si tota quoque annua redditus vitalitii pensio in fructuarii solius cedat utilitatem, nec utilis postea proprietario sit, casu ita eventiente.

26. Quia vero servorum & jumentorum pecorumque injecta mentio est, operæ pretium fuerit inspicere, quid horum in fructu sit, quidque in iis fructuario liceat, quid non. Partum quidem ancillæ fructuaria in fructu non esse; operas tamen servorum ac jumentorum, & lac, & pilben, & lanam, & fœturam fructuario acquiri placuit, §. in pecorum 37. ff. de rer. divisi. l. in pecudum 29. ff. de usuris, §. de iis autem 4. Instit. per quas person. cuique acquir. l. in hominis 5. Et l. ff. de operis servorum, eo excepto, quod usufructu gregis dato, non aliter fœtura ei acquiratur, quam si greges integre edita sit. Cum enim boni viri arbitratu fœri oporteat, necessitas a jure fructuario imposita est supplendi ex fœtura seu agnatis defectu gregis, in quo caput demortuorum locum alia deinceps nascitura substituendi; donec rursus ad plenam sui numerum grex adus sit, l. uter fuit 68. et. ff. de usufr. b. t. Sed nec interdictioni fructuario est, disciplinis vel arte, instituta servum, cujus testator quasi minister vacuo utebatur, ut arte ejus ac peritia fruatur, l. si pendentes 27. §. si servi 2. ff. de usufr. ministerii quoque aliis adhibere servum, jumentumve, quam quibus ipse proprietarius solebat adhibere; dummodo illud observet, ne fœtate sua vel servitia deteriorem efficiat, sive torquendo, sive flagellis cedendo, sive cicatricibus deformando, sive alia quacunque re bene modicam egrediendo emigrationem, l. sed, si quid 15. §. & generaliter 3. l. locum 17. §.

en no 1. in fine, l. sed rursus 25. §. ff. b. t. Neve oontumeliose injurioseve utatur, aut contrariis, vel interditiis, vel inuicatis ministeriis artificum ejus corrumpat, d. l. factum 17. §. 1. l. si pendentis 27. §. si dominus 1. & ult. ff. b. t. nam si librarium sus mittat, & qualum & calcem portare cogat; si histriorem balneatorem faciat; vel de symphonia atriensem; vel de palastra stercorandis latrinis praponat, abuti eum proprietate, Ulpianus ait d. l. sed, si quid 15. §. mancipiorum 1. ff. b. t. Cedit insuper fructuario quicquid ipsius fructuarii contemplatione servo fructuario donatum, legatum aut institutionis titulo datum probari potest, l. si servi 21. & 22. ff. b. t. quasi hoc quoque ex re fructuarii questum esset, quod ejus contemplatione datum fuit, arg. l. aditio 45. §. ult. ff. de acquir. vel amitt. hered. cum alioquin hereditatis aditio in operis servit non sit, d. l. 45. pr. ff. de acquir. vel amitt. hered. Plura vide apud Meyerum colleg. Argentor. ad Pand. b. t. n. 47. & seqq. ad finem, Castillo Sotomayor de usufructu cap. 27.

27. Quod si usufructus castri vel territorii cum appartenentis (ut vulgo loquuntur) relictus sit, vel etiam usufructus omnium bonorum, sub quibus tale castrum aut territorium comprehensum est, magis est ut cum ceteris fructibus etiam ad fructuarium, excluso proprietario, pertineat exercitium juris patronatus ecclesiastici, sive illud plenum sit, consistens in jure presentandi, sive minus plenum comprobationem reprobationemve electi complectens, arg. cap. ex literis 7. extra, de jure patronatus, Castillo Sotomayor de usufructu cap. 36. num. 35. Costalius ad l. 7. ff. de usufructu, Molinæus ad Parisiens. consuetud. tit. 1. §. 1. gloss. 1. num. 49. & seqq. Vinnius ad princ. Instit. de usufructu num. 2. Rodenburch de jure conjugum tit. 2. cap. 2. num. 4. Lessuven cons. for. pars. 1. lib. 2. cap. 15. num. 4. Responsa Jctor. Holland. part. 4. consil. 53. Confer Ant. Matthæum in oratione de jure patronatus, & Wissenbach. ad Pand. tit. ad Senatusconsult. Trebellian. vol. 2. disput. 9. n. 19. Omnis quoque utilitas, quæ ex munerum & officiorum in eo territorio vacantium collatione redigitur, sive lege, sive more, Vinnius d. loco, adeo ut honoribus & muneribus per fructuarium admoti non exdiant manere vel dignitate per mortem fructuarii, sed in administratione post usufructum extinctum jure perseverent (etsi alioquin facta a fructuario rerum elocatio morte ejus evanescat, l. si quis domum §. §. hic subijcti 1. ff. locati (uti enim perceptio fructuum perpetuum in fructuario effectum habet, sic uti post perceptionem illi nunquam ad proprietarium revertantur, fructuario licet mox post perceptionem moriente: sed nova fructuum percipiendorum tempestas per proprietarium expectanda est: ita quoque collationem muneris aut dignitatis semel a fructuario factam, tanquam fructus civilis perceptionem, vim suam atque durationem extendere ultra fructuarii mortem, rationis est; donec vacante legitimis modis munere vel dignitate, tertii habiles rursus existerint collationis de novo faciendæ, percipiendæque inde speratæ utilitatis, Resp. Jctor. Holland. part. 4. consil. 53. Cedunt insuper fructuario census, & canon annuus, & laudimia ob alienationem aut investituræ renovationem, aut in recognitionem directi vel antiqui domini præstan-

da, Ant. Faber Cod. lib. 3. tit. 23. defin. 6. Jul. Clarus §. emphyteusis quest. 23. num. 5. Castillo Sotomayor. de usufructu cap. 36. n. 45. Mollerus semestrium lib. 4. cap. 5. num. ult. Ant. Matth. de auct. lib. 2. cap. 4. num. 19. Vinnius ad princip. Instit. de usufructu n. 2. multarum penarumque & sigilli compendia, Costalius ad l. 7. ff. b. t. Castillo Sotomayor d. cap. 36. num. 50. Vinnius d. n. 2. adeo ut proprietarius in fructuarii præjudicium multas, penasque, & similia, nequeat delinquenti remittere; cum secundum ante dicta nihil agere possit, aut impetire, quo minus fructuarius fructus, quantos potest maximos, boni viri capiat arbitrari, Bur Gundus ad contras. Fland. tract. 10. n. ult. Matthæus de auct. lib. 2. c. 5. n. 27. Bona quoque ob delictum publicata, si territorio suo publicandi coherere, sive mobilis sint sive immobilia; uti & bona vacantia, uti hæc pluribus adstruit Ant. Matth. de auct. d. lib. 2. cap. 4. num. 17. 18. & 22. in fine. Denique etiam res adscriptiorum seu talibilibus hominum (ut loquuntur) de quibus egi tit. de statu hominum; quibus dominus vel in totum vel pro parte succedit, pro vario regionis cuiusque, in qua tales adscripti reperiuntur, jure moreve; si modo talis obventio personalis sit, id est, ex defuncti adscripti persona ac conditione promanans, cum talis successio non longe recedens ab ea, quæ est in bona vacantia, vere sit redditus aliquis fiscalis vel dominicus, sæpius novorum adscriptiorum mortalitate, etsi non statim temporibus, renascens. Ita post Ant. Fabrum C. lib. 3. tit. 23. defin. 4. & 5. Ant. Matthæus de auct. lib. 2. cap. 4. num. 22. Ipsos sane fundos quod attinet, quibus homines tales adscripti sunt, si quidem illos post adscriptiorum, sine successoribus decedentium, mortem ad dominos redire contiterit; fructuario nequaquam eorumdem proprietates cessura est, non magis quam utile emphyteusis dominium, si emphyteusis, cujus canonem emphyteuta jure usufructus accipit suumque facti, usufructu durante finiretur; eo quod utile istud dominium, quod penes adscriptum aut emphyteutam fuit, per consolidationem ita domino directo unicum, nunquam renascitur sive naturaliter sive civiliter, adeoque in fructu non est; cui consequens est, ut ad summum consolidati domini utilitatem annuam, seu fructus talium prædiorum adscriptiorum, & emphyteuticiorum, fructuario, quamdiu vivit, & non ultra, asseramus, Faber. d. loco, & Matthæus d. c. 4. n. 14. & 22.

28. His ita circa nobiliores rerum species observatis, considerandum generaliter usufructuarium fructus omnes irrevocabili jure suos facere, seu naturales sive industriales sive civiles; ut tamen naturales industriales non aliter suos faciat, quam si ipse eos perceperit, vel alias ejus nomine, nec maturis fructibus, sed necdum a solo separatis, moriens eosdem ad heredes transmittat, §. in vero ad quem 36. Inst. de rer. div. l. si fructuarius 13. ff. quib. mod. usufruct. vel usus amittit. l. in singulari 8. ff. de annuis legat. l. qui recti 25. §. 1. ff. de usur. Itegro Grotius manuali. ad jurisprad. Holl. lib. 2. c. 39. n. 17. D. Someren de jure novorcar. cap. 15. numer. 8. Quæ & ratio est, quod fructus pendentes a pradone separatos atque arreptos ex fundo fructuarius, sed proprietarius, tanquam fructuum istorum dominus,

furtiva persequitur conditione, *l. arboribus* 12. §. *ut. ff. b. t.* quod autem hæc aliter in bonæ fidei possessore obtineant, in quantum is fructus suos faciat, quam primum a solo separati fuerint, sive ipse, sive extraneus eos separaverit, sive sine cujusquam ope sponte deciderint, *d. l. 13. ff. quib. mod. usufruct. vel usus amitt. l. qui scit* 15. §. *in alieno* 1. *in fine ff. de usuris*, ejus ista ratio est, quod bonæ fidei possessor, quod ad fructus attinet, domini loco pene sit, & bona fides ei tantum præstet, quantum veritas, quoties lex impedimento non est, *l. bona fides* 136. *ff. de reg. juris l. bona fidei* 48. *ff. de acquir. rer. domin. d. l. 25. §. 1. ff. de usuris*, & quia fructus demum separatione videntur induere propriam distinctamque fructuum naturam, dum adhuc pendentes non ut fructus, sed ut pars soli, considerantur, *l. fructus pendentes* 44. *ff. de rei vind.* adeoque fundi possessor fructuum quoque pendendum non tam dominus quam possessor erat; ideo ipsa separatione, qua desinebant pars fundi esse, dominium eorum possessori, perinde quasi domino fundi, mox cepit acquiri. Contra vero nusquam de fructuario cantum opinor, eum loco domini pene esse, ac usumfructum ei tantundem præstare, quantum præstat dominii jus: sed tantum ex jure usufructus ei acquisitum videri potest jus percipiendi fructus ex aliena re, quæ fructuum perceptio cum in facto ejus, qui utitur fructu consistat, *l. 1. pr. ff. quando dies usufr. leg. cedat*, consequens est, ut moriens, antequam eos per se vel alium percepisset, & ita amittens utendi fruendi jus, non potuerit ad heredem transmittere percipiendi facultatem, atque adeo nec ullum jus in fructus pendentes. Neque id, quod de fructibus maturis, sed adhuc pendentibus, ad heredem fructuarii non transmittendis, jus Romanum statuit, ratione caret; cum et iam usufructu legato, si pendentes fructus jam maturos reliquisset testator, fructuarius eos laturus esset, si die legati cedente, adhuc pendente deprehendisset, *l. si pendentes* 27. *ff. b. t. Garsias de expens. & melior. cap. 11. n. 60. Responsa JCor. Holl. part. 5. consil. 256. Jac. Coren consil. 19. n. 33. & seqq. Lecuven censur. forens. part. 1. lib. 3. cap. 8. n. 9. in fine*, usque adeo, ut si heres scriptus ob hoc tardius adeat, ut tardius ad legatum usufructus perveniret, atque ita ipse fructus maturos a solo separaret, hos ipsos quoque fructuario teneatur præstare, ne ex mora sua cum alterius detrimento lucretur, *l. si usufructus* 35. *l. 36. §. ult. l. quod si heres* 47. *ff. b. t. l. uti frui* 5. §. *si post* 4. *ff. si usufr. per. arg. l. si quis rogatus* 53. *pr. & §. 1. ff. de fidei commiss. libertat. l. usufructus* 60. *ff. b. t.* Idem quoque est, si stipulanti usufructus promissus sit, & mora in eo constituendo aut patientia fruendi præstanda committatur, *l. questum est* 37. *ff. b. t.* Confer Donellum *comment. jur. civil. lib. 10. cap. 9.* Interim meminisse oportet, si fructuarius percipiat fructus tempore eo, quo moriebatur testator & dies legati cedebat, pendentes, sive fructuario moriente fructus pendentes ad proprietarium revertantur, utroque in capu fructus non intelligi, nisi qui superant, deductis impensis, quæ querendorum, cogendorum, conservandorumque eorum gratia sunt etc. ut ipso jure ex his contingat diminutio fructuum, *l. si a domino* 36. §. *ut. ff. de perit. herad. l. quod in fructus* 46. *ff. de usuris, l. fructus* 7. *ff. soluta matrim. l. 1.*

*C. de fructib. & litium expensis*, ac proinde necesse est, eum, qui fructus suos faciet, has omnes ei refundere, qui eas fecit, hereditate ejus, Garsias *de expensis d. cap. 11. n. 60. Costalius ad l. 7. §. quoniam* 2. *ff. b. t. Christinus ad Leg. Mechliniens. tit. 15. art. 5. num. 6. Peckius de testam. conjug. lib. 5. cap. 24. num. ult. Paren's p. mem. Paulus Voet ad §. 37. Instit. de rer. divisi. num. 1. vers. licet Responsa JCor. Holl. part. 5. consil. 256.*

29. Nihil autem refert, maturos fructus perceperit fructuarius, an immaturos, si modo usum præbere solebant, & a bono ac diligente patrefamilias, antequam maturerint, separari; ut in olea immatura lecta, sylva cædua, feno immaturo, similibusque contingit: neque enim maturitas naturalis hic spectanda est, sed in tempus, quo magis colono, aut fructuario, dominove, eum fructum tollere expedit, *l. si absente* 48. §. 1. *ff. b. t. l. pen. ff. de usu & usufr. legato*. Quibus non adversatur, quod ex lege Aquilia teneri dicitur, qui olivam immaturam decerpserit, vel segetem desecerit immaturam, vel vineas crudas, *l. si servus* 27. §. *si olivam* 25. *ff. ad leg. Aquil.* Distinguendum enim inter maturitatis gradus: nam si olea sic immatura sit, ut neque decocta adeoque caduca prope sit, neque apta pressioni, actioni ex lege Aquilia locus est: at si decocta quidem non sit, nec proxima pernicii, idonea tamen, quæ in usus hominum more boni patrisfamilias exprimatur, nec actio legis Aquiliæ danda est, nec in boni patrisfamilias officium impingit fructuarius, eandem a solo sic immaturam separando, arg. *d. l. 27. §. 25. adde D. Noodt tract. ad leg. Aquil. cap. 17.*

30. Fructus civiles quod attinet, puta, pensiones, si quidem illa solvantur ex re singulis momentis usum præbent, veluti ædificio, aut servo vel jumento, anni postremi pensiones pro rata temporis, quo constitit eo anno usufructus, inter proprietarium & fructuarium dividendæ sunt, *l. si operas* 26. *ff. b. t.* Idemque in usuris statuendum, si nominum, seu sortium honori collocatarum, usufructus legatus sit; cum & pecunia quotidie suum usum, adeoque fructum civilem habeat, & usura vicem fructuum in multis obtineant, arg. *l. uxori fructu* 24. *ff. de usu & usufr. legato*, junct. *l. usura* 54. *ff. de usuris.* Sed si pensiones percipiantur ex re, statim tantum temporibus utilitatem ferente, toties fructuario hereditate ejus in totum cessura sunt, quoties iisdem jam a solo separatis usufructus extinctus est; etsi necdum dies exierit, quo pensiones ex more regionis debebant inferri: proprietario vero in totum, si fructibus adhuc pendentibus jus usufructus finem acceperit, *l. defuncta fructuaria* 53. *ff. b. t.* Cujus definitionis ea ratio est, quod surrogatum sapit naturam ejus, cui surrogatum est, atque adeo jure eodem, quo fructuum ipsorum acquisitio regi debebat, surrogatum quoque in locum eorum pensionem censi oportuit. Cum ergo certi juris esset, ædium renunquæ similium in dies usum præbentium utilitatem fructuario obtenturam fuisse usque ad ipsum usufructus interitum, ac deinceps proprietario, si non fuissent elocata; meræ etiam æquitatis & rationis fuit, dividit pro rata temporis conventam mercedem. Rursus, cum agri fructus separato plenissimo jure fructuarii suos faciat, utcumque post separationem confestim decedat, nullos vero fructus tempore usufructu-



ctus finiti pendentes aut sibi acquirat aut secundum ante dicta transmittat in successores; iniquum fuisset, pensione fraudari eum, cum citra elocationem, totus cessisset agrorum proventus, præsertim, si consideres, a mero fructuarii arbitrio pendere, utrum ipse fructus colligere aut uti rebus velit, an pacta mercede frui, etiamsi rei jam locatz usumfructum adeptus sit; cum ei, tanquam successori particulari, licentia fuerit a jure data conductorem ante tempus expellendi, *l. arbores* 29. §. 1. ff. b. r. Neque hanc circa fructus civiles distinctionem turbat, quod soluto matrimonio fructus rerum omnium dotalium, sive ædium, sive agrorum, inter maritum & uxorem lividi placuit pro rata temporis, quo matrimonium duravit, *l. fructus* 7. §. *Papinianus* 1. ff. *solutio matrimonii*, qua forte motus Hugo Grotius pensiones agrorum inter proprietarium quoque & fructuarium dividendas censet, *manducti. ad jurispr. Holl. lib. 2. cap. 39. num. 18.* Illud enim ideo receptum constat, quod æquum fuerit, dotis fructus nec breviorē nec longiorē tempore marito acquiri, quam quo is onera matrimonii sustinisset; quippe quorum onerum ferendorum sola consideratione dotes data. Adde Castillo Sotomayor *de usufr. cap. 77. 78. 79.* Crispin. *ad Leg. Macch. tit. 15. art. 5.* Donellum *comment. jur. civilis lib. 10. cap. 9.* Vinnium *ad §. 36. Instit. de rer. divis. n. 3.* Jac. Coren *consil. 19. n. 44. & seqq.* Responsa JCor. Holl. *part. 1. consil. 135. quest. 2. part. 2. cons. 19. quest. 4. & part. 3. volum. 2. cons. 120.* Leeuwen *cons. for. part. 1. lib. 2. cap. 15. num. 20.*

31. Cum vero supra traditum fuerit, multas, penas, commoda ex investitura renovatione, emphyteusios venditione, ministeriorum, honorum, dignitatum collatione in fructu esse, dicendum videtur, in hisce & similibus non delicti perpetrati, nec accusationis institutz, nec aperti feudi, aut honoris vel beneficii ministerive vacantis, vel emphyteusios dividendiz, tempus spectandum esse; sed potius condemnationis in penis multisve, renovatz investituræ in feudis apertis, confirmatz venditionis in emphyteusi per acceptationem laudemii, realis denique collationis beneficiorum aut ministeriorum vacantium, an scilicet tunc fructuarius in vivis sit, & usufructus adhuc perduret, ut inde commoda sperata lucretur: prius vero mortuus vel usufructu exutus, nullum tempore lucrum inde capiat, aut ad suos transmittat heredes. Omnia namque generis hujusce commoda, non quotidie aut singulis momentis, sed, prout occasio tulerit, obvenientia; quamdiu acquisita seu percepta non sunt, non inepte fructibus pendentibus assimilaveris, quos post finitum usufructum neque fructuario cedere, neque ad heredem ejus transire, jam ante observatum est. Scilicet, accusare reum pro obtinenda pena multave, item pro laudemii aliisque commodis movere, sementis est; mensem sententia judicis & executio ejus facit, Burgundus *ad consuetud. Flandria tract. 10. n. 11.* Petrus Barbosa *ad l. divorcio* 8. §. *si vir ff. solutio matrimonii. n. 44.* Ant. Matthæus *de auctionib. lib. 2. cap. 4. n. 23.* & plures alii ab eo allegati: etsi de renovatione investituræ & similibus dissentiat Molinæus *ad consuetud. Parisiens. tit. 1. §. 1. gloss. 1. n. 49. & seqq.*

32. Ceterum quid usufructuario liceat circa res fructuarias, maxima ex parte ex commodis regentis

jam innotuit; neque dubium, quin rei fructuaria possessionem penes se constitui, recte petat, *l. cujusunque* 60. §. 1. ff. b. r. ac alteri quoque rem fructuariam possit fruendam concedere, sive vendendo, sive locando, sive precario vel commodato concedendo; cum & qui locat, & qui vendit, & qui gratis concedit, utatur, *l. arboribus* 12. §. *usufructuarius* 2. ff. b. r. & *passim*, dummodo meminerimus, & locationem & omnem aliam concessionem usufructu finito resolvi, etsi in longius tempus factam, *l. si quis domum* 9. §. *hic subiungi* 1. ff. *locatis*. Quod tamen in agris ædibusque apud nos cum eo temperamento accipiendum videtur, ut non protinus interruptivo tempore conductor excedere jubeatur, sed prævia matura denuncelatione, spatique congruo, quo sibi de alia colonia vel habitatione prospiciat, intermedio, statis pro more regionis temporibus emigret. Responsa JCor. Holland. *part. 4. consil. 57.* Pignori quoque obligare usufructum aum fructuario datum est, *l. si it, qui 11. §. usufructus* 2. l. & *qua nondum* 15. ff. *de pignor. & hypoth.* nam & fructus rei est vel pignori dare licere *l. fructus rei est* 72. ff. *de reg. juris* l. ult. ff. *de usuris*, & si forte judiciali sententia creditoribus suis condemnatus sit, ipsum etiam usufructum pignori capi judicati exsequendi causa, nihil vetat, ut percepti vivo fructuario fructus in judicati cedant exsolutionem; idque exemplo rerum fideicommissis obnoxiarum, arg. *l. peso* 69. §. *prædium* 1. ff. *de legatis* 2. l. *Statius Florus* 48. §. ult. ff. *de jure fisci*, Carpovius *defin. forens. part. 1. constit. 32. defin. 21.* Berlichius *conclus. præf. part. 1. conclus. 80. num. 26.* nisi testator usufructum legans nominatim vetuisset, ne pro vere alieno anteriore usufructus obnoxius sit; cum talem quisque rei suæ legem dicere possit, qualem voluerit, quoties lex impedimento non est, Leeuwen *consur. forens. part. 1. lib. 2. cap. 15. n. 14.*

33. Arcere insuper omnia potest, quæ usufructum impediunt, rebusve fructuariis damnum videntur allatura. Atque ita, si novo opere cepto noceatur a vicino, vel procuratorio nomine novum opus nuntiare potest, vel usufructum vindicare ab eo qui opus novum parat; quæ vindicatio præstabit ei quod ejus interfuit, opus novum factum non esse, *l. 1. §. ult. ff. de operis novi nunciat.* sive novum opus faciat vicinus, sive ipse proprietarius. Etsi enim proprietario ipsi nequeat fructuarius novum opus nuntiare, *l. 2. ff. de operis novi nunciat. l. un. §. pen. ff. de remission.* usufructum tamen vindicare potest, quoties jus usufructus a proprietario ladi constat, *d. 11.* quippe cui neque ædificia fructuarii altius invito fructuario tollere licet, neque aræ fructuaria ædificium imponere, *l. usufructus* 7. §. *rei* 1. ff. b. r. *l. reperi* 5. §. ult. ff. *quib. mod. usufr. amitt.* neque, si fructuariis ædibus alias vicinas habeat, altius tollendo luminibus ædificii fructuarii in totum officere, licet modice obscurare non prohibeatur, salvo eo lumine, quod viri boni arbitrio potest habitantibus sufficere, *l. si it, qui bina* 30. ff. b. r. Adde Groenewegen *ad l. 3. ff. de operis novi nunciat.* Sed & damni infecti cautionem a vicino fructuarii recte exigit, si ædibus fructuariis damnum imminet, sic ut etiam mitti eum in possessionem ædium ruinosarum, damni infecti causa, placuerit; & jure domini possessorem ædes, si perseveretur non caveri:

neque adeo, ut ne finito quidem usufructu ruinas ad fructuarii restituere cogatur, l. qui bona 13. §. usufructarius 8. ff. de damno infecto, d. l. 7. §. 1. ff. b. s. Denique nec dubitandum videtur, quin fructuarius, praesertim ille, cui bonorum omnium usufructus constituitur esse, quippe patientia proprietarii jus usufructus jam quasi possidere cepit, hereditarias actiones possit etiam sine speciali proprietarii mandato exercere si non directo, at saltem per consequentiam: sive enim res hereditaria ab aliis possideantur, ipse usufructum vindicando haud dubie eandem advocat possessionem ut frui liceat, l. cuiuscumque 60. §. 1. ff. b. s. l. 1. l. uti frui 5. §. utrum, l. ff. usufruct. per. sive ut alienum exigendum sit, recte debitorum hereditarios ad solutionem interpellat; fortasse honoris collocatas reposit, quibus labi facultatibus debitorum deprehendit; si modo tunc cautionem praestet, in rerum fungibilium usufructu adhiberi consuetam, uti id non obscure innuitur l. 1. C. b. s. in qua, dum Imper. Posidonio rescribunt: si usus fructus omnium bonorum testamenti aoris marito relictus est; quomodo cautionem a eo prohibueris exigi, tamen non aliter a debitoribus soluta pecuniam accipere poteris, quam oblata secundum formam senatorum consilii cautione; nihil aliud ad id, ut fructuario recte per debitores solvatur, desiderant, quam ut cautio fructuaria de restituendo, quae perpetua fuerat testamenti remissa, interponatur. Alcum sane de proprietarii mandato silentium est: nec in specie d. l. 1. id recte supponeris; cum, posito exigendi vel accipiendi mandato, inepti essent imperatores, non aliter, quam cautione oblata solutionem admittentes; quippe quae vi mandati non fructuario tantum non caventi iure tutoque fieri possent, sed & alteri cuius nullum jus usufructus habenti. Parum facit in contrarium, quod fructuarius procuratorio nomine novum opus nunciare dicitur, l. 1. §. ult. ff. de operis tui nunciat. unde concludendum videbatur ad agendum mandato opus esse, sine quo procurator non est. Etiam primò quidem ex eo, quod procuratorio nomine nunciare dicitur, non satis mandati specialia per proprietarium interponendi necessitas evincitur; cum eo ipso, quo quasi possessio usufructu fructuario per cessionem aut patientiam proprietarii quassa est, in rem suam procurator censi debet constitutus, ad agenda universae, quae ad rei fructuarie tendunt conservationem, arg. l. 1. §. ult. Et l. 2. ff. usufructuar. quomodo cavet, & vulgo. DD. notante ac frustra dissentiente Pinello ad l. 1. C. de bonis maternis part. a. n. 18. Et 68. in med. Sed & secundo non inepte responderis, id in novi operis nuntiatione singulare esse, quod non sua sed procuratorio nomine nunciat fructuarius; eo quod nuntiatio ista odiosa prorsus est: tanquam species executionis, iudicialis causa cognitionem antecedens, dum prohibetur adversarius, ne in opere capto pergat, donec de iure constiterit a qua executione rarius, & non promissae per quemvis, sed per dominum vel alium dominum mandatum habentem, videbatur inchoandum: unde & licet regulariter procurator de rato non caveat, novi tamen operis nuntiationem faciens cautione de rato gravatur, dum forte generali quidam, ac non speciali mandato de nuntiatione operis novi faciendi instructus est; quo modo accipio l. de pu-

pillo 5. §. qui procuratorio 18. ff. de operis tui nunciat. De cetero in ipsa l. 1. §. ult. jurisconsultus haud diffidetur fructuarii suo quoque nomine actionem habere, puta, ipsius usufructus vindicationem, ad consequendum id, quod ejus interfuit, opus novum factum non esse. Vide Fachineum consuet. lib. 12. cap. 35. Argentrum ad consuet. Britt. art. 436. num. 2.

34. Adstructa fructuario hac agendi licentia consequens est, ut, ubi opus fuerit, iure petere possit a proprietario editionem tabularum & instrumentorum talium, quibus ad litem adversus extraneos instruendam defendendamve egere dignoscitur: nam, etsi rerum fructuaria detentio ad fructuariam pertineat, ut ante dictum, non tamen tabularum & instrumentorum asservatio; quippe quam penes eum esse, cujus primario interest, adeoque in nostro casu penes proprietarium, colligi potest arg. l. scena 4. §. ult. ff. famul. excus. l. instrumenta ad C. de fructu committ. Castillo Sotomayor de usufructu cap. 59. num. 29. Carpovius de fin. for. part. 5. consuet. 13. de fin. & in fine Costalius ad l. 48. ff. de arb. amti in fine.

35. Vidimus, quae commoda quaerantur fructuario: restat ut, quae opera eundem sequantur, tractemus. Impensas quidem in arationem, sationem, & generaliter eas quae fructuum quarendorum cogendorum conservandorumque gratia sunt, non proprietarii sed solum fructuarii gravare, expeditum est; cum secundum ante dicta fructus, nisi deductis huiusmodi sumptibus, haud intelligantur, l. si a domino 36. §. ult. ff. de pet. hered. l. quod in fructu 46. ff. de usuris l. fructu 7. ff. soluto matriman. Et, quae multarum penarumque compendia, & laudimia, atque alia plura his similia, in fructu esse supra demonstratum est, magis est, ut fructuarius quoque impensae subeat litium, ad haec omnia obtinenda motarum; quin & earum, quae pro defensione jurisdictionis, non in universum sed in actu hoc vel illo singulari turbatae, susceptae sunt. Prolaxe Ant. Matthys refellens Ant. Fabrum dissentientem, de action. lib. 2. cap. 5. num. 24. 25. 26. Plane, si non de fructibus, aut quae fructuum loco habentur, nec de iure usufructus litem fructuarius exercuerit, sed de ipsa rerum proprietate, dum alius forte res fructuarias, ut quas vindicabat, aut jus pignoris vel praedialia servituti sibi in fundo fructuarii a se habere constitutum, aut debita a mortuis & testigerantibus debitoribus litis interventus exegit fructuarius, indeque quidem impensarum talium necessarium onus subit, cum omnem interitus fecit rerum utilitatem, sed finito usufructu erogata deducet ipse, vel heres ejus, quasi per impensas tales minores pedditi omnium rerum fructuaria; perinde ut impensae necessariae ipso iure dotis diminutionem contingere receptum sit, quoties non ad praesentis anni fructum, sed ad perpetuam rei utilitatem facta sunt, arg. l. 1. 2. §. 4. 5. ff. de impens. in rem dot. factis, l. 1. §. impensa 4. ff. de dota praedicta, Pinellus ad l. 1. C. de bonis maternis part. 2. num. 68. Christianus ad Leg. Alcolitia. tit. 15. art. 2. num. 9. 10. Quod enim pater usufructum legalem habens in bonis adventitii filiorumfamilias iussus est a Constantino Imperatore summi ex fructibus impigro facere, quoties, id quod filius iure debetur, iudicio poscendum

est, aut item inferentibus resistendum, l. 1. C. de bonis maternis, non illud ex jure usufructus defendit; sed magis, quod pater idem & fructuarius esset, & legitimus simul adventitiorum administrator, imo ante dictam Constantini constitutionem dominus bonorum ex matris successione ad liberos devolutorum; quod dominium dum per d. l. 1. patri ademptum fuit, reservatum nihilominus quantum ad litem impensas antiquam fuit, quas adhuc solidum perfectumque et dominium quantum esset, d. l. 1. Confer Pinellum d. loco, Castillo Sotomayor de usufructu cap. 55.

36. Illud extra dubium est, quoniam omnis rei fructus ad fructuarium pertinet, modicam quoque refectionem ad eum spectare, ut rem tuesur eo in statu, in quo accepit, l. usufructuarius ff. b. l. 1. cui consequens est, ut & adserere vites ac arbores cogatur in seminario, vel in locum demortuorum substituere, & agrum proscindere & aqueductus conservare, l. usufructu 7. §. ult. l. item §. 1. seminario 6. l. si cuius rei 15. §. de praeteritis 2. l. agri 18. ff. b. l. 1. & sarta tecta edificia habere, idque non in necessariis tantum, sed & in voluptatis causa paratis, velut tectoris & pavimenti, l. usufructu 7. §. 2. & 3. ff. b. l. 1. cum 7. C. b. l. 1. si domus 18. ff. de usu & habu. iumentis servosque sufficienter alere & vestire, secundum ordinem & dignitatem mancipiorum, imo & valetudinem eorum curare, l. sed, si quid 15. §. sufficientem 2. l. siue 45. ff. b. l. 1. nisi testator voluerit, ut hos omnes sanctus subiret, arg. l. si extraneo 46. §. 1. & l. 47. l. usufructus 56. ff. b. l. 1. Si quae tamen vetustate corrumpantur, quorum instauratio graviores esset sumptus desideratura; reficere non cogitur, d. l. 7. §. 2. ff. b. l. 2. sed si utiliter refecerit, haud dubium, quin in id erogata jure reposeat. Adde Wesel de contrah. bonor. vocat. tract. 2. cap. 2. num. 169. & seqq. Castillo Sotomayor de usufructu cap. 56. 57. Eoque pertinere existimo, quod a Paulo traditum in l. 1. §. 1. ff. de servit. praed. urban. si usufructus tuus sit aedum, proprietates meas, quae onera vicini sustinere debeant, necum in solidum agi posse, tecum nullo modo; quasi hinc quoque resectio parietis excederet fructuum rationem, dante, si id quod vetustate corruptum est, reparatione indigeat, ut fructuarius re fructuaria uti frui possit; veluti, cum villa restauranda est, cogendis ac conservandis fructibus necessaria, magis est ut hujus edificationis necessaria impensa non proprietarium, sed fructuarium gravatura sit, l. Titius Mac. 50. ff. b. l. 1.

37. Praeter modicam refectionem alia insuper onera fructuarius agnoscit: qualia sunt stipendia vel tributa, vel indictio temporaria, vel salarium, sive solarium, vel alimenta ab ea re relicta, ut &, si quid cloacarii nomine debeatur, vel si quid ob formam aqueductus, quae per agrum transit, pendatur; vel si quid ad collationem viz, aut ob transitum exercitus ex fructibus praestandum sit; vel si qua fructuum pars municipio pro more regionis viliori pretio sit addicenda, l. usufructu 7. §. quoniam 2. l. si pendamus 27. §. si quid 3. l. usufructu 56. ff. b. l. 1. (in quib. l. 27. §. 3. in fine recte legi fusiones, quoque idem esse cum indictioibus, notat Ravardus §. prior. cap. 13.) Quibus consentaneum est, ut & refectendi aggeris onus fructuarium grave, etiam si

is aliqua sui parte perturbatus fuerit, subseque, ut propterea nova quadam inductione opus sit, arg. l. quaro 24. ff. de usu & usufr. legato. Confer responsa Jctor. Holl. part. 1. consil. 57. quart. 5. & consil. 135. qu. 3. Sed & census aut canonis praestatio, quoties agri censuallis sunt, emphiteuticarii usufructus est. Idemque in redditibus fundorum aliis mere reallibus probandum. Alios sane redditus quod attinet, pro quorum praestatione personalis obligatio est, & simul praedia sive rustica sive urbana pignoris jure devincta, eorum onus agnoscere non tenetur is, cui praedia talis usufructus singularis constitutus est; cum etiam in ipsa rerum proprietate legata ita ius sit, ut heres pignus luere debeat, & ita rem legatario praestare liberam a pignoris obligatione, §. sed & si 5. Inst. de legatis, Responsa Juriscons. Holl. part. 4. consil. 391. Aliiter quam obtineret in eo, cui bonorum omnium usufructus datus, quippe qui redditus omnes a defuncto debitos, etsi mere personales, quin & ipsos vitalitios a defuncto promissos, exsolvere ex fructibus obligatus est. Responsa Jctor. Holl. part. 4. consil. 61. Quir & alimenta, quae defunctus debuit, quoties ad heredem transit alendi onus: denique & legata annua, si modo fructus ad ea sufficiant, l. ult. §. si autem ar. 4. vers. si autem legata C. de bonis quae liberis. Andr. Gayl. lib. 2. observ. 166. num. 41. Neostadius Caris Holl. decr. 11. in fine. Responsa Jctor. Holl. part. 1. consil. 57. quart. 4. ut ita, quem universa hereditas commoda renascentia sequuntur, omnesque redditus ac ipsi quoque vitalitii, secundum ante dicta, eundem similia incommoda, atque opera vicissim gravent, arg. l. secundum 10. ff. de reg. juris, d. l. 7. §. 2. pr. ff. b. l. 1.

38. Non tamen fructuarium gravant insolita tributa graviora fructibus haud proportionata; puta, quae ab hostibus irruptionem facientibus, & ferro flammisque cuncta vastantibus, incendii terrore injecta extorta sunt; aut in exsecrationem agrorum jam tempore longiore a mari occupatorum, novoque aggeri cingendorum, erogata; quippe quae omnia licet ab initio expendere fructuarium teneatur, quas rebus, quarum usufructus constitutus est, finito tamen usufructu deductio earum vel repetitio ei haud videtur deneganda; ne, si haec fructuario imputaveris, eveniat, ut usufructus ei inutilis sit, ne plurimum quidem annorum proventu damna talia valente sarcire. Et satis, si ea, quae vetustate corruerunt, fructuarius suo non cogatur sumptu reficere, quasi id egrederetur fructuum rationem, l. usufructu 7. §. quoniam 2. ff. b. l. 1. etiam non est quod impensas superiores, quibus ades a plenario vindicantur interitu, agrique quasi a suis repetuntur initis atque origines, fructuarium dispendium fore arbitremur. Adde Christinum ad Leg. Moelmin. tit. 15. art. 2. num. 10. Castillo Sotomayor de usufructu cap. 57. Et in hanc facit sententiam, quod traditum ab interpretibus, graviores impensas in res detales factam, & in specie hanc, de qua nunc sermo est, solus testimonio per maritum oportere deduci, cum fructibus haud compensandam, Wesel de contrah. 10. cit. tract. 2. cap. 3. n. 17. & seqq. Facit denique, quod neque vicesima hereditatis pars, fisco debita nomine collateralis (quod ajunt) successionis, neque centesima aut ducentesima patrimonii, toties

hoc nostro seculo ad sublevandas fisci angustias, & tolerandos belli sumptus depensa, ex fructibus exsolvenda sit, sed fructuarius eas inchoante vel durante usufructu solutas, eodem finito jure reposcat, secundum id quo Hollandis placuit *edictis de quadragesima & vicesima art. 6. vol. 1. placit. Holl. pag. 1955. & interpret. edicti de numm. 100. & 200. anno 1674. 28. Julii, vol. 3. pag. 1070.* Quo modo etiam laudemia pro investitura renovatione præstanda non ad fructuarii sed proprietarii onus spectare, si alteri proprietas, alteri usufructus feudalium legatus sit placuit Chassenzo *consuet. Burgund. rub. 3. §. 1. in verb. propter debitum, circa fin. versu sed quis teneatur facere*, de quo tamen contra sentientem vide Molinæum *ad consuet. Parisiens. tit. 1. art. 33. gloss. 1. num. 155. ad 159.*

39. Quod si is, qui adhuc aut fundorum sive publicorum sive privatorum usum in quinquennium conduxerat, eorum usufructum alteri leget, legatarius quidem hisce utetur fruetur, durante tempore conductionis; sed pensionis annuæ onus haud subit, quippe quam heres præstare tenetur, *l. qui quatuor 30. §. qui hortos 1. ff. de legatis 3. arg. l. ei cui 16. 17. & 18. ff. de liberat. legata.*

40. Sed & illud altera dubium est, usufructuarium nullatenus ad res alienam defuncti, usufructum legantis, ex fructibus exsolvendum obligari: sed potius id ipsum, cuiuscumque generis sit, ac vel in funus erogatum, primo ex rebus omnibus deducendum esse; tum deinde in his, quæ supersunt, usufructum demum fructuario videri quæsitum, cum bona non intelligentur, nisi quæ deducto ære alieno supersunt, *l. ult. ff. de usu & usufr. legato, l. usufructu 69. ff. ad leg. Falcid. l. ult. §. si autem 4. Cod. de bonis quæ liberis, arg. l. subignatum 39. §. 1. ff. de verb. signif. l. mulier bona 72. ff. de iure dot. Sande decis Fric. lib. 5. tit. 3. defin. 1. Andr. Gayl. lib. 2. observ. 146. Peckius de testam. conjug. lib. 5. c. 24. num. 6. D. Someren de jure novæcarum cap. 8. num. 4. Wesel de connub. societate tract. 2. cap. 3. num. 94. 95. Responsa Jctor. Holland. part. 1. consil. 57. quest. 4. & part. 2. consil. 61. Quibus consentaneum est, ut si fructuarius peshitationes, tributa, census, aliæque onera realia, rebus fructuarii incumbant, quorum dies jam vivo testatore cesserat, durante usufructu solvere coactus fuerit (ut cogi potest, arg. l. cum possessor 5. §. ult. ff. de censibus, tit. Cod. sine censu & reliquis fundum alienari non posse) finito usufructu velut defuncti res alienam, a se exsolutum, jure desideret sibi reddi, arg. l. Imperatoris 7. ff. de publican. & vestig.*

41. Ceterum in rebus fructuariis asservandis patrifamilias diligentis, imo diligentissimi, partes fructuarii implere debet; cum omnem videatur suscepisse curam rei, *l. sed cum 65. ff. b. t. l. 1. §. ult. & l. 2. ff. usufructuar. quemadmodum caveat.* Castillo Sotomayor de usufructu cap. 20. Et licet derelinquendo usufructum subducere sese possit oneri refectionis, quantum ad ea, quæ sponte sua deteriora, reparatione opus habent, *l. si abrenu 48. l. cum fructuarius 64. ff. b. t. non tamen id ei permissum, intuitu eorum, quæ suo suorumque facto reddidit deteriora, l. sed cum 65. ff. b. t.*

## SUMMARIA.

1. Quo respectu usufructus dividuus sit, quo modo jus accrescendi in usufructu admittatur, postquam jam concurrerit partes facta sunt?
2. Quomodo jure accrescendi gaudet, vel non gaudet ille, qui suam usufructus partem jam amisit, exemplis illustratur.
3. Non habet locum jus accrescendi, si alimenta duobus simul ex eodem pradio legata sint.
4. Qua sit ratio, cur in legato proprietatis ipso concursu collegatariorum evanescat jus accrescendi, non item in legato usufructus?
5. Inter usufructuarios verbis tantum conjunctos non est jus accrescendi: nec inter eos, quibus separatim alterius annis usufructus legatus est: nec, si duo conjuges simul tercio donent omnia sua bona, reservato sibi usufructu, ac dein unus conjugum moriatur.
6. Non cessat jus accrescendi, si unus ex usufructuariis amisit suam partem, sed ex testatoris voluntate receptis, dum is in casum amissionis repetiit usufructum in testamento.
7. An, & quo jure usufructus totius plurium dominorum legatus, uni in solidum acquiratur, si alter partem non capiat?
8. An jus accrescendi locum habeat, si duobus simul dignitas aut munus, lucrum adjunctum habens, collatum sit donec vixerint?
9. An moribus nostris adhuc vigeat jus accrescendi inter usufructuarios?

1. Jus accrescendi tantum in hereditatibus & proprietate legata, sed & in usufructu legato locum sibi vindicat: licet enim servitutes pleræque divisionem non recipiant, *l. stipulationes 71. ff. de verb. obligat. l. 1. §. si usufr. 9. ff. ad leg. Falcid.* nec pro parte amitti queant, *l. si communem 10. ff. quemadmodum servit. amitt.* nec judicium communi dividundo admittant, *l. arbor 19. §. si per eundem 2. ff. communi dividundo*, licet insuper ipse quoque usufructus naturaliter individuus sit, quia incorporalis est; civiliter tamen dividuus est; sic ut ab initio pro parte divisa vel indivisa constitui possit & amitti, sive non utendo, sive acceptilatione partem, *l. & per jurjurandum 13. §. si id 1. ff. de acceptilatis. l. usufructus & ab initio 5. ff. de usufructu & quemadmodum quis utat. l. excepta 14. l. placet 25. ff. quib. mod. usufr. amitt.* & ipso jure ad singulos usufructuarios usufructus legati partes pertineant, *l. sed usufructus 81. ff. ad leg. Falcid.* ac judicium communi dividundo inter eos subsistat, *l. si cuius rei 13. §. sed si inter 3. ff. de usufructu & quemadmodum quis utat. l. communi dividundo 7. §. sed & si 7. ff. communi divid.* Adde Vinnium *select. quest. lib. 1. cap. 29.* Si ergo duobus rei ejusdem usufructus suprema voluntate (non item contractu, arg. *l. 1. pr. ff. b. t. l. si id, quod 15. ff. de duob. reis constituend.*) relictus sit, uno deficienti alteri usufructuario etiam accrescit portio singulari jure, in servitutibus ceteris haud admissio, *l. aquam 16. ff. quemad. servit. amitt.* alio tamen mo-

do, quam in hereditate vel proprietatis legato: cum enim in illis portio portioni accresceret, ac evanesceret omne accrescendi jus, quamprimum coheredes ac collegatarii agnovissent defuncti judicium, atque ita concursu partes suas incepissent habere; ex adverso jus accrescendi hic est *facultas percipiendi portionem ejus, qui non concurrat ad usufructum sibi cum alio datum, vel concurrat quidem, sed concurrere desit*. Sic ut portio in usufructu non rei, sed personae accrescat, *l. interdum 10. in fine ff. b. r. l. si Titio 43. §. 1. in fine ff. de usufructu & quemadmodum quis utat. l. & an eadem 14. §. qui, cum 1. ff. de except. rei judicata, & is quoque gaudeat accrescendi jure, qui concursu cum usufructuario jam partes fecit; solus deinceps in solidum usus, ubi non amplius invenit eum, qui sibi in utendo fruendo concurrat, l. 1. §. interdum 3. ff. b. r.*

2. Quin imo, nec ab accrescendi jure et vindicanda vacante usufructuarii parte depellendus est, qui suam in usufructu partem non amplius habet, sed amisit; si modo ad usufructuarium totus usufructus jam ante non perveniret: nam si usufructuarius semel integrum incepisset usufructum habere, atque ita in ejus solius capite seu persona recideret, deficiente deinceps eo, usufructus non ad priorem, qui suam partem jam amisit, sed magis ad proprietarium reversurus esset. Si ergo (ut diversis facti speciebus positus res fiat evidentior) duobus relictum concipiatur usufructus, ac primum non utendo suam amisset usufructus partem, illa quidem accresceret secundo; sed, si et secundus morte, vel capitis diminutione, vel non utendo, aliove simili modo usufructum amittat, non jam ad primum usufructus ille redibit ex jure accrescendi; verum potius ut in universum extinctus, ad proprietarium reverti debet. Cum enim totus usufructus jam semel translatus fuisset, ac recideret in caput secundi, atque ita nullum primi jus in usufructu superfuisset, non potuit etiam amplius spectari persona primi, ad vindicandum ex jure accrescendi usufructum aut ullam partem ejus. Ita namque placuit, *si qui amisit usufructum, ex eo quod amisit, nihil accrescere, ut loquitur Ulpianus in l. sicut 3. §. idem Papinianus 2. ff. quib. mod. usufr. amittit*. Sed et, si ex duobus usufructuariis primus de parte usufructus litem contestatus sit cum eo, qui rem quidem usufructuam non possidebat, liti tamen ita semet offerebat ac si possideret, ac in ea lite succubuerit; pars quidem hujus primi succumbentis secundo accrescet usufructuario (neque enim victori cedit, qui non possidet; nec possessori, quippe qui non vicit; nec proprietario, quippe ad quem non revertitur quamdiu collegatarius conjunctus superest, ut ante dictum) sed si secundus non utendo aut aliter usufructum amittat, nihil ex jure accrescendi redibit ad primum, tanquam nihil omnino juris amplius in usufructu habentem, ex ratione supra adducta; sed magis usufructus totus tanquam extinctus hoc quoque casu ad proprietatem revertetur. Quin imo, ex usufructuariis conjunctis primus suam usufructus partem a vero vindicet possessore, sed in ea succumbat lite, portio quidem primi penes possessorem eundemque victorem remansura est; sed si secundus dein suam quoquo modo partem amisit, nec tunc ea primo cessura erit ex jure accre-

Voet ad Pandect. Tom. II,

scendi, sed proprietario: eo quod & hic verum est, nullum primi jus in usufructu superesse; nec quicquam ei, qui amisit usufructum, ex eo quod amisit, accrescere posse, *d. l. 3. §. 2. Antonius Faber rational. ad l. interdum 10. ff. b. r. paulo alter Cujacius lib. 9. observat. 11. Hilligerus ad Donellum lib. 10. cap. 23. Barry de succession. lib. 13. tit. 3. num. 4. in med.* Quod ergo diximus, eum, qui suam amisit partem, adhuc gaudere accrescendi jure, primo quidem apparet in eo, qui, cum usufructum habuisset sibi cum alio legatum, proprietatis partem acquisivit, atque ita propter consolidationem desiit jure servitutis uti frui: licet enim tunc usufructum, quem appellat formalem, amisit, ut patet ex *l. si sibi fundi 17. ff. quib. mod. usufr. amittit*. jure tamen accrescendi destitutus non est, si forte usufructuarius suam aliquo modo amitteret usufructus partem. Si duobus (verba sunt Ulpiani in *l. item Neratius 3. §. ult. ff. b. r.*) usufructus legatur, & apud alterum sit consolidatus, jus accrescendi non perit, neque ei apud quem consolidatus est, neque ab eo; & ipse, quibus modis amitteret ante consolidationem, iidem & nunc amittet. Nec ratio obscura est; neque enim per consolidationem usufructus in totum perit; nec desinit uti frui qui proprietatem nactus est, sed quos fructus antea jure servitutis percipiebat, nunc capit domini jure, & frui perseverat. De cetero adeo hoc in casu casualis usufructus imitatur naturam usufructus formalis, ut siadem finitior modis post consolidationem, quibus & ante consolidationem fuisset amittendus, *d. l. 3. §. ult. ff. b. r.* Sed & secundo gaudet accrescendi jure qui suam amisit partem, si ex collegatariis primus suam vindicans usufructus partem ab eo, qui non possidebat, sed se liti offerebat quasi possideret, succumbat in ea lite, mox secundus collegatarius non utendo suam amittat partem: non obstante enim ea partis propria amissione secundus adhuc ex accrescendi jure recte vindicaverit primi succumbentis portionem, quae victori, utpote non possidenti, sed liti se offerenti quasi possideret, non poterat videri ex auctoritate rei judicatae quaesita, sed penes verum possessorem non jure existerat, & ad quam secundus jus nactus erat, cum necdum suam partem amisisset. Estque hanc proprie facti species, de qua agit *l. interdum 10. ff. b. r.* ubi Anton. Faber in *rational.*

3. Nec hisce, quae de portione usufructus collegatariis accrescente dicta sunt, repugnat Papinianus in *l. dominus 57. §. 1. ff. de usufr. & quemadmodum quis utat.* cum illic non de legato pluribus usufructu sermo sit, sed de fructu praediorum ob alimenta libertis relicto, adeoque de alimentorum legato, in quo non ita jus accrescendi vigere, naturali ratione manifestum est, cum unus ob defectum seu mortem alterius collegataril duplicatis non videatur saturandus alimentis, sed magis, uti in agris limitatis alluvio cessat, *l. in agris 16. ff. de acquir. rer. domin.* ita & in alimentis ad unius hominis alendi necessitatem limitatis; maxime cum jus accrescendi alluvionibus assimilatum sit, *l. Titio 35. §. 1. in fine ff. de usufr. & quemadmodum quis utat.* Unde & in casu, quo plures heredes legato alimentorum pluribus praestando obligati essent, & iudices ad evitandam minutam praestationem unum ex he-

redibus elegerent, ut is solus singulis alendis alimenta subministraret, & huic uni sortem darent, ex cuius usuris alimenta solverentur; constitutum fuit, hunc heredem, sortem a reliquis accipientem, cavere debere, se sortem iis restituturum pro rata parte, uti quisque ex alendis decerneret, *l. solent 3. in mod. ff. de alimentis vel cibariis legat.* qualis cautio inutilis esset, si reliquis alendis accrescerent deficientium alendorum portiones. Anton. Faber *rationall. ad d. l. 57. ff. de usufructu, & ad l. interdum. 10. ff. b. t. in fine.* Guid. Papa *decis. 206.* Francisc. de Barry *de successionibus lib. 13. tit. 3. num. 5.* Mantica *de concess. ult. volunt. lib. 10. tit. 3. num. 24. 25. 26. 27.* Menochius *de praeiur. lib. 4. praesumpt. 128.*

4. Rationes si requiras, cur in proprietatis legato post concursum collegatariorum cessat in universum accrescendi jus, non item in usufructu duobus relicto, considerandum est, proprietatis legatum in iure magis, quam in facto consistere, nec quotidie de novo acquiri, sed eo solo tempore, quo per legatarium vindicatur, *l. 1. §. interdum 3. fore in fine ff. b. t. uno illo agnitionis ac concursus actu dominium partis unicuique collegatario sic tribuente, ne unquam postea illorum proprium esse desinat, quibus acquisitum est. Quo fit, ut per concursum collegatariorum ad proprietatem unius rei legata partibus semel factis, concursus ulterior ad rem eandem in posterum impeditus sit. Contra, in usufructu aequae, ac jus domini, prima legati agnitione atque concursu cuique pro parte censi quassitur; quia tamen usufructus ex fruendo consistit, id est, facto aliquo ejus, qui fruitur & utitur, ac sum dum constitui dicitur, cum quis jam frui potest, *l. unis. pr. & §. 2. ff. quando dies usufructus legati cedat.* hinc est, quod & inter fructuarios plures conjunctos non primo tantum momento agniti ab utroque legati concursus fit, sed insuper quotidie per ipsum fruendum factum continuatur. Eoque sensu ab Ulpiano scriptum fuit, usufructum quotidie constitui & legari; non, ut proprietas, eo solo tempore, quo vindicatur, *d. l. 1. §. interdum 3. fore ff. in fine b. t.* Quamprimum itaque non invenit alter eum, qui sibi concurrat, solus utetur in totum ex jure accrescendi, utcumque jam annis pluribus partem fructuum alter quam concursus fecisset; si modo nunc desinat eam in futurum; interrupto concursu, suam facere, *dict. l. 1. §. 3. in fine ff. b. t.**

5. Inter solos autem re vel re & verbis simul conjunctos jus accrescendi locum habet, non item inter eos, qui verbis tantum conjuncti sunt; eodem modo, quo id in proprietatis legato obtinere, latius disputabitur *tit. de legatis*. Et, si duobus separatim alternis annis usufructus legatus sit, ac ex his alter deinceps decedat, per vices temporum plena proprietatis erit: neque enim accrescere alteri quicquam propria quisque tempora, non concurrente altero, integri fructus habuit, *l. si duobus 2. ff. quib. mod. usufr. amitt.* Sed &, si conjuges duo simul alteri inter vivos omnia sua bona donent, reservato sibi in donatis usufructu, post mortem conjugis unus alter superstes non potest sibi ex quodam jure accrescendi totum servare usufructum, sed tantum partis illius, cujus proprietates ab ipso in donatarium collata est, nisi aliud tempore donationis expressum

sit; cum tales vere in eodem usufructu conjuncti non sint. Et certe, si tunc, cum testator, duobus heredibus institutis, certis rei proprietatem deducto usufructu legavit extraneos, jus accrescendi heredibus denegatum sit, quia non fuit ille usufructus inter eos per concursum divinus, sed magis ab initio singulis pro hereditaria parte constitutus, *l. 1. §. ult. ff. de usufructu accrescendo*, ratio non est, cur non idem de duobus conjugibus simul donantibus cum lege reservati usufructus statuendum foret; cum & his singulis non nisi suae partis donato usufructus ab initio videri possit deductus esse, Papan *lib. 14. tit. 2. arret. 3. Costalius ad l. 57. ff. b. t.*

6. Plane, si Titio & Marcio usufructus legatus sit, & additum fuerit, tunc cum Titius capto mortuus fuerit eodem usufructum iterum legari, non repeti. Titius autem post capiti diminutionem ex repetitione usufructum habeat, jus accrescendi inter Titium & Marcium eo ipso, quod Titius usufructum jam repetitum habuit, sublatum non est; cum illa usufructus repetitio in Titio perinde habenda sit, ac si alius Titio in usufructu legato substitutus fuisset: nam etsi inter Marcium & substitutum Titii, atque adeo etiam inter Marcium & Titium sibi substitutum, & hac ex substitutione, jam usufructum habentem, verbalis conjunctio non sit, re tamen conjuncti videntur; quod ipsum ad jus accrescendi sufficere dictum est, *l. sicut in 3. §. 1. ff. quib. mod. usufr. amitt.*

7. Quod si usufructus communi plurium servo relictus sit, & unus dominorum suam in usufructu partem repudiet, alteri totus usufructus acquiritur; non ex jure quodam accrescendi, sed magis ex jure dominica potestatis & servitutis jure. Nam cum jus nullum in servili persona, jure civili quadrupedibus fere comparata, consistere posset, sive illud domini sive servitutis jus esset, atque ita necessario jus illud per servos dominis acquireretur, *§. item vobis 3. Inst. per quas pers. cuique acquir. & illis quidem solis in solidum vellent, qui vellent acquirere, l. 1. §. communis 4. l. proinde 7. §. 1. ff. de stipul. servorum*, consequens fuit, ut uno dominorum nolente suum exercere domini jus & per servum acquirere, alter totam habeat usufructus servitutem, per eum scilicet servum, cujus solius persona magis, quam plurimum dominorum, inspicienda erat, ut monuit Ulpianus in *l. 1. §. b. t. & colligi potest ex l. si duobus l. p. ff. de legatis 2.* Hanc ex jure accrescendi id, quod alter dominus acquirere voluisset, alteri non potuisset acquiri, recte a Proculo & aliis observatum fuit, *l. & Proculo 20. ff. de legatis 2.* Sive enim servum spectemus, cujus personam potissimum spectandam esse, ex *d. l. 1. §. 1. ff. b. t.* constat; nullum esse potest accrescendi jus, ubi nulla personarum plurium conjunctio est, sed tantum unus plurium communis servus legato honoratus. Sive ex adverso plures consideremus illius servi dominos, jus accrescendi locum invenire nequit, cum domini illi nequeant conjuncti dici ea conjunctionis specie, quae jus accrescendi producere apta est; non enim conjunctim, sed partes singulis legatas esse, quas scilicet quisque in servo habet, in *d. l. 20. ff. de legatis 2.* discrete notatur: licet haud sit eundem inficias, quin conjuncti appellentur tales condomini, *l. 1. §. 2. ff. b. t. in quantum domini in-*

totum conjuncti & socii sunt. Et hanc conoiliandi rationem, ut fundamentis juris haud destitutam, amplecti malim, quam cum aliis, inter hasce leges antinomiam statuere, quasi in *d. l. 20. Proculi* & aliorum sententia narrata quidem, at non probata esset. Adde Pachum *com. 6. enam. num. 13. Gomezium var. res. lib. 1. cap. 10. n. 39. 40.*

8. Uti autem in usufructu duobus legato viget accrescendi jus, uno ex his deficiente; ita quoque, si duobus simul dignitas quæpiam, aut manus lucrum adjunctum habens, donec vixerint (*ad vicam ajunt*) collatum sit, jus hoc accrescendi haud videtur denegandum, sic ut uno moriente alter solus collati numeris exercitium habeat, ac capiat emolumenta: præsertim cum hi, in quos simul collata dignitas est, non longe distent a sociis liberalitatis Imperialis; ex quibus uno moriente, ad socium potius superstitem devolvitur liberalitatis effectus, quam ut pars deficientis pro vacante haberetur, *l. unic. C. si liberalitatis imperialis socius sine hæredes decederit*. Adde Martam *digest. juris noviss. tom. 5. tit. de jure accrescendi cap. 15. & que habet Mantica de conjugatis ult. volens. lib. 10. tit. 3. n. 28.*

9. Nec dubium videtur, quin, quæ hætenus de jure accrescendi inter usufructuarios ex jure civili sunt expositæ, moribus quoque hodiernis observanda sint: utpote non tam ex quadam Romanæ jurisprudentiæ subtilitate, aut legæ solius potestate profluente; quam potius ex probabili testatoris voluntate & in collegatariorum affectione. Vide Wesenbæcium *ad Pand. b. t. num. 2. & seqq. & ibi Hahnium in notis ad num. 4. in medio, Grothium, mamuduct. ad jurispr. Holland. lib. 2. cap. 28. num. 4. 5. Sim. van Leeuwen cons. for. part. 1. lib. 2. cap. 15. num. 21. Barry de succession. ult. lib. 13. tit. 3. num. 4. Gronovægan de li. abrog. ad §. 3. Instit. de hered. instituend. num. 4.*

## TITULUS III.

## Quando dies Usufructus legati cedat.

## SUMMARIA.

1. Quando cedat dies usufructus pure vel in diem certum legati? & qua ratio differentia sit inter legatum proprietatis & usufructus?
2. Quando dies cedat, si in annos aut menses singulos vel alteris annis usufructus legatus sit? An quis prior frui debeat; si alternis annis Titio & Mævio usufructus datus?
3. Cur aliud circa cessionem diei observetur in usufructu, quam in annuo legato?
4. Nihil hic moribus mutatum.

1. Dies obligationis cedere dicitur, quando incipit deberi; venire vero, cum quid incipit peti possit, *l. cedere diem 213. ff. de verbor. signif.* Et in proprietate quidem pure vel in diem certum legata illud intercepti jure est, ut dies legati proxima a morte testatoris cedat, ne illud corrumpat legatatio ante hæreditatis additionem moriente, sed ad legatarium transmittantur hæredes, de quo latus sit. *quando dies legat. cedat*. At lib usufructu id singulare est, quod non cedat usufructus pure legati dies, nisi adita immunitate, aut, si in diem relictus sit, non nisi

die existente: quod etiam in usu ac habitatione propter rationis paritatem servatur, *l. unic. §. dies autem 2. 3. ff. b. t. l. si pure 2. l. 3. l. si habitatio §. ff. quando dies legat. cedat*. Cum enim usufructus, usus, & habitatio servitutes personales sint, ossibus personæ inhærentes, ac cum personæ pereuntis, inutilis foret diei cessio ante additionem, quippe nec ipsi usufructuario ante additionem extinctio profutura, nec hæredi ejus in jura defuncti personalia haud succedenti, *d. l. 3.* Quod usque adeo verum, ut ne peccate quidem, quasi plus tempore, petendo; sed potius nihil agere videatur, qui ante diei cessionem petit, *l. unic. §. ult. ff. b. t.* Si tamen in adeundo hæres moram fecerit, æstimandus erit usufructus ex tempore moræ factæ, & æstimatio usufructuario ejus hæredibus præstanda; ne aliquin ex mora sua lucrum hæres sentiat, & mora prosit matorum, *l. qui usufructum 36. §. ult. l. 57. ff. de usufructu & quæmad. quis utat.*

2. Si in annos aut menses singulos aut alternis annis usufructus legatus sit, plura censentur legata esse, *l. cum usufructus 13. ff. de usu & usufructu legato, l. si usufructus 28. ff. quib. modis usufr. amitt. l. unic. pr. ff. b. t.* ac proinde non simul, sed per tempora adjecta sæpius dies cedit, *d. l. unic. ff. b. t.* & si testator Titio & Mævio alternis annis usufructum leget, ordo scripturæ designare videtur ordinem voluntatis, ut anno primo Titius, secundo Mævius utatur fructu, *l. quæstioni 34. ff. de usufructu & quæmad. quis utat.* Quod si ex ordine scripturæ voluntas non appareat, dum forte Titius duobus alternis annis usufructus adscriptus est, invicem sibi impedimento erunt, nisi consentiant aut forte dirimant, uter prior fruatur, *d. l. 34. l. si duobus 2. §. ult. ff. quib. mod. usufr. amitt.*

3. Nec hæce, quæ de diei cessione in usufructu dicta, refragatur, quod annui legati dies statim a morte testatoris cedat, *l. nec semel 12. §. item Celsus 3. ff. quando dies legat. cedat*. Ratio enim differentia est, quod usufructus sit jure magis personale, quam annuus redditus, qui sæpe perpetuus, sæpe ad hæredes transiit, imo ex testatoris voluntate declarata ad hæredes in perpetuum transire possit, quia non ita proprietatem reddit inutili, aut omnes fructus committit, vel quidem usufructus: ut dicitur *titulo de annuis legatis*. Quæ de causa nec mirum est, si in annuis legatis, magis ad proprietatis legatum accedentibus, servetur potius, quod in proprietate, quam quod in usufructu legato quantum ad diei cessionem receptum est. Quibus & altera accedit diversitatis ratio, quod in annuis legatis non tam spectatur tempus, quo fructus percipi possunt, quam potius incitium ejusque anni, licet fructus, ex quibus annuum præstandum est, necdum percepti aut maturi sint: quod in usufructu non ita est, *l. in singulis 8. ff. de annuis legatis* nihil, ut Ulpianus ait in *l. unic. §. 2. ff. b. t. tunc constituitur usufructus, cum quis jam frui possit.*

4. Neque quicquam in hæce per mores nostros mutatum esse, colligere licet ex iis, quæ tradita ab Hugone Grothio *mamuductio ad Jurispr. Holl. part. 2. cap. 59. num. 13.* Confer Castillo Sotomayor *de usufructu cap. 8.*



## TITULUS IV.

Quibus modis Ususfructus vel Usus amittitur.

## SUMMARIA.

1. Finitur ususfructus morte. Quid, si alicui pro se & heredibus ususfructus relictus sit, & legatarius moriatur vixit testatore, an heres ejus capiat postea ususfructum? Quid si corpori vel collegio relictus sit? Cujus mori spectetur, si fructuarius alteri ususfructum restituere rogatus sit? Cujus, si filios, aut servo relictus? vel fructuarius alteri eum concesserit? De ingressu in monasterium.
2. Finitur & consolidatione, decedat tamen l. 17. ff. h. t. moribus sublata est.
3. Item derelinquendo; vel si domino proprietatis cedatur. An & si cedatur extraneo?
4. An finitur ob id, quod fructuarius rei fructuaria proprietatem in alium transferre tentaverit?
5. Solo abusu rei fructuaria non perit ususfructus; nisi certus modus fruendi præscriptus negligatur.
6. Perit tamen non utendo per tempus lege definitum, etiam per violentam dejectionem impeditus esset uti. Quid juris, si pars tantum fructus sit, vel tantum usus, non fructus sit re? Non perit non utendo, si alternis annis, vel in annos singulos datus sit.
7. Utitur fructuarius etiam per eum, cui vendidit, locavit, donavit. An & uti intelligatur, si emtor aut donatarius ipse usus non sit? Quid si ipse proprietario vendiderit aut elocaverit, & ita rursus rem suo nomine locet aut vendat tertio, an fructuarius videatur uti per ipsum tertium?
8. Extinguitur rei interitus in totam, vel pro parte. Domo destructa, an ususfructus in area duret? & cur aliud in proprietate adium legata, aut pignore adium, quam in usufructu obineat?
9. Quali mutatione forma rei fructuaria pereat vel non pereat ususfructus?
10. An & quando revoceatur ususfructus, ubi res, que interierat, restituta est, aut forma prior rei reducta?
11. Finitur etiam existente die vel conditione, ad quam concessus.
12. Quamdiu duret, si relictus sit, donec tertius quis ad majorem aetatem, aut furiosus ad sanam mentem pervenerit, & tertius ille in minorannitate aut furore moriatur?
13. Ususfructus ad certum tempus datus, perit tamen morte fructuarii ante tempus additum eveniente, non item aliis modis, quibus alioquin ususfructus vulgo.
14. Non perit ususfructus alienatione, vel nova conditione per proprietarium facta, nec usucapione proprietatis. Quo modo ususfructus extinctus redeat ad dominum proprietatis?
15. Ususfructus, uti variis constituitur, ita quoque variis finitur modis; puta, morte naturali vel civili fructuarii, §. finitur 3. Insti. de usufr. l. ubi. C. eod. tit. l. 1. l. ff. 1. 2. 3. ff. h. t. Cum enim jus hoc personale sit, ad heredes transmitti non potuit; nisi testator ususfructum expressim alicui pro se &

heredibus constituerit: quo casu duo diversi videntur ususfructus esse, quorum alter heredi fructuarii deinceps acquiritur, l. stipulatio ista 51. §. sed si quis 12. ff. de verb. oblig. l. repati 5. ff. h. t. Nam & tunc, cum testator ususfructum legavit ac subiecit, se eundem eadem legare, quoties capite minutus erit, vel quoties amissus erit, interveniente capitis diminutione novus ususfructus est, l. si duobus 2. §. 1. l. 3. pr. & §. 1. ff. h. t. Hinc etiam ab herede novam cautionem interponi, velut in usufructu repetito, rationis est. Et si forte is, cui pro se & heredibus ususfructus legatur, ante testatorem legantem moriatur, heredem ejus, aditæ hereditatis tempore superstitem, ad ususfructum admitti oportere, verius est; cum non tam ex capite defuncti, & jure transmissionis usus fructurus sit, quam potius ex jure proprio, & velut ex novo usufructu, sibi sub conditione vel incerto die relicto. Utunque in proprietate alicui pro se & heredibus legata aliud forte statuendum sit, ut latius dicitur, sit, quando dies legator. cedat. Tame si autem heredis appellatione etiam heredum heredes in infinitum vulgo intelliguntur, attamen hic primi tantum heredes conscribi debent comprehensi, ne alioquin inutilis proprietario esset proprietas, usufructu in perpetuum recedente, l. antiquitas 14. C. de usufructu. Si collegio vel civitati ususfructus debeatur, centum annis collegium aut municipes in usufructu tuendos esse, placuit; quia is finis vitæ longavi hominis est, l. an usufructus 56. ff. de usufructu & quemadmodum quis utat. l. si usufructus municipibus 8. ff. de usu & usufr. legato, Grotius manduct. ad Iurisprud. Holl. lib. 2. cap. 39. n. 23. Nisi maturius collegium dissolutum, aut civitas aratrum passa sit; tunc enim quasi morte quadam desineret usufructum habere, l. si usufructus 21. ff. h. t. Idemque juris statuendum, si ecclesie, si nosocomio, si brephotrophio, aliisque similibus piis causis, vel etiam ipsi fisco, usufructus acquiritur; cum horum omnium non deterior esse debeat, quam civitatum conditio, arg. l. ut inter 23. pr. & §. 1. C. de sacros. eccles. Si pluribus simul pro indiviso usufructus legatus sit, non unius, sed omnium morte demum extingui ususfructum, supra tit. 2. dictum est. Quod si legatum usufructum legatarius alter restitueri rogatus sit, magis est, ut ex fideicommissariis, quam legatarii persona dependeat pereatque, l. 1. §. 2. si legatum 4. ff. h. t. l. si quis usufructum 29. ff. de usu & usufr. legato, nisi appareat, ita testatorem jussisse restitutionem, ut legatario nihilominus spes aliqua usufructus duret, dum voluit, ut ad legatarium revertatur, si casu aliquo fideicommissarii eundem legatario superstiti amiserit; tunc enim non fideicommissarii tantum, sed & fiduciarii mortem oportet expectare, antequam usufructus dici possit morte peremptus, arg. l. si usufr. 9. ff. usufructuar. quemadmodum caveas. In usufructu filiofamilias relicto, si quidem ipsius filii contemplatione, mors filii expectanda erit, ut evanescat utendi fruendi jus: sin patris intuitu, ex patris quoque persona æstimari oportet durationem ejus, arg. l. si filiofamilias 23. ff. de usufr. causa donat. si nequam constet, altero moriente ad superstitem pertinere, nec nisi morte utriusque, ad proprietatem reverti, constitutum est, l. ubi. C. h. t. de usufructu. Si usufructu-

rius ususfructum alteri vendiderit, aut locaverit, aut gratis concesserit, mortem fructuaril concedentis, non ejus, cui utilitas fruendi per emtionem aut aliter data est, spectandam esse, constat; ex l. *necesse* 8. §. 2. ff. de *pric. & commodo rei vend.* l. *si quis domum* 9. §. 1. ff. *locati*. Interim capitis diminutione ususfructum hodie non perire notat Castillo Sotomayor de *usufr. cap.* 66. num. 26. & seqq. Groenewegen ad l. 1. ff. b. 1. An pereat professione vitæ religiosæ, vide Castillo Sotomayor de *usufructu cap.* 64. 65.

2. Consolidatione quoque, dum fructuarius proprietatem rei fructuarie nanciscitur, ususfructus extinguitur, §. *pen. Instit. de usufr.* adeo ut, si proprietatem fundi Titio sub conditione legata sit, Mævio ejusdem fundi ususfructus pure, & Mævius pendente conditione dominium proprietatis acquisierit, deinde conditio extiterit, ad Titium pleno jure fundus pervenire debeat; nec Mævius, qui consolidatione jus omne legati ususfructus amisit, eundem sic amissum rursus possit vindicare, quasi nuda proprietatem Titio data esset, l. *si sibi fundi* 17. ff. b. 1. Ita sane Juliano placuit ex summo juris rigore; cui tamen vix est, ut hodiernis moribus inhæreatur; ac proinde post conditionem legatæ proprietatis existentem ex æquitate reviviscere Mævio oportere ususfructum, quasi medio tempore proprietatem natum non fuisset, jure contendit post Molineum, Mornacianum alioque Groenewegen ad d. l. 17. ff. b. 1. argum. l. *dominus* 57. ff. de *usufructu* & quemad. quis *usat.* l. *si maritus* 22. C. de *inoff. testam.* l. *eum*, qui 21. §. ult. ff. de *inoff. testam.* l. *Papinianus* 18. ff. de *servitutibus*.

3. Perit insuper, si fructuarius eum pro derelicto habeat, l. *cum fructuarius* 64. & 65. ff. de *usufructu* & quemad. quis *usat.* aut jus suum cedat domino proprietatis, d. §. *pen. Instit. de usufructu*, cum & his in casibus ususfructus cum proprietate conjungatur, nec cuiquam res sua servire possit, l. *qui frui* 5. ff. *si usufr. pot.* Extraneo facta cessio nullius momenti est nec ususfructum solvit, quod manifeste Imp. in d. §. *pen. Instit. de usufructu* significat. Cum enim ibidem id unum sibi proposuisset, ut modos enumeraret, quibus ususfructum perire placuerat, post alia ait, *item finiri ususfructum, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur (nam cedendo extraneo nihil agitur) quæ verba potestima, nihil agi, perperam a nonnullis eam receperunt interpretationem, quasi nihil ageretur extranei intuitu, seu nihil ea cessione in extraneum transiret; de cetero ramen ad proprietatem ususfructus reverteretur, l. si usufructus* 66. ff. de *jure dot.* præsertim cum eo sensu etiam, *nihil agere*, accipiat in l. *per servum* 27. §. ult. ff. de *acquir. rer. domin.* & l. *qui mihi* 13. ff. de *donation.* Id enim si verum esset, idem operaretur cessio extraneo facta, quod efficit ea, quæ domino proprietatis fit, periret scilicet utraque ususfructus, recederet a fructuario, & proprietati adjiceretur; atque adeo ineptus prorsus esset Imperator, quod in questione, quibus modis ususfructus finitur, adeo sollicitè cessionem extraneo factam distingueret ab ea, quæ proprietario facta ususfructum dissolvit. Unde magis est, ut adhibita ea interpretatione, quæ absurditate ac vitio caret (juxta monitum in l. *in ambigua* 19. ff. de *legibus*) dica-

mus, *nihil agere*; perinde accipiendum esse, ac si dictum esset, non extingui ususfructum. Et quavis in d. l. 37. §. ult. & l. 13. circa questionem, an servus aut procurator sua voluntate seu mente efficere possit, ne domino queratur res donata, responsum fuerit, illos nihil agere, sed rem domino acquiri, cui donator eam voluerat donatam, tamen id ad explicandam mentem d. §. *pen. Instit. de usufructu*, transferri nequit, cum ibi *nihil agere* dicatur fructuarius respectu questionis, quæ concepta erat, non de eo, an ususfructus transiret in extraneum, sed de eo, an ususfructus finiretur; adeoque cedendo extraneo nihil agebat quantum ad ususfructus dissolutionem. Neque his contrarium est, quod a Pomponio scriptum fuit in d. l. 66. ff. de *jure dot. usufructum a fructuario cedi non posse, nisi domino proprietatis*; & *qui proprietatem non habet, nihil ad eum transire*; sed ad dominum proprietatis reversum ususfructum. Non enim ait, de præsentis ususfructum ob cessionem reverti; sed cum dixisset, cessione tali nihil in extraneum transire (in tempore præsentis, ut loquuntur) subijcit, sed ad dominum proprietatis revertendum, verbo futuri temporis, ac proinde non statim, sed, ubi legitimus extiterit finiendi modus, perinde ac si cessus non fuisset ususfructus; & fructuarius cedendo extraneo nihil egisset. Frustra vero contenditur, fructuarium cedendo statim amisisse omne jus, in quantum cessio per tres personas peragitur, dum in jure cedit dominus, vindicatur, cui ceditur, addicit prætor. Ulpianus in *fragm. tit.* 19. §. 9. 10. 11. cum ergo hic ad cessionarium transire non potuerit jus ususfructus, & tamen cessione jus omne suum abdicaverit fructuarius, ab alio vindicandum, consequens videbatur, necessario ususfructum ad proprietatem ipso cessionis tempore in continentem redire. Sed considerandum, ita deum per cessionem & additionem subsecutam dominia & jura cessa a cedente recedere, si cessio secundum præcepta legum, non contra leges, facta sit: est enim in jure cessio quædam quasi traditio tum corporalium tum incorporalium rerum, & eosdem cum vera traditione effectus habet, ut ex eodem Ulpiano constat *loc. cit.* 19. ideoque, uti vera traditione non aliter recedit a domino jus dominii, quam si secundum leges concurrentibus requisitis facta sit, §. *per traditionem* 40. & seqq. *Instit. de rer. dipi.* ibique DD. l. 1. §. ff. de *acquir. vel amitt. posses.* Ulpianus d. *tit.* 19. §. 7. ita quoque cessio, quæ nullo jure facta est, fructuarium jure suo exuere non potuit, sed magis ea cessione nihil actum censi debet; ut plerumque nihil actum creditur, ac negotium nullum est, ubi contra leges gestum, l. *non dubium* 5. *Cod. de legibus*. Quod & non obscure Paulus significat *lib. 5. sent. tit. 6. §. 32.* dum agens de modis finiendi ususfructum, ait, in *jure cessione amitti ususfructum, quoties domino proprietatis usufructuarius eum in jure cesserit*. Nec turbare debet, quod a Celso scriptum, si furioso, quem sanæ mentis existimas, eo quod forte in conspectu inumbratæ quietis fuit constitutus, rem tradideris, te desinere possidere, licet ille non sit adeptus possessionem; sufficere enim, quod dimiseris possessionem, etiam si non transferas: denique ridiculum esse, illud dicere, quod non aliter quis velit dimittere, quam si transferat; cum potius velit omnino dimittere, quia e-

xlstimat, se transferre, l. quod meo 18. §. si furioso 2. ff. de acquir. vel amitt. possers. Non enim ibi de dominio, aut juris alterius, sed solius possessionis amissione agitur; quæ, uti facti est, ita etiam facile interveniente naturali traditionis facto a nobis recedit: a possessionis autem amissione ad amissionem domini, alteriusve juris quæsit, nulla argumentatio est; possessione nihil commune habente cum proprietate, l. naturaliter 12. §. ff. de acquir. vel amitt. possers. Eoque pertinere existimo, quod Ulpianus scripsit, differentiam inter dominium & possessionem hanc esse, quod dominium nihilominus ejus manet, qui dominus esse non vult; possessionem autem recedere, ut quisque constituit nolle possidere, l. si quis vi 17. junct. l. 1. §. si vir 4. de acquir. vel amitt. possers. non, quasi invitus retineat rem, si illam pro derelicto habere velit; sed, quod domini jus ab eo non recedat, si rem in alium velit translatam, nisi & re ipsa eandem in illum quoque, qui errans possessionem transferre vult in alium, eandem haud acquirentem, non amittere possessionem, quia quodammodo sub conditione recedit de possessione, l. si me in 34. in fine principii ff. de acquir. vel amitt. possers. Confer de hac questione Castillo Sotomayor de usufr. cap. 66. Sande de cessione ad Elion. cap. 5. n. 35. & dissentientem Vinnium ad §. 3. Instit. de usufr. num. 4.

4. Sed si non usufructum tantum, sed & ipsam rei fructuariæ proprietatem fructuarius dolo malo in alium transtulerit, ipsum in poenam doli usufructu privandum fuisse, aliquando in Hollandia judicatum & supremo revisionis judicio firmatum fuit, in casu, in quo pater, liberorum tutor, in liberorum bonis usufructum habens, domum fructuariam oppignoraverat, nec deinde iudicati exsequendi causa distrahendam executori assignaverat, Groenewegen ad Grotium mandandi. ad jurispruq. Holl. lib. 2. cap. 39. num. 25. Quæ tamen res iudicata cum multis singularibus innititur circumstantiis, & nomination insignem coerceat eamque continuatam fraudem ac machinationem a patre, simulque tutore, in liberorum necem adhibita, vix est, ut ad alios porrigatur fructuariis, simpliciter rei fructuariæ proprietatem alienare aditantes; cum & in fideicommissis facta per patrem fraus insignior in præjudicium filiorum ademptione commodorum punita invenitur, l. Imperator 60. ff. ad Senatusc. Trebell. etiam vulgo nulla talis in fiduciarios, pendente die vel conditione rem fideicommissariam alienantes, poena statuta sit, arg. l. peto 69. §. prædium 1. ff. de legatis 2. l. ult. §. sed. quid 2. & 3. C. communia de legatis. Responsa Mor. Holland. pars. 5. consil. 184. in fine, Leeuwen aens. for. pars. 1. lib. 2. cap. 15. num. 25.

5. Et generaliter, ob solum rei fructuariæ abusu fructuarius non esse usufructu privandum, extra dubium est; cum cautio fructuariæ de utendo fruendo boni viri arbitratu sapius committi possit, manente usufructu; quod non esset, si solo statim extingueretur abusu, l. 1. §. utilis 3. & §. 6. ff. usufructuar. quem caveat. Neque obstat, quod ille, qui non reficit aedes fructuarias ruinosas, prohibetur a domino uti frui, l. hoc amplius 9. §. ult. ff. de damno infecto. Non enim prohibitio ista ad perimendum in perpetuum utendi fruendique jus spectat, sed tantum: temporaria est, donec scilicet fructua-

rius reficere paratus fuerit; eo modo, quo & ei, qui conferre non vult, hereditaria denegantur actiones, donec contulerit, l. §. si cum duobus 13. junct. §. si frater 10. ff. de collation. & usufructus fructuario, cautionem fructuariam interponere recusanti, l. si cuius rei 13. ff. de usufructu & quomodam. qui utat. Berlichius pars. 2. conclus. 50. n. 63. dissentit Christinaus ad Leg. Machin. 1. 19. art. 4. nam: ult. & in addit. Ant. Faber Cod. lib. 3. tit. 23. defin. 2. Castillo Sotomayor de usufr. cap. 21. 23. 24. ea potissimum moti ratione, quod conductorem quoque & emphyteutam ob abusu rei expelli jura sinunt, l. ade quæ 3. C. de locato, autb. qui rem C. de sacros. ecclesiis. Cum tamen diversa plane fructuarii ratio sit, quippe qui depulsus nihil retinet; cum ex adverso emphyteuta canonem, mercedem conductor retineat usu rei spoliatus. Plane, si certus utendi fruendi modus in usufructu constituendo expressus fuerit, velati, ut quis zatus uretur, non hyeme, ut agro ad pascua uretur, & ille hyeme usus sit, aut fœnum segetesve ex agro collegerit, non utendo per modum perire jus usufructus, innuitur d. §. 3. Instit. de usufructu, Vinnius ad d. §. 3. n. 2.

6. Quod si fructuarius omnino non utatur re fructuaria, triennio in mobilibus, decennio inter presentes, vicennio inter absentes in immobilibus, & secundum jus nostrum hodiernum triente seculi, aut secundum alios annis triginta, Grotius mand. ad Jurisp. Holl. lib. 2. cap. 39. num. 26. tali non usu perire usufructum, constitutum est, §. pen. Instit. de usufructu l. penult. §. 1. C. b. t. l. pen. C. de servitut. & aqua; junge Castillo Sotomayor de usufructu cap. 67. etiam ex eo, quod vi de possessione rei fructuariæ dejectus erat, usus non sit, l. si plures 9. §. ult. ff. de vi armata. Si quis parte aliqua rei fructuariæ non fuerit usus, in ea sola usufructum amittit, l. excepta 14. l. placeat 25. ff. b. t. Et, si usufructum habens, constituto tempore tantum utatur, si quidem sciens se usufructum habere, tantum uti voluerit, nihilominus & frui videtur, ac usufructum retinet; si vero ignoret, dicendum est, eum amittere usufructum; cum non ex eo, quod habet, tunc utatur, sed ex eo, quod putavit se habere, l. is, qui usufructum 20. ff. b. t. Nam si usufructus simpliciter sine temporum intervallis constitutus sit; nam si alterius debeatur annis, in totum non usus perit, uti nec capiti diminutione, quia plura legata sunt, annis singulis de novo cedentia, l. 1. §. ult. l. si usufr. alterius 28. ff. b. t. l. cum usufr. 13. ff. de usu & usufr. legato, l. cum in annis 11. ff. de annuis legatis. Quia imo, etiam uni eademque usufructus non simpliciter, sed in annos singulos legatus sit, non unum, sed plura repetita usufructus legata intelligantur; quia commemoratio temporum repetitionis potestatem habet; ideoque nec tunc aliter quam per mortem usufructus cum effectu cessat; l. 2. §. 1. ff. b. t. d. l. 11. ff. de ann. leg.

7. Non utitur autem usufructuarius, si nec ipse utatur, nec nomine ejus alius; puta, qui emit usufructum, vel qui conduxit, vel cui donatus est, vel qui negotium fructuarii gerit, vel meritis pro uxore, vel uxor pro marito absente, l. si uxori 22. ff. b. t. l. non utitur 39. junct. l. si usufructus 35. §.

1. ff. de usufr. & quemad. quis utat. Plane illud interest, quod si vendidero usufructum, etiam si emtor non utatur, videor tamen usufructum retinere, quis qui pretio fruitur, non minus habere intelligitur, quam qui principali re utitur fruitur: quod si donavero, non alias retineo, quam si ille utatur, d. l. non utitur 38. l. 39. & 40. junct. l. si usufructus 35. §. 1. ff. de usufr. & quemad. quis utat. cum qua limitatione accipiendum est, quod paulo generalius Ulpianus dixit, & eum qui vendit, uti, & eum qui locat, uti, & eum, qui precario concedit vel donat, uti, ideoque retineri usufructum, l. arboribus 12. §. usufructuarius 2. ff. de usufructu & quemad. quis utat. Nec est, quod his, quae de donatario non utente dicta, negatur, donantem nihilominus aequae, ac vendentem locantemve, uti videri, quia donatarius etiam non utentem habet sibi ad antidota devinctum, ut venditor emtorem, aut conductorem locator, ad pretium vel mercedem; & loci species est, beneficii debitorem sibi acquirere, l. si pignore 54. §. eum, qui 1. ff. de furtis. Seringeret etiam ista ratio, si eadem antidori quae mercedis pretiive exactio esset; quod non ita est; cum venditi actio, vel locati, facilem reddat promissum mercedis ac pretii impetrationem, adeoque efficacem jure civili obligationem; at antidori persequendi causa nulla actio comparata sit, sed solum subest naturale debitum, ac ne plenum quidem illud, sed solo pudoris vinculo subnixum, sed & si 25. §. contrahit 31. ff. de post. hered. Illud quoque singulare est, quod, ubi fructuarius usufructum non extraneo, sed ipsi proprietatis domino vendidit aut locavit, ac proprietarius deinde rem fructuariam rusticum alteri vel locavit suo nomine vel vendidit, usufructuario usufructum non utendo amittat, etsi a proprietario mercedem pretiumve acceperit, quia non fructuarius sed suo nomine stator, & conductor secundus nomine conductoris primi seu proprietarii, fructus est, l. Pomponius 29. pr. & §. 1. ff. b. t. Quod si utatur quidem fructuarius, malum autem emolumentum sentiat, dum forte agrum colit tam sterilem, ut nullus inde fructus nascatur, ac, juxta valgiervibum, nil profecturis littora bobus arat, adhuc ea ratione usufructum utendo conservari placuit, d. l. 12. §. de illo 3. ff. de usufr. & quemad. quis ut.

8. Rei insuper totali interitu usufructum quoque interire, expeditum: est enim usufructus ius in corpore, quo sublato & ipsum tolli necesse est, pr. & §. pen. Instit. de usufructu. Si pars perierit, in parte superstitite adhuc salvus est, l. si cui insula 52. ff. de usufructu & quemad. quis utat. l. fundi 8. l. 9. l. 10. ff. b. t. adium tamen usufructu constituto, si domus tota perierit, ne aerea quidem aut cementorum usufructus durabit, l. reperti 5. §. rei 2. ff. b. t. d. §. pen. Instit. de usufr. & ita observari testatur Grotius Manuduct. ad jurispr. Holl. lib. 2. cap. 39. n. 20. & seqq. nisi non specialiter domus ceita, sed bonorum omnium usufructus legatus sit, cum in bonorum substantia aerea quoque numeretur, l. quotiens 34. §. ult. ff. de usufr. & quemad. quis utat. Quamvis aliud in edibus specialiter pignori obligatis, aut proprietatis jure legatis placuerit; adum & aerea & rudem post domum destructam legatario araganda sunt, ac creditori devincta manent, l. si

grege legato 22. in fine ff. de legatis 1. Paulus 29. §. domus 2. & l. ult. ff. de pign. & hyp. Cuius varietatis hanc puto rationem esse, quod in pignore quidem hoc inter debitorem & creditorem tacite adum censetur, ut quam maxime creditori cautum sit, arg. l. ult. C. qua res pign. dari, maxime vero tunc cautum intelligitur, cum & arena post domum collapsam devincta manet. Proprietatis autem legatum nihil in se comprehendit, quod contra dominii naturam est; cum ex adverso usufructus legatum servitutem inducat libertati naturali & dominio, dominis suis utilitatem praebenti, contrariam, quibus consentaneum erat, ut facilius evanesceret usufructus legatum, quo res rediret ad statum naturalem, quam legatum proprietatis, nihil praeter naturam involvens. Qua ratione usufructum quoque gregis interire responsum est, cum usque eo numerus pervenit gregis, ut grex non intelligatur, l. ult. ff. b. t. etsi proprietate gregis legata vindicatio legati supersit, ubi ad unam ovem grex pervenit; & in uno capite stat nomen universitatis, §. si grex 13. Instit. de legatis, junct. l. si quis 7. in fine ff. quod cuiusque universit. nom. l. si grege 22. ff. de legatis 1. Pecoris quoque usufructu dato, & pecore extincto, neque carnis neque corii superesse usufructum, Gaius asserit, l. pen. ff. b. t. Contra, si proprietate legetur, extincti animalis corium & cornu vindicari posse, si legatum vindicationis relicta sit, alibi dictum iit. de rei vindicat.

9. Quod si res fructuario non interierit, sed omnimodam formae mutationem passa sit, perinde ac interitu perire jus usufructus, receptum fuit, sive proprietarius mutaverit, sive extraneus, l. reperti 5. §. rei mutatione 2. ff. b. t. finge, aerea usufructus datum imponi; ex stagno vel lacu agrum fieri, vel ex agro stagnum lacumve; ex vasis aureis argenteisque massam, aut contra; ex sylva fructuaria arum arboribus caesis; ex balneo habitationem; ex taberna dictam, l. reperti 5. §. ult. l. quid tamen 10. §. 12. 3. 4. 5. 6. l. si cui 12. ff. b. t. Sed & si quadrigae usufructum datum proponas, uno ex equis decedente, uti quadriga esse desinit, ita & usufructus in residuis tribus non manebit; nisi vivo testatore mors equi unus intervenierit, inque locum ejus alius ante diem legati cedentem substitutus sit, l. quid tamen 10. §. ult. l. 11. ff. b. t. sed quia equorum quatuor usufructu legato, si unus perierit, in tribus reliquis usufructus perdurat, d. l. 10. §. ult. ff. b. t. viam nonnullis est, subtilius hac parte Romanos distinxisse, quam ut hodie admitteretur in quadriga interitus usufructus ex equi unus mortalitate. Ita post Mornacium & Autumnum Groenewegen ad l. 65. §. 1. ff. de legatis 2. Ant. Matthaeus de successione in in auctario de divorzio legum & usus n. 48. Si vero non in universum, sed pro parte tantum, forma rei mutata sit, usufructus durat; veluti, si fundi legato usufructu villa diruta sit; sive villa fundi accessio sit, l. fundi 8. & 9. ff. hoc t. sive contra fundus fuerit accessio villa, & villa perierit; si modo, ut ante dictum, non villa sed fundi usufructus legatus sit, l. quid tamen 10. pr. ff. b. t. neque enim dubium, quin d. l. 10. cohaereat legi 8. & 9. adeoque de eodem casu fundi legati accipienda est. Alioquin enim, ubi non fundi, sed villa usufructus legatus est, villa diruta

eur non æque usufructus in villa fundo cessaret, quam in arena domus fructuarie destructæ, ratio non apparet. Sic nec fundi legati usufructus interit, si arva in venas, aut contra, mutantur, *l. quod tamen* 10. §. non tamen 4. ff. b. t. vel summa ex fundo fructuario terra sublata sit, aliaque regesta, *l. cum usufructum* 24. §. ult. ff. b. t. Idemque dicendum, si vel domus vel navis non simul & semel demolita fuerit, sed paulatim adeo per partes resecta, ut nihil ex pristino supersit, & omnis nova facta sit, *d. l. 10. §. non tantum* 1. & §. pen. ff. b. t. *l. si ita legatum* 65. §. ult. ff. de legatis 1.

10. Posito autem usufructus interitu per interitum rei aut universalem forme mutationem; illud non satis expeditum est, utrum restituta re, aut forma priore reducta, revivascit? Distinctione adhibita dissidium componi posse puto: si enim non eadem numero, sed similis tantum res similisque forma restituta sit, usufructum manere peremptum verius est. Qua ratione post demolitam destructamve domum fructuariam in nova domo reposita nullum jus fructuario renascitur: & si scyphi usufructuarii sint in massam redacti; In novis scyphis inde factis, etsi eodem artificio & celatura, non redintegratur pristinum usufructus jus: cum neque eadem domus sit, neque scyphi iidem, quorum usufructus datus erat, *l. qui usufructum* 36. ff. de usufr. & quemadmodum quis utat. *l. quid tamen* 10. §. non tantum 1. ff. b. t. Annzus Robertus rer. judicat. tib. 4. cap. 8. Joh. Papon. lib. 14. tit. 2. arret. 4. Denique, si navis dissoluta sit, iterumque iisdem tabulis, nulla præterea adjecta, restaurata, usufructum non redire in dubio placuit, *d. l. quid tamen* 10. §. pen. ff. b. t. licet in navi non tam juris, quam voluntatis questionem esse, colligi possit ex *l. inter stipulantes* 83. §. sacram 5. de verb. obligat. Contra, si eadem numero res, quæ interierat, rursus quasi ab interitu resuscitata sit, usufructus quoque pristinum in statum revertitur. Adeoque, licet per impositam aream fructuarie domum usufructus areæ esse desinat, decidentibus tamen aut deustis ædibus, iterum incipit ejusdem areæ utilitas fructuario deberi, *l. qui usufructum* 36. pr. *l. si in area* 71. ff. de usufr. & quemadmodum quis utat. *l. repeti* 5. §. ult. *l. 6. 7. ff. b. t.* quia eadem area est, *l. qui res* 99. §. ult. ff. de solus. Agro quoque fructuario inundato, vel capto ab hostibus, instauratur usufructus, ex quo aqua recessit aut postliminii jure ager receptus est, *l. si ager* 23. *l. 24. pr. l. si ager ab hostibus* 26. ff. b. t. Plane, si fundus fructuarius a flumine novum alveum faciente occupatus sit; quemadmodum novi alvei derelicti proprietates ad pristinos dominos jure proprietatis non revertitur; ita nec jure usufructus ad fructuarios, sed magis prædia vicina habentibus cedit, *d. l. cum usufructum* 24. ff. b. t.

11. Denique utendi fruendi jus impeditur, existente die vel conditione, ad quam usufructus constitutus erat, *l. interdum* 15. ff. b. t. Unde &, si Titio per testatorem usufructus alicujus rei sub conditione legatus sit, & pendente ea hæres ejusdem rei usufructum alteri concesserit, existente deinde conditione usufructus finietur per heredem datus, quasi jure hæredis circa usufructum resolutio per eventum conditionis, usufructum priorem jam confirmantis, *l. si sub conditione* 16. ff. b. t.

12. Quod si usufructus uxori per maritum vel alteri cuicunque relictus sit, donec communis filius vel alius prorsus extraneus ad pubertatem, aut majorannitatem, aliamve ætatem certam pervenerit; statim usufructus ad illud usque tempus, quod testamento expressum est, sive is, in cujus ætatem conceptum est usufructus legatum, ad eos pervenerit annos, sive maturius in fata concesserit; cum non tam ad vitam lætius hominis, quam ad certa annorum curricula respiciat testator credendus sit, *l. ambiguitatem* 12. C. de usufr. et habit. Sed &, si usufructum legatum proponas, donec in furore filius vel alius quisquam remanserit; illo quidem resipiente evanescat usufructus, quasi existente conditione, ad quam constitutus est: at si adhuc in furore perdurans decesserit, usufructum manere placuit, quasi in fructuarii ipsius vitam relictus esset, quia potuisset ille, in cujus resipiscentiam collatus erat finis usufructus, si diutius vixisset, *d. l. 12. §. sin autem* 1. C. de usufr. et habit. Adde Brunne-mannum ad *d. l. 12.*

13. Quoties autem in diem, aut usque ad conditionem, usufructus constitutus est, ita demum in id tempus perdarabit usufructus si fructuarius eo usque superstes sit: ipso enim ante moriente, usufructum interire, nec ad hæredes transmitti posse, imperator ait; cum morte usufructum penitus extingui, indubitat juris sit, *d. l. 22. C. de usufr. et habit. arg. l. 2. §. 1. ff. b. t.* Castillo Sotomayor de usufr. cap. 62. n. ult. Plane præter mortis casum usufructus ad certum tempus legatus usufructuario cum effectu non perit per modos alios, quibus vulgo usufructus amitti solet, quia tunc, cum certum tempus est appositum, veluti decennium, repetitus censetur usufructus in casum amissionis per capitis diminutionem aut alios modos, iterumque eidem novus datus, donec dies extiterit; perinde ac si testator nominatim addidisset, quoties quis capite minor erit, vel quoties usufructus amissus erit, eundem ei de, lego: usque adeo ut legato usufructu cum illa adjectione, quamdiu fructuarius vivit, etiam tunc usufructus toties credatur de novo repetitus, quoties vivo fructuario amissus fuerit, *l. sicut* 3. pr. ff. b. t.

14. Ceterum neque alienatione, neque noxæ dedicatione per proprietarium facta, neque proprietatis usucapione usufructum interire, expeditum est, *l. locum* 17. §. proprietarius 2. ff. de usufructu et quemadmodum quis utat. *l. iusto errore* 44. §. non mutat. 5. ff. de usucapion. Quemadmodum & certum, nuda proprietatis dominum, finito usufructu incipere pleno jure dominum esse: quod pluribus exsequitur Castillo Sotomayor de usufr. c. 75. 76.

## TITULUS V.

De Usufructu earum rerum, quæ usu-  
consumuntur.

## SUMMARI A.

1. In fungibilibus est quasi usufructus, etiam cum omnium bonorum usufructus legatus est.
2. An etiam actu inter vivos committi possit?
3. Qua rati fungibilibus hic continentur? an et no-

mina; an & rursus accata ex lapidinis vel metallifodinis in fundo fructuario existentibus?

4. An & quo modo in vestimentis sit verus aut quasi usufructus? & quid moribus?

1. Cum in rebus fungibilibus verus non posset usufructus constitui, dum usu consumuntur nec salva post usum esse potest earum substantia; Senatusconsulto quasi usufructum in illis admitti placuit; quo ita traduntur res fungibiles, ut, dominio earum in accipientem translato, non eadem in specie, sed in genere, seu res similes ejusdem quantitatis & qualitatis, restituantur; aut earum aestimatio, quae fuit tempore usufructus acquisiti, l. 1. 2. l. si vini 7. ff. b. 1. §. constituitur 2. Instit. de usufructu, Pockius de testam. conjug. lib. 5. cap. 24. num. 4. Ant. Matthaeus de servitut. disput. 3. lib. 11. 12. quasi usufructus fungibilium etiam tunc datus censi debet, cum alicui bonorum omnium usufructus legatus est, in quantum in bonis reperiuntur ea, quorum usus in abusu est, arg. l. 1. C. de usufructu, l. usuri mea 37. ff. de usu & usufr. legato. Hugo Grotius manu dicit. ad jurisprud. Holl. lib. 1. cap. 59. n. 27. & seqq. licet aliter olim Ciceroni in Topicis num. 15. a contrariis, visum fuerit, non debet, inquit, ea mulier, cui vir bonorum suorum usufructum legavit, celis vinariis & oleariis plenis relictis, putare, id ad se pertinere; usus enim, non abusus, legatus est, Nec mirum; nondum quippe conditio Senatusconsulto, quo ad res, quae usu consumuntur, usufructus porrectus fuit. Quo modo & Ulpianus in fragm. tit. 24. §. 26. scripsit, usufructum jure civili legari earum rerum, quarum salva substantia utendi fruendi potest esse facultas; mox tamen Senatusconsulti de rebus fungibilibus conditi injiciens mentionem in seq. §. 27. Confer Galvanum de usufructu cap. 3. n. 3.

2. Etsi autem ultima plerumque constitutio voluntate; nihil tamen vetat, quominus ad exemplum veri usufructus etiam actu inter vivos introduatur: in mutuum propterea nequaquam degeneratur; cum nihilominus maxima & media finiat capitis diminutione d. §. 2. Instit. de usufructu, & aestimatio reddi possit, ac cautio de restituendo interponi debeat, si exigetur, l. hoc Senatusconsultum 5. §. 1. l. si vini 7. ff. b. 1.

3. Ceterum, uti in auro, argento, aere, oleo, frumento, vino, similibusque, ac in ipsa numerata pecunia quasi usufructum constitui indubitati juris est, d. §. 2. Instit. de usufructu, ita in nominibus quoque eundem amitti, post Jurisconsultorum varietates obtinuit, l. post. quod 3. ff. b. 1. in quantum nomine in usufructum dato, pecunia ipsa data intelligitur, quae ex tali nomine venit exigenda, arg. l. 1. C. de usufructu. Et, quae tit. 1. dictum fuit, ad fructuarium fundi etiam lapidinas, cretifodinas, metallifodinas, aliaque similia pertinere, adeo ut, si non renascantur metalla vel lapides, fructuario liceat eruta atque excisa vendere, pretioque uti, consequens est, ut & haecenus erutorum casorumque credamus quasi usufructum esse, ac obstructum fructuarium, ut pro restituenda eorundem aestimatione interponat, arg. l. fructus 7. §. si vir 13. & 14. ff. soluto matrim. l. ult. ff. de fundo dotali, l. si ex lapidinis 32. ff. de jure dot. & ideo per usufructum

Voet ad Pandect. Tom. II.

simpliciter positum in l. veluti si 6. ff. de servit. praed. rustic. non verus, sed quasi usufructus denotatur. Vide Sande docit. Frisic. lib. 5. tit. 3. def. 2. Thomingius decis. 12. n. 4. & seqq. Berlichius consue. pract. part. 3. consue. 35. n. 21. 22. Ant. Matthaeus de servitutibus disp. 3. tit. 4. §. 5. 6.

4. De vestimentis questio magis anceps est, cujus cardo potissimum in eo vertitur, an vestes satis apte fungibilibus accenseri queant; eo enim firmato, dubium vix erit, quin & quasi usufructum recipere possint. Fungibilibus autem vestes annumerari potuisse, non modo Justinianus auctor est, dum in d. §. 2. Instit. de usufructu, conjungit vinum, oleum, frumentum, vestimenta, & his proximam pecuniam numeratam: sed & Constantinus, dum in l. pro auro 25. Cod. de usuris, ait, pro auro, argento & veste facto chirographo licitas solvi vel promitti usuras; vestem annuerans rebus illis, quarum nomine usurae prestantur, quas tamen non nisi ex rebus fungibilibus praestari certum est. Nec facile aptiorem facti speciem dictae legi 25. accommodaveris, quam si in auro, argento & veste quasi usufructum constitutum concipias, & aestimatis hisce rebus fructuarium cavisse de tanta pecuniae quantitate reddenda, ubi mortuus aut capitis diminutionem passus fuerit, quanti ha fuerint aestimatae, ex praescripto d. §. 2. Instit. de usufr. & d. l. si vini 7. ff. b. 1. ac de eo chirographum factum esse, cum promissione usurarum in casum morae. Praesertim, si consideres, quasi usufructum temporis posterioris inventum esse ex Senatusconsulto; & Imperatorem, auctorem d. legis 25. id quod, ex usuris, ex auro, argento, veste praestandis, definiti, tanquam quid novi constituisse, seu jurisse, secundum verba legis, adeoque permisit e, ut usurae nomine auri, argenti, vestis, in quasi usufructum datae, in conventionem deduci ex mora possent, ac voluisse totum populum ejus rei certiore facere per d. l. 25. quae, tanquam edictum, ad populum totum directa fuit. Nec satis apte diveris, in d. l. 25. talem facti speciem esse, qualis proponitur in l. si pro 8. C. si certum petatur. Et enim, cum id d. l. 25. jus novum a Constantino inductum sit, ut ex antedictis apparet, frustra fuerit, qui in lege, pluribus annis anteriore, rem eandem jam fuisse decisam contendere velit. Quin potius in d. l. 8. non aliud comprehensum est, quam quod etiam a Jurisconsulto traditum fuerat in l. rogasti 11. ff. de rebus creditis; fidem nempe traditionem in mutuo probatam esse, dum mutuum roganti res aliae dabantur vendendae aestimatae, ut pretium inde redactum mutuum esset; & mutui istius nomine usuras legitimas in conventionem recte deduci, Brunnemanus ad d. l. 8. Denique, cum Jurisconsultus in l. 1. ff. b. 1. expresse definiat, Senatusconsulto inductum videri, earum rerum, quae usu tolluntur vel minuantur, possit usufructus legari; neque praeter vestimenta res ulla alia in legibus occurrat, circa quam quasi usufructus esset ideo, quia usu minuitur, necesse est, in vestimentis, tanquam usu minuendis, ex Senatusconsulto quasi usufructum esse. Oleum certe, & vinum, & frumentum, usu non minui, sed in totum tolli res ipsa loquitur; pecuniam numeratam, aurum, argentum, aes, ratione corporis nullo modo minui, expensione, adnumeratione, appensione, sed corpora eadem multoties expensa, ejusdem manere quantita-

is ejusdemque valoris, sed interim expendenti, adnumeranti, appendenti in totum perire, quatenus ita dominium & utilitas ab eo recedit, non vero diminui, expeditum est. Aut ergo in *d. l. 1. §. b. r. eximendum* quoque erit illud *minui*, aut, si retineas, retinendum quoque fuerit in *§. 2. Inst. de usufructu*, vocabulum *vestimentorum*; quippe in quibus solis *diminutio per usum* in *d. 1.* occurrens, veritatem & exemplum invenire potest. Quibus adstructis, inter vestes quotidianas, & scenicas seu pompaticas distinguendum puto. In scenicis quidem aliisque id genus vestimentis usufructum verum consistere vix ambigitur: cum enim scenica vestis vel aulæ vel alterius apparatus usufructum habens, alibi quam in scena isæ uti nequeat, *l. sed si quid 15. §. proinde 5. §. de usufructu & quomodo quis utat*. rarior horum usus efficit, ut non inepte domui aut servo aut iumento, quia senio quoque aut vetustate minuantur & deteriora fiant, comparentur, atque ita eorum exemplo non quasi, sed verum admittant usufructum, *d. l. 1.* In quotidianis autem vel verum vel quasi usufructum esse posse censeo testatoris arbitrio; qui, si vestimentorum usufructum legaverit, ut quantitatis, quasi usufructum dedit, si non ut quantitatis, sed ut corporis, verum constituisse dicendum est. Quod non obscure confirmat Ulpianus in *d. l. 15. §. 2. §. si vestimentorum 4. ff. de usufructu*, dum enim ibi ait, *si vestimentorum usufructus legatus sit, non sic, ut quantitatis usufructus legatur, dicendum est, ita ut cum debere, ne abutatur*; sequitur a contrario, vestimentorum quoque usufructum sic posse legari, ut quantitatis usufructus legatur: ne alioquin inutilia prorsus ac superflua videantur illa verba, *non sic ut quantitatis usufructus legatur* (sic enim legendum non sinit, ut sensus legis constet) si vestimenta nunquam in materia usufructus ut quantitatis, sed semper ut corpora, venirent considerata. Quod si ergo testator ea, ut fungibilia in usufructum concesserit, abuti his fructuariis potest ac tunc astimatis illis, de certa pecunia quantitate post usufructum finitum restituenda tenetur cavere, *d. §. 2. Inst. de usufructu*. Contra, si eorum usufructum legaverit ut corpora, ipsa finito usufructu in specie reddenda sunt, nec injurius erit fructuarius, aut tenebitur, si ea reddiderit sine dolo malo attrita, *l. si usufructus 9. §. si vestis 3. ff. usufructu quomodo cavet*. Ut tamen inter vestes quotidianas ac scenicas vel fanebres illud intersit, quod fructuarius vestem quidem scenicam aut fanebrem (de quibus agit *§. e. d. legis 15.*) reddere videatur sine dolo malo attritam, licet per conductores aut commodatarios in usum scena attrita esset, dum non quilibet, sed soli viliores homines in scenam prodire solebant, quibus alii tunc vestes pretiosas similisque alium scenæ apparatus locabant vel commodabant, sic ut & ipsi prætores scenicis, & alii prætoribus ludos edictis, dicantur commodato dedisse, *l. si, ut certo 5. §. internum 10. ff. commodati*, at quotidianæ vestis usufructum habens, non sicut quantitatis, non aliter videatur sine dolo malo attritam reddere, quam si ipse attriverit; quia vir bonus quotidiana veste uti ipse solet, non alius locare: ac de his quotidianis agit *d. l. 15. §. 4.* Firmatque hanc distinctionem, quod & pecuniam numeratam (que vestimentis in materia usufructus proxima esse di-

citur, *§. 2. Inst. de usufructu*) vel ut corpus velut quantitatem considerare possimus, *l. si, in cui 94. §. sin autem 1. ff. de solutione*, atque etiam a testatoribus dupliciter considerata invenitur; in quantum, simpliciter *decem legatis*, quantitas legata intelligitur, ac debita est, licet nulla pecunia numerata in patrimonio testatoris reperitur; ut, *legatis decem, quæ sunt in arca*, magis certum corpus videtur relictum adeo ut, totis decem in arca non inventis, nihil aliunde præstandum sit, *l. plane, ubi 34. §. sed hoc ita 4. l. si servus legatus 106. §. qui quinquæ 10. ff. de legatis 1.* Nec est quod quisquam moveatur his, quæ in contrarium allata a Donello *comment. jur. civis lib. 10. cap. 4. Vinnio ad §. 2. Inst. de usufructu n. 2.* aliisque. Quod enim non consumi, sed atteri vestes quotidianas sinit, debilius est; cum necessaria in quasi usufructu non sit plenaria rerum fungibilium consumptio, sed sufficiat, quod per usum desinant usui esse ei, cui quasi usufructus earum datus est, sive usui tollantur in totum, sive minuantur, ut ante dictum, *l. 1. in fine ff. b. r. Conser Galvanum de usufructu cap. 3. n. 6.* adeoque, quemadmodum pecunia expendendo perit salvis licet manentibus numerorum corporibus, ita & vestis attritione desinit esse usui, etsi vestis detritæ corpus supersit. Quæ & ratio fuit quod Imp. in *d. §. 2. Inst. de usufructu* dixit, *vestimentis proximam esse pecuniam numeratam*; similitudine procul dubio in eo posita, quod utrobique post absum, id est attritionem, atque expansionem, corpora manent in rerum natura. Ut proinde frigidius videatur, quod ad eludendum argumentum ex *d. l. ff. b. r. petitum*, Vinnius ait ad *§. 2. Inst. de usufructu* per ea, quæ *usu minuantur*, denotari res illas, quæ per partes consumuntur. Cum utique naturaliter constet, omnes res fungibiles per partes consumi, quatenus ex majore rerum fungibilium quantitate alia absumuntur, alia adhuc consumptio in futurum asservantur; dum neque totus modicus aut ager frumenti, neque totum dolium olei vel vini uno momento comeditur aut exhaustitur, & tamen illarum partium absumptionem id operari, ut neque minuantur, quæ absumpta sunt, neque minuantur necdum absumpta; sed absumpta quidem in totum absumptis perierint, non absumpta siue ulla sui diminutione integra apud quasi fructuariam remaneant, donec ei placuerit ista quoque per usum absumere: sic ut omnia fungibilia vel debeant contineri sub consumendis, quatenus per partes consumuntur, vel debeant comprehensa esse sub diminuendis, adeoque vel *consumptionis* vel *diminutionis* superflua mentio videatur; quod non erit, si per *usu diminuenda* designentur vestimenta. Non magis jurat, quod vestes commodari atque locari posse probatur ex *l. si, ut certo 5. §. internum 10. ff. commodati*, *§. pen. Inst. de locatione*, quorum tamen contractuum ea natura est, ut in res fungibiles usus pereuntes non cadant. Etiam primo quidem in fungibilibus quoque rebus commodatam consistere, nihil vetat, si modo illis dentur, ut non fungibiles: quomodo in ipsa numerata pecunia (quam vestimentis proximam esse dixit Imp., non tantum tantum, sed & commodatum esse, quoties ad pompam & ostentationem, ac dicis gratia, usus ejus datur ex Ulpiano & Cajo dicimus *l. sed mihi 3. §. ult. l. 4. ff. commodati*. Sed &



secundo, uti in veste commodatum atque locatio est, ita verum quoque usumfructum esse posse, inficias eundem non est; ac supra jam demonstratum, maxime, si de scenicis questio sit, uti de iis agit d. l. 5. §. 10. ff. commodati, sed id non impedit quo minus in quot dianis, perinde ut in cetera quantitatibus seu rebus fungibilibus, etiam quasi usufructus constituantur, ut jam probatum, animo scilicet ac destinatione patrisfamilias, usumfructum vestimentorum concedentia, efficiente, ut fructuarius iis vel utatur tantum, & in specie restituit, vel abutatur, ad estimationem reddendam cautione devinctus. Nec recte dixeris, ea ratione in ceteris quoque rebus, velut jumentis, servis alisque, quasi usumfructum posse constitui, dum testator eas res estimatas dat utendas sub cautione certa pecunia restituenda, finito usufructu, l. si vini 7. ff. b. s. atque ita nihil esse in vestimentis peculiare. Non enim istam de quasi usufructu, in jumentis & servis ceterisque rebus non fungibilibus constituendo, assertionem facile admittere, quisquis perpendit, non nisi in subsidium & utilitatis causa ex Senatuseonsulto quasi usumfructum in iis fuisse rebus inductum, quae per usum tolluntur vel minuantur, l. 1. in fine ff. b. t. quod in vestimentis quidem evenit, in servis vero ac jumentorum usus ac operum exercitium boni viri arbitratu non deteriore, sed plerumque meliorem faciat eorum conditionem, uti ex diverso torpent ut plurimum & corrumpuntur otio, inertia, ac quiete, minusque in posterum utiles apparent operum prestationes. Neque etiam tale quid, quale obicitur, habet d. l. si vini 7. ff. b. t. quippe in qua dum Gajus vult, idem quod in olei, vini, frumenti usufructu legato obtinet, de ceteris quoque rebus, quae usu continentur, intelligendum esse, non alias res respexit, quam quae aquae ac oleum, vinum atque frumentum, fungibilibus adnumerari solent, qualia sunt aurum, argentum, aes & similia, quae pondere, numero ac mensura constat & admetiendo, adnumerando aut appendendo in hoc dantur, ut accipientium fiant, ut ait Imp. pr. Instit. quib. mod. re. contrah. obligat. nec alio sensu in d. l. 7. dicuntur usu contineri, quam quia nihil in his rebus praeter usum est, nihil post usum superest, dum usus in abusu & consumatione consistit: imo quas res Gajus dixit usu contineri, Ulpianus descripsit, ut tales quae in abusu continentur, in fragmentis sit. 24. §. 27. Et generaliter illud quidem verum est, res fungibiles ex patrisfamilias destinatione posse rerum non fungibilium naturam induere quantum ad effectus; ac ut res non fungibiles induerent naturam fungibilium, exemplo nullo satis idoneo ex legibus probare posse crediderim. Concludo itaque, in vestimentis scenicis atque pompaticis perinde ac in suppellectile, verum, in quotidianis quasi usumfructum in dubio praesumendum esse, si juris civilis principiis inhaerendum sit, etiam me non fugiat, aliquando in Hollandia judicatum fuisse, in vestimentis omniique apparatus lineo, laneo, lectis, stragulis similibusque, aquae ac in reliqua suppellectile, non quasi sed verum usumfructum legato intelligi, & liberari fructuarii singula reddendo corpora, licet sine dolo malo attrita, nec compellendum, ut de estimatione restituenda cautionem interponat, nisi aliud testator constituit; si fides auctori appendicis deci-

sionum utriusque curiae post consil. Holland. part. 3. vol. 1. pag. 37.

## TITULUS VI.

Si usufructus petatur, vel ad alium pertinere negetur.

## SUMMARIUM.

1. Cur non aquae circa res corporales, ac circa servitutes, negatoria actio recepta sit?
2. Quid si confessoria actio; & an fructuarius aut habes ejus de fructibus praeteriti temporis agere possit, si pendente lite usufructus finitatur?
3. Quid si negatoria? utraque etiam possidemiibus datur; quod non ita est in rei vindicatione. Quem casum designaverit Imp. in §. 2. Inst. de action. in fine, ubi in rei vindicatione is, qui possidet, actoris partes obtinet?
4. An si maritus uxori bonorum suorum usufructum legaverit, vidua privata auctoritate possit in bonorum iterum possessione manere, aut ea occupare?

1. **O**ccasione usufructus ac ceterarum servitutium sive personalium sive realium, duae in jure nostro actiones sunt proditae: confessoria & negatoria. Quae negatoria etiam contraria dicitur, l. si cuius 8. ff. si servus. vind. Quod autem duplex hic actio sit, cum rerum corporaliu inuitu unica tantum rei vindicatio competat, ejus hanc meriti rationem dixeris, quod, qui agit, de suo jure, non de alieno, contendere debeat, ac quod sibi, non quod alteri debetur persequi l. uti frui 5. pr. ff. b. t. pr. Instit. de action. In rebus autem corporalibus ita comparatum est, ut ex eo, quod actor negat, rem esse adversarii in possessione constituti non necessario sequatur rem petitoris esse; quia adtertium extralitem positum jure domini posset pertinere. Cum ergo negatione simpliciter, rem possessoris esse, nullum sibi ipse jus quisquam asserat, inutilem esse in rebus corporalibus negatoriam actionem, sponte patet; namque victoriam illic obtinente, nisi qui rem suam esse affirmaverit pariter atque probaverit. At ex adverso in servitutibus, quisquis rem suam alteri personae aut rei servire negat, eo ipso libertatem suae rei assertum it; in quantum negationi servitutis inest affirmatio libertatis ab eo, quod per alium arrogatur, servitutis onere atque jure: ac proinde utilis hic esse potest negatoria actio; quippe quae non de jure tertii, sed suo, rei suae libertate, contendit, eandemque vindicat adversus eos, qui servitutem non jure nitentur usurpare, d. l. uti frui 5. ff. b. t. l. loci corpori 4. §. competit 7. ff. si servus vindic. Arnold. Vinnius ad §. 2. Instit. de action. num. 6.

2. Confessoria (forte sic dicta, quia adversarius per eam adigitur sateri, rem suam servire) est actio civilis in rem, arbitraria, competens ei, cui usufructus constitutus est. Non ei, cui tantum contractus promissus, sed nec dum quasi traditione acquisitus fuit, quippe cui sola personalis ex contractu actio data foret. Uti nec vero domino; cum ei non possit res sua servire, l. uti frui 5. ff. b. t. Adversus quemvis rei fructuariae possessorem, aut in possea-

tis ejusdemque valoris, sed interim expendenti, adnumeranti, appendenti in totum perire, quatenus ita dominium & utilitas ab eo recedit, non vero diminui, expeditum est. Aut ergo in *d. l. 1. §. b. t. eximendum* quoque erit illud *minui*, aut, si retineas, retinendum quoque fuerit in *§. 2. Inst. de usufructu*, vocabulum *vestimentorum*; quippe in quibus solis diminutio per usum in *d. l. 1.* occurrens, veritatem & exemplum invenire potest. Quibus adstructis, inter vestes quotidianas, & scenicas seu pompaticas distinguendum puto. In scenicis quidem aliisque id genus vestimentis usufructum verum consistere vix ambigitur: cum enim scenica vestis vel aliai vel alterius apparatus usufructum habens, alibi quam in scena illi uti nequeat, *l. sed si quid 15. §. proinde 5. §. de usufructu & quomodo quis utat*, ratio horum usus efficit, ut non inepte domui aut servo aut jumento, quam senio quoque aut vetustate minuantur & deteriora fiant, comparentur, atque ita eorum exemplo non quasi, sed verum admittant usufructum, *d. l. 1.* In quotidianis autem vel verum vel quasi usufructum esse posse censeo testatoris arbitrio; qui, si vestimentorum usufructum legaverit, ut quantitatis, quasi usufructum dedit, si non ut quantitatis, sed ut corporis, verum constituisse dicendum est. Quod non obscure confirmat Ulpianus in *d. l. 15. §. 1. & si vestimentorum 4. ff. de usufructu*, dum enim ibi ait, *si vestimentorum usufructus legatus sit, non sic, ut quantitatis usufructus legatur, dicendum est, ita ut cum debere, non adbeat*; sequitur a contrario, vestimentorum quoque usufructum sic posse legari, ut quantitatis usufructus legatur; ne alioquin inutilia prorsus ac superflua videantur illa verba, *non sic ut quantitatis usufructus legatur* (sic enim legendum non sicut, ut sensus legis constat) si vestimenta nunquam in materia usufructus ut quantitatis, sed semper ut corpora, venissent considerata. Quod si ergo testator ea, ut fungibilia in usufructum finitum concesserit, abuti his fructuariis potest ac tunc aestimatis illis, de certa pecunie quantitate post usufructum finitum restituenda tenetur cavere, *d. §. 2. Inst. de usufructu*. Contra, si eorum usufructum legaverit ut corpora, ipsa finito usufructu in specie reddenda sunt, nec injurius erit fructuarius, aut tenebitur, si ea reddiderit sine dolo malo attrita, *l. si usufructus 9. §. si vestis 3. ff. usufructu quomodo caveas*. Ut tamen inter vestes quotidianas ac scenicas vel funebres illud interat, quod fructuarius vestem quidem scenicam aut funebrem (de quibus agit *§. e. d. legis 15.*) reddere videatur sine dolo malo attritam, sicut per conductores aut commodatarios in usum scena attrita esset, dum non quilibet, sed soli viliores homines in scenam prodire solebant, quibus alii tunc vestes pretiosas similemque alium scene apparatus locabant vel commodabant, sic ut & ipsi prætores scenicis, & alii prætoribus ludos edituris, dicantur commodato dedisse, *l. si, ut certo 5. §. interdum 10. ff. commodati*; at quotidianæ vestis usufructum habens, non sicut quantitatis, non aliter videatur sine dolo malo attritam reddere, quam si ipse attriverit; quis vir bonus quotidiana veste uti ipse solet, non alibi locare: ac de his quotidianis agit *d. l. 15. §. 4.* Firmatque hæc distinctionem, quod & pecuniam numeratam (que vestimentis in materia usufructus proxima esse di-

citur, *§. 2. Inst. de usufructu*) vel ut corpus velut quantitatem considerare possumus, *l. si, in cui 94. §. si autem 1. ff. de solutione*, atque etiam a testatoribus dupliciter considerata invenitur; in quantum, simpliciter decem legatis, quantitas legata intelligitur, ac debita est, licet nulla pecunie numerata in patrimonio testatoris reperiat; ut, *legatis decem, quæ sunt in arca, magis certum corpus videtur relictum adeo ut, totis decem in arca non inventis, nihil aliquid præstandum sit, l. plane, ubi 34. §. sed hoc ita 4. l. si servus legatus 106. §. qui quinque 10. ff. de legatis 1.* Nec est quod ququam moveatur his, quæ in contrarium allata a Donello comment. jur. civilis lib. 10. cap. 4. Vinnio ad *§. 2. Inst. de usufructu n. 2.* aliisque. Quod enim non consumi, sed atteri vestes quotidianas ajunt, debilius est; cum necessaria in quasi usufructu non sit plenaria rerum fungibilium consumptio, sed sufficiat, quod per usum desinant usui esse ei, cui quasi usufructus earum datus est, sive usu tollantur in totum, sive minuantur, ut ante dictum, *l. 1. in fine §. b. t.* Confer Galvanum de usufructu cap. 5. n. 6. adeoque, quemadmodum pecunia expendendo perit salvis licet manentibus numerorum corporibus, ita & vestis attritione desinit esse usui, etsi vestis detritæ corpus supersit. Quæ & ratio fuit quod Imp. in *d. §. 2. Inst. de usufructu* dixit, vestimentis proximam esse pecuniam numeratam; similitudine procul dubio in eo posita, quod utrobique post absum, id est attritionem, atque expansionem, corpora manent in rerum natura. Ut proinde frigidius videatur, quod ad eludendum argumentum ex *d. l. 1. §. b. t.* petitur, Vinnius ait ad *§. 2. Inst. de usufructu* per ea, quæ usu minuantur, denotari res illas, quæ per partes consumuntur. Cum utique naturaliter constet, omnes res fungibiles per partes consumi, quatenus ex majore rerum fungibilium quantitate alia assumuntur, alia adhuc consumptio in futurum asservantur; dum neque totus modicus aut ærervus frumenti, neque totum dolium olei vel vini uno momento comeditur aut exhauritur, & tamen illarum partium assumptionem id operari, ut neque minuantur, quæ absumpta sunt, neque minuantur necdum absumpta; sed absumpta quidem in totum assumptionis perierint, non absumpta sine ulla sui diminutione integra apud quasi fructuarius remaneant, donec ei placuerit ista quoque per usum absumere: sic ut omnia fungibilia vel debeant contineri sub coherendis, quatenus per partes consumantur, vel debeant comprehensa esse sub diminuendis, adeoque vel consumuntur vel diminutionis superflua mentio videri debeat; quod non erit, si per usu diminuenda designentur vestimenta. Non magis jurat, quod vestes commodari atque locari posse probatur ex *l. si, ut certo 5. §. interdum 10. ff. commodati, §. pen. Inst. de locacione*, quorum tamen contractuum ea natura est, ut in res fungibiles usu pereuntes non cadant. Plenum quidem in fungibilibus quoque rebus commodatum consistere, nihil vetat, si modo illæ dentur, ut non fungibiles: quomodo in ipsa numerata pecunia (quam vestimentis proximam esse dixit Imp., non mutuum tantum, sed & commodatum esse, quoties ad pompam & ostentationem, ac dicis gratia, usus ejus datur ex Ulpiano & Cajo discimus *l. red mihi 3. §. ult. l. 4. ff. commodati*. Sed &

usuado, uti in veste commodatum atque locatio est, ita verum quoque usufructum esse posse, inficias eundem non est; ac supra jam demonstratum, maxime, si de acenicis questio sit, uti de iis agit d. l. 5. §. 10. ff. commodati, sed id non impedit quo minus in quotidianis, perinde ut in ceteris quantitatibus seu rebus fungibilibus, etiam quasi usufructus constituantur, ut jam probatum, animo scilicet ac destinatione patrisfamilias, usufructum vestimentorum concedente, efficiente, ut fructuarius iis vel utatur tantum, & in specie restituat, vel abutatur, ad estimationem reddendam cautione devinctus. Nec recte dixeris, ea ratione in ceteris quoque rebus, velut jumentis, servis aliisque, quasi usufructum posse constitui, dum testator eas res estimatas dat utendas sub cautione certæ pecuniæ restituendæ, finito usufructu, l. si vini 7. ff. b. t. atque ita nihil esse in vestimentis peculiare. Non enim istam de quasi usufructu, in jumentis & servis ceterisque rebus non fungibilibus constituendo, assertionem facile admiserit, quisquis perpenderit, non nisi in subsidium & utilitatis causa ex Senatusconsulto quasi usufructum in iis fuisse rebus inductum, quæ per usum tolluntur vel minuuntur, l. 1. in fine ff. b. t. quod in vestimentis quidem evenit, in servis vero ac jumentorum usus ac operum exercitium boni viri arbitratu non deteriore, sed plerumque meliorem faciat eorum conditionem, uti ex diverso torpent ut plurimum & corrumuntur otio, inertia, ac quiete, minusque in posterum utiles apparent operum præstationes. Neque etiam tale quid, quale obicitur, habet d. l. si vini 7. ff. b. t. quippe in qua dum Gajus vult, idem quod in olei, vini, frumenti usufructu legato obtinet, de ceteris quoque rebus, quæ ut continentur, intelligendum esse, non alias res respexit, quam quæ ac oleum, vinum atque frumentum, fungibilibus adnumerari solent, qualia sunt aurum, argentum, æs & similia, quæ pondera, numero ac mensura constar & admetiendo, adnumerando aut appendendo in hoc dantur, ut accipientium fiant, ut ait Imp. pr. Insti. quib. mod. re. contrah. obligat. nec alio sensu in d. l. 7. dicuntur uti contineri, quoniam quia nihil in his rebus præter usum est, nihil post usum superest, dum usus in abusu & consumptione consistit: imo quas res Gajus dixit uti contineri, Ulpianus descripsit, ut tales quæ in abusu continentur, in fragmentis sit. 24. §. 27. Et generaliter illud quidem verum est, res fungibiles ex patrisfamilias destinatione posse rerum non fungibilium naturam induere quantum ad effectus; ac ut res non fungibiles induerent naturam fungibilium, exempla nullo satis idoneo ex legibus probare posse crediderim. Concludo itaque, in vestimentis precipis atque pompaticis perinde ac in suppellectili, verum, in quotidianis quasi usufructum in dubio præsumendum esse, si juris civilis principis inhaerendum sit, etsi me non fugiat, aliquando in Hollandia judicatum fuisse, in vestimentis omnique apparatu lineo, laneo, lectis, stragulis similibusque, æque ac in reliqua suppellectili, non quasi sed verum usufructum legatum intelligi, & liberari fructuarium singula reddendo corpore, licet sine dolo malo attrita, nec compellendum, ut de estimatione restituenda cautionem interponat, nisi aliud testator constituat; si fides auctor appendicis deci-

sionum utriusque curiz post consil. Holland. part. 3. vol. 1. pag. 37.

## TITULUS VI.

Si usufructus petatur, vel ad alium pertinere negetur.

## SUMMARI A.

1. Cur non aque circa res corporales, ac circa servitutes, negatoria actio recepta sit?
2. Quid si confessoria actio; & an fructuarius aut heres ejus de fructibus præteritis temporis agere possit, si pendente lite usufructus finitur?
3. Quid si negatoria? utraque etiam possidendi datur; quod non ita est in rei vindicatione. Quem casum designaverit Imp. in §. 2. Inst. de action. in fine, ubi in rei vindicatione is, qui possidet, actoris partes obinet?
4. An si maritus uxori bonorum suorum usufructum legaverit, vidua prius auctoritate possit in bonorum interum possessione manere, aut ea occupare?

1. **O**ccasione usufructus ac ceterarum servitutium sive personalium sive realium, duæ in jure nostro actiones sunt proditæ: confessoria & negatoria. Quæ negatoria etiam contraria dicitur, l. si cui 8. ff. si servit. vind. Quod autem duplex hic actio sit, cum rerum corporalium intuitu unica tantum rei vindicatio competat, ejus hanc meriti rationem dixeris, quod, qui agit, de suo jure, non de alieno, contendere debeat, ac quod sibi, non quod alteri debetur persequi l. uti frui 5. pr. ff. b. t. pr. Insti. de action. In rebus autem corporalibus ita comparatum est, ut ex eo, quod actor negat, rem esse adversarii in possessione constituti non necessario sequatur rem petitoris esse; quia ad tertium extra licem positum jure domini posset pertinere. Cum ergo negatione simpliciter, rem possessoris esse, nullum sibi ipse jus quisquam asserat, inutilem esse in rebus corporalibus negatoriam actionem, sponte patet; nemine victoriam illic obtinente, nisi qui rem suam esse affirmaverit pariter atque probaverit. At ex adverso in servitutibus, quisquis rem suam alteri personæ aut rei servituti negat, eo ipso libertatem suam rei assertum it; in quantum negationi servitutis inquit affirmatio libertatis ab eo, quod per alium arrogabatur, servituti onere atque jure: ac proinde utilis hic esse potest negatoria actio; quippe quæ non de jure tertii, sed suo, rei suæ libertate, contendit, eandemque vindicat adversus eos, qui servitutem non jure nitebantur usurpare, d. l. uti frui 5. ff. b. t. l. loci corporis 4. §. competit 7. ff. si servit. vindic. Arnold. Vinnius ad §. 2. Insti. de action. m. r. 6.

2. Confessoria (forte sic dicta, quia adversarius per eam adigitur lateri, rem suam servituti) est actio civilis in rem, arbitraria, competens ei, cui usufructus constitutus est. Non ei, cui tantum contractus promissus, sed nec dum quasi traditione acquisitus fuit, quippe cui sola personalis ex contractu actio danda foret. Uti nec vero domino; cum ei non possit res sua servire, l. uti frui 5. ff. b. t. Adversus quemvis rei fructuarium possessorem, aut in possea-

zione usufructus constituti turbantem, l. 1. pr. & §. 1. l. 5. §. 1. ff. b. r. l. *cujuscunque* 60. §. 1. ff. de usufr. & *quemquis* utat. aut liti se offerentem quasi possideret, l. ult. ff. b. r. praeipue adversus ipsum rei servientis dominum, d. l. 5. §. 1. ff. b. r. Ad id, ut res declaratur usufructui obnoxia, & adversarius possessionem cum fructibus restituat, aut patiatui actorem quiete uti frui, d. l. 5. §. 1. in bis 3. & §. ult. ff. b. r. quod si aut lite pendente, aut etiam ante litem coeptam usufructus exiunctus sit morte fructuarii alioue modo, de fructibus præteriti temporis, & eo quod intererat ante aditum usufructum tam fructuarii, quam heres ejus, utiliter experiri potest, l. *ut frui* 5. §. 1. si poss. 4. ff. b. r. l. *quod est* 3. §. pen. ff. de vi & armata.

3. Negatoria itidem civilis est in rem, arbitraria, quæ rei domino datur, nec alteri quam domino dari potest, etiamsi possessor rei non esset fructuarius; cum utique possessor sola possessionis efficacia potior sit, licet nullum de cetero jus habet, d. l. 5. pr. ff. b. r. Contra eum, qui usufructum non jure usurpat, aut tanquam fructuarius dominum in libera rei suæ & libertatis possessione turbat; ad id, ut res declaratur libera ab onere istius usufructus, adversario injungatur restitutio rei cum fructibus, ac eo quod interest; vel, ut in posterum turbare desinat, d. l. 5. §. ult. ff. b. r. Agit enim actionibus hisce non is tantum, qui possessione destitutus est; sed & qui etiamnum possidet, ne inquietetur, d. l. 5. §. ult. ff. b. r. qua in re inter actiones hasce ac corporaliū rerum vindicationes Imperator differentiam observavit in d. §. 2. in fine, Inst. de actionib. subiungens tamen, *sane uno casu qui possidet, nihilominus actoris partes obinet, sicut ex latioribus digitorum libris opportunius apparebit.* Quibus verbis, dum alii alios casus singulares ex jure nostro petitos affingere tentant, ut videra est apud interpretes ad d. §. 2. ego, ut quod sentio edissem, persuaderi nequeo, ut Imperatorem ad unum quendam casum singularem ibi respexisse credam; quippe quem, si ita esset, aequo parco verborum apparatu posuisset exprimere, quam quo lectores ad latiora remittit Pandectarum volumina. Quin potius, dum ait, upo casu possidentem actoris partes obinere, non vero, eum inspecto judiciorum ordine actionem esse: propius est, ut tantum de actoris officio in rem transferendo verba intelligamus. Actori scilicet uti alias regulariter, ita & in rei vindicatione incumbere probandi onus, tralatitium est; sic ut auctore non probante reus absolvendus sit, licet nihil ipse præstet, l. *qui accusare* 4. C. de edendo. Sed si intensionis suæ fundamentum actor jam adstruxerit, tum deinceps reo incumbit onus probandi exceptionem suam, intentioni actoris oppositam; quo respectu cum reus in exceptionem junctus l. *si quidem* 9. C. cod. iii. hunc esse casum illum existimo, quo is, qui possidet, actoris partes obinet. Atque ita (ut facti specie res fiat evidenter) cum fratres emancipati una cum fratribus in potestate retentis patris suo defuncto simul heredes essent, ac fratres emancipati fundum quendam paternum possidentes velut a patre communi sibi donatum, a fratribus reliquis simulque coheredibus rei vindicationem convenirent; in confesso autem esset, & patrem fundi litigiosi fuisse dominum, & fratres a-

ctores patri successisse, adeoque abunde videretur constare actorum jus; injunctum fuit fratribus possessoribus rei vindicatione conventis, ut docerent, unde, seu quonam titulo, domini facti essent; atque ita detegerent, non satis justo intentionem actorum fundamento constitisse, l. *sive possideris* 16. C. de probation.

4. Illud haud negligendum, licet regulariter usufructus promissus actione personali, constitutus actione in rem confessoria per fructuarium petendus sit; tamen, si maritus uxori bonorum suorum usufructum legaverit, necesse non esse, ut uxor adversus heredes mariti actione quadam de usufructu legato contendat; sed propria auctoritate posse in rerum fructuariorum manere possessione, iisdemque uti frui; illis præsertim in locis in quibus viget *maritæ* jus; eo enim jure cessante, consultus fuerit viduz, res mariti haud possidenti, ordinariis experiri juris remediis adversus mariti heredes, de usufructu sibi legato; nec iisdem reluctantibus rerum hereditariarum invadere possessionem, Peckius de testam. conjug. lib. 5. cap. 24. num. 2. Vincent. Carocius decis. 45. n. 13. & seqq.

## TITULUS. VII.

### De Operis Servorum.

#### SUMMARIA.

1. Quid sit servitus operarum; & in quibus distet ab usufructu?
2. In quibus differat ab usu?
3. An & servitus operarum jummi detur, qua ab usu & usufructu distincta est?

1. SERVITUS operarum est jus percipiendi omne commodum ex operis servi alieni. Itæ differt ab usufructu vel usu servi l. 1. §. 1. si usufructus 9. ff. ad leg. Falcid. l. *huic stipulationis* 5. §. ult. ff. usufr. *quemad.* caveat. operarum namque legatarum dies non ab adita hereditate cedit, sed demum, ex quo illæ petita sunt. Nec operarum servitus morte aut capitis diminutione illius, cui debetur, aut non utendo, evanescit, sed demum morte servi aut usucapione ejus. Quæ aliter obtinent in usufructu, qui morte quidem fructuarii & non utendo perit; sed non rei fructuarii usucapione, l. *hominis opera* 2. l. *opera* 7. ff. de usu & usufr. legato, l. *locum autem* 17. §. pen. ff. de usufr. & *quemad.* quis utat. Quibus non contradicit Gajus in l. in dominis 3. & l. 4. ff. b. r. licet enim (ut ibi dicitur) *fructus hominis etiam in operis consistat, & retro in fructu hominis etiam opera sint*, non tamen ideo aliz diversitates exclusæ sunt, quatenus etiam præter servi operas alia in usufructu servi comprehenduntur, nec in usufructu tam diuturna est operarum præstatio atque quidem in hac operarum servitute, non fructuarii sed servi demum interitu evanescere.

2. Qui autem operas servi habet, easdem elocare potest, d. l. 2. ff. de usu & usufr. legato, quod non potest qui tantum usum servi sibi constitutum habet, l. *plenum* 12. §. ult. ff. de usu & habent. §. *item* in, ad quem 5. Inst. cod. iii. Licet enim hio quoque verum sit, *operis servi legatis utum datum intelligi*, uti loquitur Ictus in l. pen. ff. b. r. non

vomen id impedit, quotiens & alia præter usum insint pinguiori huic operam servituti.

5. Quæ de operis servorum dicta, ad jumentorum quoque operas extendi posse, sic ut & legatum operarum jumentum ab usu & usufructu jumentum distet, colligi potest ex iis, quæ Ulpianus tradidit in *l. huius stipulationi* 5. §. ult. ff. usufr. quemadmodum caveat, præsertim, cum & jumentum proprietas utilis proprietario maneat tum in futura ejus, tum in carne corioque post mortem.

## TITULUS VIII.

## De Usu &amp; Habitatione.

## SUMMARIUM.

1. Quid sit usus? in quo distet ab usufructu? Quid juris, si unus usufructus, alteri usus, tertio proprietatis ejusdem rei detur? Quo sensu usus sine fructu, fructus sine usu esse possit, vel non?
2. Quantum usufructus capere debeat, iudicis arbitrium est, aucta familia plus percipere licet; rursus caduca usu civitati dato, omnia membra, licet numero aucta, cadere possunt.
3. Minus est in usu quam usufructus; nisi usus pecunia datus sit, vel usufructus omnibus fructibus indigeat; vel nisi usus sine fructu inutilis sit. An id etiam in usu rursus caduca obtineat?
4. Usuarius alteri nequit usum pendere aut gratis concedere, nec rei usufructus elocare, paucis casibus exceptis.
5. Qualia onera et impenas ferat usufructus?
6. Quid sit habitatio; an habens jus inhabitandi possit alteri gratis concedere habitationem?
7. Quibus modis extinguatur habitatio; non morte ejus, qui concessit.
8. Non capitis diminutione aut non utendo; & cur?
9. In dubio magis habitatio sola, quam plena proprietatis præsumitur legata. Quid juris, si legatur domus ad inhabitandum, vel, ad inhabitandum quamdiu legatarius vivit?
10. **U**sus est jus alienis rebus utendi ad necessitatem quotidianam, salva rerum substantia: qualis servitus etiam data intelligitur, cum *xenon* relicta est, *l. 10. §. 1. ff. de i. l. h. i.* Vide Ravandum *lib. 2. varior. c. 10. (vel 12.)* & ab usufructu distat: cum enim usufructus dividuus esset, & pro parte legari posset, ac admitteret jus accrescendi, contra nihil horum in usu admissum fuit, *l. usus per 19. ff. b. t. potestque & usus sine fructu & fructus sine usu esse, l. huius stipulationi 5. §. 1. et 2. ff. usufructuar. quem. caveat.* nec a juris ratione absolum est, alteri usufructum sine usu, usum alteri sine fructu, tertio nudam proprietatem legari, *l. per servum 14. §. ult. ff. b. t. quo casu usufructus deducit primo quantum sine sufficit necessitati: reliquum ex fructibus cedit usufructuario, l. si alii 42. ff. de usufr. & quem. quis utat.* Aliiter quam obtineret, si simpliciter unus usufructus, alteri ejusdem rei usus legatus esset; quippe quo casu uterque tanquam conjunctus in usu concurreret, fructum haberet solus ille, cui is legatus erat, *l. per servum 14. §. pen. ff. b. t. Paulus recept. rem. lib. 3. tit. 8. §. 25.* Eodem modo, quo si uni fundus, alteri

eiusdem fundi usufructus legatus fuerit, ambo dicuntur in usufructu concursuri, *l. si tibi decem 6. ff. de usufr. ear. rer. qua usu. consum. l. 1. alii fundum 19. ff. de usu & usufr. legato.* Verum cum hac ratione testantium judicia nimia videantur subverti subtilitate ac syllabarum aucupio, rectius est ut cum Geoenewegio ad *d. l. 19. & aliis* ab eo allegatis, uni tantum usum, alteri usufructum deducto usu, ex hujusmodi testatoris elogio assignemus. Sed & usufructu constituto, usum posse per acceptilationem tolli, eo quod usus sine fructu esse possit, ab Ulpiano responsum in *l. & per 13. §. si quis 3. ff. de acceptilatione.* Nec his contrarium est, quod usufructui usus insit, uti id ex usufructus definitione constat, & manifeste colligi potest ex *l. i. qui usufructum 20. ff. quibus mod. usufr. amitt.* quodque fructus sine usu esse nequeat, ac inutile legatum sit, si fructus legetur deducto usu; ademptio denique nulla sit, si fructu legato usus adiutur, *l. per servum 14. §. usufr. 1. ff. b. t. 1.* Verum enim est, usum quidem illum, qui separatam ab usufructu servitutem constituit, abesse ab usufructu posse; ac de eo usu accipiendi Iurisconsulti, dum in *ll. asperius citatis fructum dixerunt sine usu consistere: sed id non impedit, quo minus fructui, etiam ab usus servitute separato, usus insit, in quantum fruendo non potest non simul uti, innuente id satis Florentino Icto; si alii (inquit) usus, alii fructus ejusdem rei legatur, id percipiet usufructuarius, quod usufructuario supererit: nec minus & ipse fruendi causa & usum habebit, l. si alii 42. ff. de usufructu & quem. quis utat.* Confer Galvanum de usufr. c. 21.

2. Quantum vero usufructus usus constituti nomine percipere debeat, iudex ex conditione ejus, dignitate scilicet, familia numero, aliisque arbitrabitur: aliquo enim largius cum usufructuario agendum est pro dignitate ejus, cui relictus est usus; neque tam stricte interpretanda voluntates defunctorum, *l. plenum 12. §. 1. in med. & §. 2. in fin. dicitur. 22. §. ult. ff. b. t. Hugo Grotius manduc. ad jurispr. Holl. lib. 2. cap. 44. n. 3. & seqq.* Hinc aucta familia, modo id sine dolo fiat, etiam plus usufructus consumere potest, arg. *l. peculium 63. ff. de legatis 2. l. grege 22. ff. de legatis 1. Capollia de servitut. pæd. urb. cap. 50. n. 5. & seqq. Loesius ad Pand. l. 1. n. 4.* ex eoque fundamentum traditum ab interpretibus, si concessum fuerit oppido, vico, pago, aut alteri universitati jus secandi ligna ex vicino nemore, quantum cuique membrorum ejus ad usum sufficit, aucto postea membrorum seu incolarum numero, omnibus tamen competiturum hoc lignorum cadendorum jus, Costalius alique ad *d. l. 22. ff. b. t.*

3. Licet autem usus iisdem modis constitutur ac finitur, quibus usufructus, & iisdem in rebus consistere possit, pr. *Instit. b. t. minus tamen est in usu, quam in usufructu, uti id de usu fundi, adium, servorum, jumentorum ac pecorum exponit Imperator in §. 1. & seqq. Instit. b. t. l. si habitatio 10. §. ult. l. plenum 12. §. 1. 2. & seqq. ff. b. t. nisi pecunia numerata usus constitutus sit, quippe quæ ab usufructu pecunia non separatur, l. hoc renatur. consuetum 5. §. ult. l. quoniam 10. §. 1. ff. de usufr. ear. rer. vel nisi ad necessitatem quotidianam omnibus fructibus indigeat usufructus; quo casu cum omnes*

consumere possit, non plus utilitatis proprietario superest, quam si usufructus constitutus esset, *l. fundi usu* 15. ff. b. 1. licet in ceteris maneat natura usus, sic ut nec vendere alteri nec elocare possit, ut post dicitur. Vel nisi usus sine fructu esset inutilis, quo casu etiam venditionem usuario permitti Pomponius a Divo Hadriano constitutum observat, *l. Divus* 22. ff. b. 1. Sed cum id ab Hadriano in singulari tantum casu constitutum fuerit, quo quibusdam usus sylvæ legatus erat, cujus peculiares potuerunt esse circumstantiae in lege non expressæ; vix est, ut regulariter legatario usus sylvæ caduæ permittatur lignorum ex ea sylvâ casorum venditio: præsertim cum ratio in d. l. 22. proposita, si generaliter acciperetur de omni casu, manifestissimam esset involuntaria falsitas: quis enim obsecro, verum esse credat, *nihil habuitur esse legatarios usus sylvæ, nisi ipsi sylvam cadere liceret & vendere; quemadmodum usufructuarius licet: si modo consideret, utilitatem in eo posse consistere, quod quis ad quotidianas necessitates ex sylvâ caduâ ligna ferat*, juxta *l. plenum* 12. §. *prætor* 1. in fine ff. b. 1. & §. 1. *Instit.* b. 1. atque hinc est, quod Cerialius ad *l. 22.* post Joh. Fabrum restringit d. legem 22. ad casum, quo tam remota est sylvâ usuria, ut commode percipi usus ejus sine venditione non possit.

4. Illud sane constat, usuarium non posse usum suum seu commodum ejus in alium transferre sive vendendo, sive locando, sive donando; quamvis hæc possit fructuarius, §. 1. 2. 3. *Instit.* b. 1. 1. *sed neque* d. *l. inque* 11. ff. b. 1. eo quod usufructuarii omnes aequaliter viri boni arbitratu fruuntur; at fructuum jure usus absumendorum quantitas pro ratione personæ variat, dum non una & conformis omnium indigentia est. Ut tamen permessa locatio sit, si vel hæc videatur fuisse mens concedentis usum, vel forte aliter inutilis usuario usus esset, dum testator sciens usuarium hujus esse institui, & vitam, ac rerum talium usum elocaret, ipse rebus non uteretur, eorundem usum ei reliquit, *l. plenum* 12. §. *equitii* 4. ff. b. 1. vel denique ædium spatiosarum usus homini mediocri concessus sit: neque enim invidandum ei fuit, si modica portiantula contentus, reliqua ex parte elocata pensionem percipiat, *l. co-ventum* 4. ff. b. 1. præsertim cum id jure constitutum sit, quod, licet tam angustus sit legatarius, cui domus usus legatus est, ut non possit occupare totius domus usum; tamen eis, quæ vacant, proprietarius nequeat uti, *l. pen. §. licet* 1. ff. b. 1.

5. Sed uti minus in usu est quam usufructu ratione commodi, ita quoque onerum ferendorum intuitu minus est; cum enim usufructuarius impensas modicas facere obstrictus sit, eo quod omnes fructus suos facit, ut latius *tit. de usufructu* dictum; usuarium ex adverso nullas suffert; nisi ita omnem absumat rei utilitatem, ut fructum nullum percipere proprietarius queat. Quæ ratione ædium usum habens, eandem reficere cogendus est, quoties nulla eorum parte proprietarium uti potitur, *l. si domus* 18. ff. b. 1. Nec dubium videtur, quin is, cui usus servi constitutus est, alimenta ei subministrare teneatur, cum omnes operas ejus utendo consumere queat, arg. *l. in rebus* 18. §. *possunt* 2. ff. *commodati*, *l. item si servi* 30. §. 1. in fine ff. *de adilit. edicti*. Rarior interim hodie usus, quam quidem usu-

fructus inter privatos constitutio est, ob difficultates plerumque emergentes, quo usque usuarium uti debeat, & ob depradandum fructuum metum sub usus exercendi obtentu.

6. Habitatio, ad usum proximè accedens, est jus inhabitandi aedes alienas salva earum substantia, quam qui habet sibi constitutam, alteri non quidem donare, sed tamen locare potest, *l. si habitatio* 10. ff. b. 1. §. *pen. In. b. 1.* Adde responsa Jctor. Holland. *part. 3. vol. 2. consil. 15.* Manciam *de conject. ult. volum. lib. 9. tit. 4. n. 8.* cui non contradicit Vivianus, dum habitationem commodato concedi posse asserit, *l. 1. §. 1. ff. commodati*, cum tamen commodatum gratuitum sit, & liberalitatis ac donationis speciem contineat. Non enim legis illius sensus est, quod habitationis jus, jam alteri constitutum, commodato concedi possit per eum, cui constitutum est: sed potius, quod, uti per legatum alicui conferri potest inhabitandi jus, & servitus hæc constitui, ita & per commodatum; quod & colligi potest ex *l. si gratuitam* 17. ff. *de præscriptis verbis*, quæ ejusdem Viviani mentionem facit. Atque ita in *l. Aquilius* 27. & *l. Lucius* 32. ff. *de donat.* epistola proponitur, quæ permittitur alteri *hospitio quodam superioribus diatris omnibus gratuito uti: habitare in certo camaculo aque vel ex dono.* Adeoque non de constituta, sed per commodatum constituenda habitatione d. *l. 1. §. 1.* intelligenda est: eodem nempe modo, quo & per precarium servitutes constitui posse, Pomponius asserit, *l. & habet* 15. §. *precario* 2. ff. *de precario*.

7. Perit autem hæc servitus morte ejus, cui concessa, cum personalis sit, *l. si habet* 10. ff. b. 1. *bab. 11: C. de usufr.* non verò morte concedentis; quippe cujus hæredes ratam habere teneantur habitationis concessionem defuncto factam, sive is oneroso sive hereditario donationis titulo eandem concessisset; cum non magis donatio quam contractus alii; morte donantis evanescat, *l. Aquilius Regulus* 27. ff. *de donat.* Sed graviter hæc obstat *l. Lucius Titius* 32. ff. *cod. tit. de donat.* quæ hæredibus voluntatis mutandæ ac revocandæ habitationis tribuit facultatem. Antinomiz hujus tollendæ causa varii varii tentarunt distinctiones. Vide Cujacium *lib. 17. observ. 33.* Pacium *enantioph. com. 6. n. 82.* Zoesium *ad Pand. tit. de donationibus n. 78.* Wittenbach *ad d. tit. de donation. v. 2. disp. 16. n.* sed quæ minus probabiles, nec modum solvunt. Verius est, d. *legem* 32. de precaria habitationis concessionem agere; nam & habitationem precario concedi posse, constat ex *l. 2. C. de precario*. Cumque hæc precarii natura sit, ut hæredes concedentis, tanquam ejusdem juris ac potestatis cum defuncto, æque ac concedens ipse, precario datum rei usum revocare possit, ut dicitur *tit. de precario*, & patet ex *l. locatio* 4. ff. *locati*, *l. ait prætor* 2. §. *& naturalem* 2. *l. cum precario* 12. ff. *de precario*, quid quæsumum, si & hæredibus in d. *l. 1.* voluntatis mutatio permessa sit. Atque ita de precario eam jam ante interpretatus fuit cum aliis Covarruvias *variar. rer. lib. 3. cap. 15. n. 1.* quos & ideo in d. *l. 1.* non legisse, *quamdiu volueris, utaris*, ut Florentinus liber habet; sed *quamdiu voluerim*, probabile est; cum alioquin; servata Florentini Cædici lectione, de precario accipi lex nullo modo posset.

quod & Antonio Fabro placet, qui & ideo lib. 2. conjectur. cap. 19. pro volueris substituit voluerim, constituto donationis & habitationis concessio sine, non in donatarii sed donantis arbitrio ac potestate.

8. Non tamen evanescit habitatio non utendo, aut capitis diminutione, d. l. si habitatio 10. ff. b. r. l. penult. ff. de capitis minutis. Cum enim capitis diminutione, & non utendo, non alia amittantur, quam quae in iure consistunt, habitationem his modis non extinguere necesse fuit, eo quod in factomagis, quam in iure consistit, ut Modestinus ait in d. l. pen. ff. de capitis minutis, neque dubium, quin habitatio sit alimentorum pars, sic ut alimentis legatis cibaria, vestitus & habitatio videantur data, l. legatis 6. ff. de aliment. vel cibor. legatis. naturaliter vero esse alimentorum praestationem, vel incertum est, quod & servis pascis, & deportatis, juris civilis prorsus incapacibus, deberi ex legato possint, nec tam queratur, an legati aut juris alicujus capaces sint, quam potius hoc unum, an de facto alii possint, l. si cui 11. ff. de aliment. vel cibor. legatis. si in metallum, 3. ff. de his quae pro non scriptis. Et hoc est quod per Ricum in d. l. pen. de capitis minutis, indigitatum puto, dum dixit, habitationem in facto magis quam in iure consistere.

9. Est autem subinde ob verborum ambiguitatem incertum an plena proprietatem aedium, an nudum habitationis jus videatur concessum: sed placuit Justiniano, in dubio non dominium aedium, sed solam habitationis servitutem praesumi relictam, nisi probationibus evidentissimis ipse legatarius ostendere possit, etiam dominium ejus domus sibi relictum esse, l. cum antiquitas 15. C. de usufructu. Ut tamen censeatur debet proprietatem legata, si cui res certa, ac suis designatæ confinis sitque, ad inhabitandum legata: nam & si praedia legentur ad alimentum, non fructum tantum, sed plenam proprietatem videri legatam, responsum est; ac adjectionem illam ad alimenta aut simile quid, magis ad causam legendi quam ad usufructum constituendum pertinere, l. 4. l. pen. in fine ff. de aliment. vel cibor. legatis. Mantica de conject. ult. volum. lib. 9. tit. 4. n. 8. & tit. 2. n. 29. Menochius lib. 4. pr. 153. n. 11. Carpovius defin. for. part. 3. constit. 13. defin. 9. & defin. 10. n. 4. Peckius de testamentis conjug. lib. 5. cap. 25. n. 6. (dissentit Galvanus de usufructu c. 23.) nisi adjectioni ad alimenta, ad usufructum, ad habitationem, subjungantur verba, quandiu vivis: tunc enim non proprietatem, sed habitatio sola sit usufructus, morte personae evanescens, videretur datus, quasi designata habitatio vel usufructus, dum propria ejus exprimitur qualitas ac natura, Everhardus consil. 180. Menochius d. lib. 4. par. 133. n. 12. Castillo Sotomayor de usufructu cap. 50. n. 4. & seqq. Carpovius defin. for. part. 3. constit. 13. defin. 9. n. 7. 8. & defin. 10. Mantica de conject. ult. volum. lib. 9. tit. 2. n. 29. in fine, Loewen cons. for. part. 1. lib. 2. cap. 15. n. 16. Responsa JCor. Holland. part. 1. consil. 75.

## TITULUS IX.

Usufructuarius quemadmodum caveat.

## SUMMARIA.

1. Qualis cautio in vero & quasi usufructu & usu

- & habitationis interponenda sit? & quid restituerendum sit, ut restituitur cautioni de restituendo?
2. Inventarium fieri rerum fructuariarum mariti jus Romanum, desiderans omnino moris: nec libet eis ab inventarii necessitate, cui alienandi potestas data est.
  3. Caput fructuarium datis fidejussoribus. Quid si fidejussores inventite nequeas? quid si per consummationem capere nolit?
  4. Quis cavere debeat, si legatarius usufructum locatam alteri restituere rogatur sit?
  5. Cavendum illis ad quos finitus usufructus redibit: singulis, si plures sint: utrique, si incertum, ad quem ex duobus rediturus sit: etiam usufructuario ob jus accrescendi.
  6. Eandem cautio, si sit, cui cautum, durante usufructu amittit proprietatem.
  7. Quibus cautio a lege remissa sit? an ei, cui usufructus pure proprietatem in diem, vel sub conditione legata? An patri, an moribus etiam mater?
  8. An donatori?
  9. An cautio fructuaria remitti possit per eum, qui usufructum alium inter vivos constituit? An & haeres testatoris usufructum legantis? an & ipse testator, respectu membri utriusque fructuaria cautionis?
  10. Quo modo per indirectum testator possit fructuaria remittere cautionem?
  11. Cautio ab initio non exalta, postea tamen durante usufructu exigi potest, sine ulla temporis praescriptione. Si nec tunc exalta sit, quibus remedium proprietarius finitus usufructu ad rerum restitutionem experiri possit? Cautio non est de substantia veri vel quasi usufructus.

1. UT is, ad quem usufructus & usus finitus redire debet, de jure suo securus sit, nec malitia aut inopia fructuaril in damno habeat, cautionem interponi necesse est, quae tamen aliter in vero, aliter in quasi usufructu concipitur. Quasi fructuarius enim, cum rerum fructuarias dominus sit, & abutendi atque consumendi potestatem habet, de utendo fruendo boni viri arbitratu cavere non compellitur, sed tantum de re eadem in genere, vel estimatione ejus reddenda, l. si vini 7. ff. de usufr. ear. rer. quae usu consumuntur. §. 2. Instit. de usufr. Vid. tit. de usufr. ear. rer. At fructuarius assularius & habitationis jure gaudens, se fructum, usum, habitatum boni viri arbitratu, & finita servitute rem eandem in specie restitutum cavet, de huiusmodi malum abesse & abstrahum esse, l. 1. pr. & §. seqq. l. huius stipulationi 5. ff. b. r. Cuius cautionis membrum alterum, quatenus de restituendo agit, semel tantum committi potest, post finitum nempe usufructum, alterum, quo de fruendo boni viri arbitratu promittitur, saplus etiam usufructui constante, l. 1. §. pen. ff. b. r. Adde Castillo Sotomayor de usufr. cap. 17. Censeturque satisfacere fructuarius cautioni de restituendo, si id reddat, quod tempore usufructus finiti ex re fructuaria extabit, si illa casu aliquo diminuta vel extincta dicatur, vel sine dolo malo attrita sit, l. 1. in pr. & §. ult. l. si usufr. §. 6. pen. ff. b. r. Andr. Gayl lib. 2. observ. 46. n. 4. Responsa JCor. Holl. part. 4. consil. 76. post. med. & consil. 73.



2. Quia vero post longa tempora & finem vita longævi hominis dubium esse posset, quarum, qualium, quantarumque rerum ususfructus datus esset, præsertim, ubi bonorum omnium, aut suppellectilis, aut alterius rerum universitatis ususfructus est; recte facturum heredem & legatarium, ait Ulpianus, si intestatum redegerint, quales res sint, cum frui incipit legatarius, ut inde apparere possit, an & quatenus rem fecerit pejorem, atque insuper constare, in quid fidejussores obligati sint, l. 1. §. *recte* 4. ff. b. 1. Cumque justum visum fuerit ac populare hoc Ulpiani consilium, utpote litum multarum materiam tollens, ac a difficili sæpe probandi necessitate proprietarium sublevans, paulatim in perpetuam transivit observantiam, tantusque moribus hodiernis ejus inventarii conficiendi favor repertus est, ut fructuarius nunc non minus ad inventarii confectiorem quam cautionis interpositionem constringi possit; imo facilius aliquando cautionis quam inventarii remissio procedat, ut post dicitur. Neque ab hac inventarii conficiendi necessitate fructuarius omnium bonorum liberabit, quod ei cum usufructu libera quoque alienandi potestas concessa sit: cum enim talis, tanquam fiduciarius universali fideicommisso gravatus considerari debeat, ut 1. dictum, & adeo quartam ad minimum debeat restituere, nec sine prævia bonorum omnium descriptione dignosci queat, quam quantitatē quarta contineat, consequens est, ut & ipse ad inventarii compellatur conscriptionem, arg. nov. 103. cap. 1. *Sande decr. Frisic. lib. 5. tit. 4. def. 4.* Neostadius *curia Holl. decr. 20. & supr. Cur. decr. 91.* Andr. Gayl. *lib. 2. observ. 144. n. ult. & 145. n. 10. 11.* Ant. Faber *Cod. lib. 6. tit. 27. def. 25.* D. Someren *de jure novercar. cap. 7. num. 1.*

3. Interponenda hæc cautio datis fidejussoribus; tum quia *satisfactio desideratur, l. buic stipulationi* 5. §. 1. ff. b. 1. l. *si cuius rei* 13. ff. de usufr. & quem quis utat. tum quia prætoriam est, quæ personarum intervntum requirit, l. 1. pr. d. l. 5. §. 1. ff. b. 1. junct. l. prætoriam 7. ff. de stipulationibus prætorii, unde & nominatim fidejussoribus oblati caveri, Paulus voluit *recept. sens. lib. 3. tit. 6. §. 27.* Quod si idoneos fructuarius fidejussores invenire nequeat, arbitrio judicis relinquendum videtur, ut considerata personæ qualitate, rei fructuariæ quantitate, prætorie aut difficiliore perdendi occasione, similibusque æstimet, utrum juratoria cautione vel pignoris datis eum ad utendum fruendum admittere debeat, an vero res fructuariæ sequetrandæ aut elocandæ sint, aut ipsi proprietario permittendum, ut fructus colligat, & collectos fructuario præstet. Pati sane non debet iudex, ut is, qui satisfactionem offerre non potest, propterea a liberalitate testatoris depellatur, arg. l. cum non facile 6. ff. si cui plus quam pr. leg. Falcid. licuerit, leg. esse dic. l. hac edita 6. §. bis illud 1. in mod. Cod. de secundis nuptiis, l. 1. §. jubet autem 9. ff. de collation. autb. generaliter C. de episcop. & clericis, Gomezius *variar. resolut. tom. 2. cap. 15. n. 4.* Christinus *ad Leg. Mœchliniens. t. 9. art. 13. n. 7.* Castillo Sotomayor *de usufr. cap. 19.* Andr. Gayl. *lib. 2. observ. 47.* Joh. Papon *lib. 14. tit. 2. arrest. 11.* Mypsienger *cent. 6. observ. 43.* Peckius *de testamentis conjug. lib. 5. cap. 24. n. 4. in fine,* Gal-

vanus *de usufructu cap. 20. n. 5.* Pinellus *ad l. 1. C. de bon. mat. part. 2. n. 72.* Paulus Voet *ad præf. Insit. de usufruct. 5.* Ant. Matthæus *de servit. dispus. 2. thes. 10. & dispus. 3. thes. 13.* Sed si exactam per proprietarium cautionem interponere valens, cavere perfracte nolit, a commodo ususfructus, donec caverit, depellendus est, l. si cuius rei 13. ff. de usufr. & quemadmod. quis utat. adeo ut fructus a tempore cautionis percepti non cedant fructuario; sed sorti adjungendi sint, ac usufructu finito cum rebus ceteris debeat ad proprietarium reverti, Neostadius *Cur. supr. decr. 33. in fine.* Andr. Gayl. *lib. 2. observ. 46. n. 6. & seqq.* Christinus *ad Leg. Mœchlin. tit. 9. art. 13. n. 11.* Abr. a Wesel *ad novell. const. Ultraject. art. 11. n. 59. & 60.* Confer. Castillo Sotomayor *de usufructu cap. 16.* Plane si quos ante petitam cautionem fructus percepit, eos suos facit. Appendix decisionum post respons. *Jurisc. Holl. part. 3. vol. 1. pag. 36.*

4. Cavere tenetur quisquis ex usufructu commodum sperat, si plures sint usufructuarii, singuli, l. si tibi & in fine ff. b. 1. Si fructuarius mox alteri usufructum sibi legatum restituere rogatus sit, videndum, an legatario post restitutionem factam aliqua duret spes usufructus, & ex testatoris voluntate possit post mortem fideicommissarii ad eum, tunc adhuc superstitem, recidere; quo casu rem ita expediri Ulpianus censuit, ut fideicommissarius legatario, legatarius heredi caveat. Quod si solius fideicommissarii causa usufructus relictus sit, nec legatario spes ulla recuperandi supersit, magis placuit, recta via fideicommissarium, subducta legatarii persona, cavere oportere domino proprietatis, l. si usufr. 9. pr. ff. b. 1.

5. Cavendum illis, ad quos usufructu finito res reverti debet, aut saltem speratur reditura. Si plures sint, singuli, l. si usufr. 9. §. ult. ff. b. 1. l. si cuius rei 13. ff. de usufr. & quemadmod. quis utat. uti &, si incertum sit, apud quem ex duobus, finito usufructu, proprietatis exitura sit; veluti cum usufructus fundi pure, proprietatis alteri sub conditione legata est; cum enim existente conditione legatarius, eadem vero deficiente heres proprietatem habiturus sit, justum visum fuit & legatario proprietatis & heredi caveri, l. si tibi 8. ff. b. 1. Sed &, si proprietatem alteri pure legatam ponas, eundemque rogatum eam post tempus alteri restituere, utrique itidem ob incertum usufructus finem satisfaciendum placuit, d. l. 8. Denique etiam, cum duobus conjunctim ejusdem rei usufructus legatus est, utrumque duplicem cautionem interponere obtinuit, alteram quidem, qua sibi invicem securitatem præstant in casum, quo post unius obitum usufructus totus ex jure accrescendi obveniet superstiti; alteram heredi, in casum, quo ad socium usufructus jure accrescendi transiture non est, d. l. 8. in fine ff. b. 1.

6. Ceterum, ei qui nullo casu rem fructuariam ad se reditum sperare potest, frustra cavetur; usque adeo, ut & cautionis ab initio interpositæ vis omnis evanescat, si is, cui cautum, proprietatem amisit: cum neque ei prodesse ultra possit, proprietate in perpetuum carenti, neque ei, ad quem proprietatis delata, quippe cui nulla poterat ex aliena stipulatione actio videri quasita, sed is tempore

arbitri dominii sibi alia debuisset prospicere cautione.

7. Sunt autem casus, quibus remissa invenitur cavendi necessitas; nam etsi a cautione liber non sit, cui testator usumfructum pure, sub conditione proprietatem relinquit, dum dubium est ob incertum conditionis eventum, an unquam proprietatis dominium adepturus sit, *l. omnes 3. §. sed et si 3. ff. b. n.* non tamen satisdatur, cui usufructus pure, proprietatem in diem legata est; quia verum est, ad eum vel heredem ejus proprietatem perventuram, *l. si usufr. 9. §. plane 2. ff. b. t. nec fuscus, arg. l. 1. §. si ad fructum 18. ff. ut legat. res fideic. causa cav.* nec pater usumfructum habens in adventitiis filiifamilias, *l. ult. §. sin autem 4. in fine C. de bonis qua liberis, Carpzovius defn. for. part. 2. consil. 10. def. 9. Groenewegen ad Grotium lib. 2. cap. 39. n. 5. Responsa Jctor. Holland. part. 1. consil. 57. quas.* 2. quod hodie ad matrem etiam extendi posset, quoties testamento cavendi necessitas remissa est, quasi communicato cum matribus jure illo, quod hodie patribus ex veteri superest patria potestate. Quo facit, quod ex jure Romano matri ad vota secunda transeunti, & ita proprietatem relictorum sibi a priorē conjugē amittenti, hic honor fuit habitus, ut pro solis mobilibus, non vero immobilibus exponeret apud liberos satisfactionem, *l. hac editali 6. §. 1. C. de secund. nuptiis.* Quamvis aliis placeat, ne patri quidem hodie remissam videri cautionem, quasi is esset ex jure Romano pecuniariis effectus illius patris potestatis, quæ nupiam hodie superest; aut saltem arbitrio judicis id committendum esse, an parenti imponenda sit cautio, nec ne, *D. Somenen de jure novercar. cap. 11. sect. 3. n. v. in fine.* Illud constat, inventarium omnino, si maxime cautio a parente præstanda non sit, conficiendum esse. Groenewegen & Carpzovius *d. II. de quo & in sequ.*

8. Immunem quoque a cautione esse donatorem, qui proprietate per liberalitatem in donatarium translata, sibi reservavit usumfructum, vulgo receptum est; cum placuerit generaliter, eos, qui ex liberalitate conveniuntur (adeoque & donatorem de proprietate rerum donatarum usufructu finito conventum) non ultra id, quod facere possunt, damnandos esse, *l. Divus Iulius 23. ff. de reg. juris, l. inter eos 19. §. 1. ff. de re judicata,* neque insuper cum donatore tam rigide, atque quidem cum aliis agendum sit, *l. ad res donatas 62. ff. de adit. edit.* Andr. Gayl. *lib. 2. observ. 145. num. ult.* Pinellus *ad l. 1. C. de bonis maternis part. 2. n. 79.* Mynsingerus *cont. 5. observ. 39.* Wissenbach *ad Pand. vol. 2. disput. 16. thes. 11. in med.* Ant. Matthæus *de servit. disput. 3. thes. 15.*

9. Sed & dubium vix esse potest, quin is, qui actu inter vivos usumfructum constituit, recte usufructuario per expressam conventionem remittat cavendi necessitatem; uti & heres testatoris, usumfructum legantis: cum ita uterque non alieno, sed suo jure renunciet, quod lege permittitur, *l. pen. C. de pactis, l. potest heres 71. ff. ad leg. Falcid.* Groenewegen *ad l. 4. C. de usufructu.* Et sane, si legatarius conventionem possit heredi remittere cautionem legatorum nomine, sic ut remissa heredi per legatarium non possit ex penitentia revocari; quia li-

cet cuique sui juris persecutionem aut spem futura perceptionis detergiorem facere, *l. pactum inter 16. ff. de pactis,* cum tamen illa cautio etiam simul concerneret favorem testatoris; rationi conveniens est, longe magis heredem hanc posse usufructuariam remittere cautionem, quæ solius heredis respicit utilitatem, ut insequentibus patebit. Neque tali remissione vel dolus de futuro remittitur, quod fieri non posse constat ex *l. si unus 27. §. illud. 3. ff. de pactis,* vel usufructuarius ad delinquendum invitatur, cum nihilominus & de damno & de restitutione actio supersit, ut post dicitur; nisi heredem dixeris ad delinquendum invitari, cum ei cautio legatorum nomine per testatorem remissa est; & commodatarium, precario tenentem, depositarium, mutuatarium, similesque ad restitutionem & doli culpæque præstationem obligatos, quoties ab illis cautio pro restitutione ac deterioratione petita non est, nec peti potest. Testatorem quod attinet, eum non posse remittere cautionem usufructuariam, verius est; idque non modo quantum ad eam cautionis partem, quæ de utendo boni viri arbitratu concepta est; ut satis plane atque clare sancitum, in *l. pen. C. ut in possess. legat. sed & alterius membri intuitu, quo de re finito usufructu restituenda cavetur: quod abunde evincitur, ex l. si pecunia 6. ff. ut in possess. legat. nomine, & l. 1. C. de usufructu,* ubi, cum uxor marito omnium bonorum reliquisset usumfructum, ac cautionem ab eo exigi prohibuisset, ab Imp. rescriptum fuit, *non aliter maritum a debitoribus solutam pecuniam accipere posse, quam oblata secundum formam senatusconsulti cautione.* Quæ verba non de alia cautionis parte recte acciperis, quam de eâ, quæ pro restitutione securitatem præbet; cum de pecunia exacta, adeoque rebus fungibilibus ex jure usufructus accipiendis, ibi quæstio esset; quarum intuitu non aliam quam de restituendo cautionem interponi, notum est. Neque enervatur hæc sententia ex eo, quod excipitur a Vinnio hic dissentiente *select. quas. lib. 1. cap. 29.* in quasi usufructu quidem de restituendo cautionem remitti testamento non potuisse, convenienter *d. l. 1. at aliter in vero servari: ex ratione, quod fungibilium, tanquam usu consumendorum, vindicatio nulla sed sola conditio, post finitum quasi usumfructum supersit, l. hoc senatusc. 5. §. 1. ff. de usufr. ear. rer. qua usu consum.* ut proinde in cautione præsidium majus majorque securitas quaerenda fuerit; contra vero rerum non fungibilium corpora, usufructu finito, vindicari possint atque adeo extra cautionem remedium ad indemnisationem potentissimum proprietario comparatum sit, *l. omnes 3. §. ult. l. C. si usufr. 7. præ l. ult. ff. b. t.* Non, inquam, ista urgent satis: nam etsi demum, paulo potentior esse rei vindicatio, quam conditionem, non tamen inde recte deduxeris, in vero ergo usufructu cautionem de restituendo remitti posse; in quasi non item. Utrobique sane cautio securitatem addit, utrobique etiam, cautione deficiente, remedium ad recuperandum in jure proditum est, conditio in altero, in altero vindicatio; sed & utrobique deficiente cautione remedium tum vindicationis tum conditionis sæpe inane est; sic ut non majorem in vindicatione, quam conditione indemnisationem habeat, cui usufructu finito res reddenda est. Quid enim, si

quid aliud 86. ff. de verb. signif. junct. l. qui fundum 12. ff. quemadmod. servit. amitt. & jura quidem, possidenti commoda, debenti damnosa; adeo ut fundum habens servituti obnoxium, non possit eundem dividere, ita ut optimus maximusque est, l. cum venderes 59. ff. de contrab. emt. Quod ergo Pomponius tradidit, futuro quoque ædificio; quod nondum est, vel imponi vel acquiri servitutem posse, l. si servitus 23. §. 1. ff. de servitut. præd. urban. & Paulus, ædificio necdum edificato servitutem constitui; nondum inventa aqua servitutem aquæ ducendæ concedi; denique, viam quoque ab eo promitti posse, qui fundum non habet, l. heredes ejus 25. §. contra 10. ff. fam. erc. l. Labeo 10. ff. de servitut. præd. rustic. id de promissione ac constitutione conditionali intelligendum est; in quantum tacite subauditur, si aliquando fundus fuerit acquisitus, aut aqua inventa. Etsi enim servitutes prædialia ipso quidem jure neque ex tempore neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem constitui possint; tamen si hæc adjecta sint, placitis standum esse obtinuit, l. servitutes ips. 4. ff. b. 1. neque etiam vetitum, servitutes hæc posse sub conditione summo jure promitti, l. exitimo 93. ff. de verb. oblig. atque ita promissionis semel iterumque mentio est in d. l. 25. §. 10. ff. famil. ercisc.

3. Prædia hæc ad servitutum prædialium constitutionem requisita vel urbana sunt, vel rustica. Urbana dicuntur, quæ in urbe vel agro habitandi causa extructa sunt; omnia namque ædificia urbana prædia appellamus, etsi in villa ædificata sint §. 1. Instit. de servitut. prædior. quæ ædificia etiam insularum appellatione veniunt, si circumiri possint, relicto inter domos vicinas spatio intermedio; quod apud Romanos habuissit latitudinem sestertii pedis, seu pedum, duorum cum semisse, ad ambitum ac circumitum, docet Brissonius antiquitat. lib. 1. cap. 2. Rustica sunt, quæ fructuum percipiendorum condendorumque gratia comparata sunt, ut agri, pomaria, horti; sic ut non locus, sed usus urbana & rustica prædia distinguat, l. urb. fam. 166. l. urbana prædia 193. ff. de verb. signif. Unde & pro usu vario tum horti, tum stabula, tum aræ, nunc rusticis, nunc urbanis prædiis adnumerantur. Aræ namque trituriatæ si sit, si horti olitorii, aut vinearii, atque ita plurimum in reditu consistent, si stabula non in continentibus ædificiis sint posita, urbanorum prædiorum numero procul dubio non continentur, l. eo jure utimur 4. §. 1. ff. in quib. caus. pign. vel hyp. tacit. contrab. d. l. urbana prædia 193. ff. de V. S. arg. l. ult. in fine Cod. de servit. Et aqua, contra vero si horti vel stabula ædificiis juncta inveniantur, voluptati & habitationi commodiori inservientia, si aræ tales sint, quæ ædium partem faciunt, urbani hæc prædii esse, responsum est, d. l. urbana prædia 193. ff. de V. S. arg. d. l. 4. §. 1. ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tac. contrab. l. si grege legato 22. in fine ff. de legatis 1. l. fundi 211. ff. de V. Signif. Quin imo, in hortis suburbanis habitasse veteres, eaque ratione & hortos & villas domus appellatione contineri, constans est ex l. lex Cornelia 5. §. quod si quis 3. ff. de injur. quales amenas hortorum habitationes Romanis dictas fuisse dictas, apparet ex l. pen. §. 1. ff. de do-

nat. inter vir. & uxor. l. senatus 43. §. 1. ff. de legitis 1. Brissonius antiquit. lib. 3. cap. 13. nec longe diversas fuisse a prætoris voluptati tantum deservientibus, colligi potest ex l. urbana prædia 193. ff. de verb. signif. junct. l. Titia 34. §. Gajus Sejus 3. §. ff. de legatis 2. Confer Vinnium paulo aliter sentientem quart. select. lib. 1. cap. 30. Sciendum tamen, quædam in hac servitutum materia prædiis rusticis accenseri, quæ si de pignore tacito in inventis illatis quæstio sit, ab urbanis cetera non longe differunt, l. eo jure 4. §. 1. ff. in quibus caus. pign. tacit. contrab.

4. Ex hac prædiorum distinctione processit servitutum in urbanas & rusticas divisio. Urbanæ dictæ quæ urbanis, rusticæ quæ rusticis prædiis sunt debita, denominatione faciendæ a prædio dominante, sic ut servitus urbana sit, ubi prædium dominans tale est; etsi serviens non urbanum, sed rusticum foret: uti personalis ea est quæ non rei, sed personæ debetur, l. 1. §. Et datur 43. ff. de aqua quot. Et actio. Atque hinc est, quod una eademque servitutis species quandoque urbana quandoque rustica dicitur, prout vel urbano vel rustico fuerit prædio constituta: uti id in servitute altius tollendi vel non tollendi, projiciendi seu protegendi, cloacæ, aquæductus, itineris ad domum, aliisque similibus manifestum est. Confer l. servitutes 20. §. si domo 1. ff. de servit. præd. urban. l. si ego emi 11. §. 1. ff. de public. in rem. act. l. 2. ff. de servit. præd. urban. l. 2. ff. de servit. præd. rustic. §. 1. Instit. de servit. prædior. l. 1. §. illud quæritur 11. ff. de aqua quot. Et actio. Ne punc dicam, novum non esse, ut servitus natura sua realis in personalem commutetur, dum id agitur, ut jus eundi, agendi, aut pecoris paspendi aquæque hauriendi, cestæ, tantum personæ tribuatur, nec ad hæredes ejus transire sit, l. pecoris 4. ff. de servit. præd. rustic. l. pen. ff. de servitute legata, l. Mola 14. §. ult. ff. de alimentis vel cibis. legatis, l. 1. §. præterea 11. ff. de aqua quot. Et actio. atque ita usumque personalem esse, & ideo ad hæredem uquarii non transire, Paulo & Modestino placuit, l. usus aquæ 21. ff. de usu & habit. l. pen. ff. de servit. præd. rustic. licet alioquin plenum hauriendi jus non hominis sed prædii sit, l. si mihi 20. §. ult. ff. de servit. præd. rustic. §. inter rusticorum 2. Instit. b. 1. Adde Wassenbach ad Pand. vol. 2. disp. 20. num. 16.

5. Ceterum an una an plures sint servitutes, non ex servientium sed dominantium prædiorum numero æstimandum est; una namque via est, etiam si per plures fundos imponatur; adeo ut, si per unum fundum tum fuerit, per alios non, tota tamen servitus servetur, etiam ratione prædiorum illorum servientium, per quæ tanto tempore, quanto servitus amittitur, non fuit exercitum viz. jus, l. una est via 18. l. cum essent 33. §. 1. ff. de servit. præd. rustic. Sin pluribus prædiis per eundem locum via debeat, aut alia servitus, plures servitutes sunt, sicut ex his una possit præscripta, aut aliter extingui, reliquis salvæ, l. si ades 32. ff. de servit. præd. rustic. l. nam satis 6. §. si ego 1. §. quomodo servit. amitt.

6. Etsi autem reales servitutes impositæ quosvis onerent & universales & particulares, prædiis servientis successores, ac vicissim iis prosint, prædiis scilicet cum suo onere transeuntibus, Ant. Faber

*Cod. lib. 3. tit. 24. defn. 2.* quia tamen sola promissio servitutis pradia non afficit, quamdiu quasi traditio subsecuta non est; sed solummodo personam promittentis devehit, secundum vulgata iura, *Capolla de servit. prae. urban. cap. 21. num. 1.* Costalius *ad l. 19. ff. quib. mod. servitus amitt.* hinc, si promissa tantum sint, particularem successorem, velut emtorem, donatarium similesque non gravant necessitate eandem imponendi, nisi emtioni aut donationi adjecto pacto id actum sit. Universales vero successores promissoris in tantum obstricti manent, ut & singuli in solidum stipulantis arbitrio ad præstandam viam aliamve servitutem a defuncto promissam conveniri possint: nam etsi obligationes regulariter inter coheredes ipso jure divise sunt, id tamen in illis fallit, in quibus sui natura divisionem respuit res promissa, quo in numero servitutes quoque sunt; in quibus magis probata est regula, quod ex persona heredum conditio obligationis non possit mutari, & ex individua dividenda fieri, *l. stipulationum 2. pr. §. 1. & 2. ff. de verb. oblig. l. heredes ejus 25. §. contra 10. ff. famil. ercisc.* Si tamen ad unum ex pluribus heredibus ex adjudicatione in solidum pervenerit fundus ille, cui se servitutem impositurum defunctus promiserat, eum solum ad servitutem imponendam compelli, rationis est; cum solus ipse possessor praelii solus etiam imponendi facultatem habeat, *arg. l. sed unde 3. §. heredes ff. commodati, Gomechus var. verbor. tom. 2. cap. 11. n. 16. vers. secunda conclusio.*

## TITULUS II.

## De Servitutibus Prædiorum urbanorum.

## SUMMARIA.

1. De servitute oneris ferendi; quid in ea singulare?
2. De servitute tigni immittendi, & an eam habens, plura signa, quam ab initio immiserat, deinceps immittere, & an in locum corruptorum alia substituere possit, per distinctiones explicatur: idem de servitute immittendi, ac ut super immittenti edificare liceat.
3. De servitute tigni prosciendi seu protegendi; quid sint protectiones, suggrunda, meniana, & unde dicta?
4. Si quid in meum parietem sit immixtum per vicinum, qui servitutem non habet; rescindere privata auctoritate possum, non item, si tantum protectum. Qua sit ratio civitatis?
5. Monstratur, servitutem altius tollendi non esse, sed potius libertatem, cum vicinus vicino permittit altius tollere contra modum lego vel status prefiniunt.
6. In quo consistat servitus, qua tribuit licentiam altius tollendi?
7. An etiam sit quidam servitus altius tollendi, quo vicinus cogitur altius tollere in suo?
8. Quid sit servitus altius non tollendi?
9. Quid sit servitus luminum seu luminis immittendi? quid moribus sit tenetredrecht? An acquiescentia censetur luminis servitus, si fuerint posuerim in vicini pariete, ob silentio non committente?

10. Quid sit servitus luminis non aperiendi? si talis conventio sit interposita, afficit pradium serviens sine ulla quasi traditione.
11. De servitute ne luminibus officiat. Distat a servitute ne altius tollatur. An servitus hac generaliter constituta pertineat etiam ad lumina futura, qua tempore constitutionis nondum erant?
12. De servitute prospectus, & ne prospectus officiat, & ne in aream alterius prospiciatur.
13. De servitute stillicidii & fluminis. An stillicidium in flumen conversi possit, & contra? an reproduci, an produci? an & quatenus edificari possit in eo loco, in quo aqua carritas? quid moribus?
14. De servitute cloacæ, fumi immittendi. ex taberna casearia vel ex alio loco, effundendi vel abijcendi in aream vicini, & qualia tunc effundi possint? item, ne vicinus in suo quid positum habeat, ut liceat in aream vicini terram, saxa, lapides provolvere, ut theatra vel contignationes in area vicini ad edificandum facere liceat. Quando vicinus invitus ad id cogi possit?
15. De pariete communi, seu cratitio, concratitio, intergerino. In dubio paries aut sepimentum inter duo pradia presumitur commune esse, & duas continuas habens domos, si unam vendat, etiam mediam parietis cratitii partem censetur vendidisse. Qua sint specialia signa unde praesumi possit, parietem communem esse, vel unius vicini proprium?
16. Quid vicinorum aliter altero invito facere possit circa parietem communem? ubi de destructione, mutatione, fistularum, tubulorum, furni, cloacæ, camini, similitumque applicatione, parietis ipsius incurratione & armatu.
17. An, & quo usque vicinorum aliter, altero invito, superstruere possit parietem communem? & quid agendum, si non jure id fecerit?
18. De vestibulo communi, quid in eo possit vel non possit, parietum unus, invito reliquis? ubi de clivis faciendis, fenestris aut januis aperiendis, & similibus; & an pati possit divisio vestibuli communis, invito uno?

1. **P**LURES urbanae hoc titulo recensentur servitutes, quarum gravissima est, *oneris ferendi*, cum vicinal panes vel columna onus aliarum adium ferre tenetur. In qua illud singulare ac praeter ceteris grave est, quod praelii servientis dominus non pati tantum, sed & facere tenetur, parietem nempe vel columnam reficere, & vel futura vel innovatione reddere oneri ferendo perpetuo parem, quod & ipsa *oneris ferendi* denominatio satis innuit, involvens quippe obligationem ad factum aliquod, quo interveniente onus feratur, columna scilicet aut parietis edificationem refectionemve, *l. cum debere 33. ff. b. s. l. essi forte 6. §. etiam 2. l. sicut 8. §. distans 2. ff. si servit. vad.* Ut tamen pro derelicto habendo pradium serviens, evitari possit refectionis necessitas, *d. l. & si forte 6. §. etiam 2. in fine*, atque etiam, durante refectione, praelii dominantis domino fulciendi oneris cura incumbat; nisi illud interim deponere malit, & denuo restituere, cum,

paries fuerit restitutus, d. l. sicut. 8. pr. ff. si servit. vind.

2. Tigni immittendi jus est, quo vicino licet in vicini parietem tignum immittere, ita ut illud in dominantis simul & servientis prædii pariete requiescat, l. urbanorum 2. l. 25. ff. b. t. l. sicut 8. §. 1. 2. l. si, cum meus 14. ff. si servit. vind. l. malum 242. §. 1. ff. de verbor. signific. In qua servitute jus commune obtinet, quod nihil facere teneatur dominus prædii servientis, adeoque nec refectio- nem parietem reddere immissioni tignorum suscipien- da pariem, d. l. sicut. 8. §. distans 2. ff. si servit. vindic. nec collapsum parietem servientem reponere, arg. l. si quis alia 18. §. ult. ff. quemadmodum. servit. amitt. Quisquis autem simpliciter pactus est hanc servitutem, dat by t' allen *ijdem* 's *signen gelieven* *soude mogen ankeren en balken in sijn buymans' muer*, non expresso trabium aut anchorarum num- ro, neque immissionis causa; si quaedam immis- sas habuerit, alias deinceps immittere, numerumque pro prædii sui utilitate augere non prohibetur: & quia prædiales servitutes natura perpetuæ sunt, in corruptarum locum alias de novo substituere licitum, ejusdem sive alterius formæ: generaliter enim conce- pta sine restrictione intelligenda sunt, arg. l. si servitus 23. ff. b. t. l. 1. §. 1. ff. de legatis præ- stand. contra tab. bon. poss. præd. Capolla de servi- tutibus præd. urbanor. cap. 30. num. 5. Responsa JCor. Holland. part. 1. consil. 233. Contra serva- tur, si non indefinite immittendi jus tributum sit; sed ab initio trabium numerus & immittendi modus inveniatur conventionione circumscriptus: tunc enim neque plura immittere, neque formam immissionis mutare licet, arg. l. servitus ipso 4. §. 1. ff. de servitutibus, l. si, cui via 11. ff. quemadmodum. servit. amitt. Capolla d. cap. 30. num. 6. præsertim, cum servitutis concessio, tanquam odiosa (quippe libertati naturali adversa) ætiam recipiat interpretationem, & in dubio pro libertate pronunciandum sit, Carpzovius defin. for. part. 2. consil. 41. def. 4. Berlichius part. 2. conclus. 49. num. 27. Gratianus discept. for. cap. 372. num. 53. Et itaq. Responsa JCor. Holl. part. 5. consil. 143. Idemque est, si sine expressa conventionione, sola scientia & patientia at- que conniventia tali, quæ consensus includit, vi- cinus permiserit, trabium quarundam immissionem. Uti & si sine expresso tacite concessu domini prædii servientis per solum præscriptionem tigni im- mittendi jus primæus quæsitum fuerit: cum enim non plus præscribi possit, quam possessum aut quasi possessum est, nec tacitus consensus qui ex scientia ac patientia facti alieni colligitur ultra illud factum, in trabium certarum immissione consistens, extendi debeat, quippe factum præsupponens; necessario ac- quitur, non ultra permissæ servientis prædii liberta- tem; quam quatenus factum intercessit libertati con- trarium, arg. l. si, cum meus 14. ff. si servitus. vind. Christinus ad leg. Mæchl. t. 14. art. 30. n. ult. Præterea, si in constituenda tigni immittendi servitute causa immissionis expressa sit, veluti ad extrusionem vicini domus, consequens est, ut alios in usus, aliosque fines extra domus ad- ficationem, immissio tignorum illicita iudicetur, ac jure possit prohiberi; eo quod cessante in uni- versum causæ finali concessione, concessio ipsa ces-

sare debet, arg. l. Labo 17. ff. quemadmodum. servit. amitt. Capolla d. cap. 30. de servit. præd. urb. num. 5. Denique, si quis expressa quidem conventionione vicino generaliter indulserit tignorum in parietem suum immissionem, sed deinde paries in longitudi- nem aut latitudinem a prædii servientis dominio pro- ductus sit; in partem eam de novo adificatam fieri non debere immissionem constat, quia pars ea nun- quam servituti obnoxia fuit reddita; nisi nomina- tim futuro quoque parieti imposita doceatur arg. l. si servitus 23. pr. & §. 1. ff. b. t. Manzus de muro communi num. 23. 24. 25. Plane quin in locum ti- gnorum vetustate corruptorum alia similia submit- tere ad eandem formam numerumque liceat, etiam præscriptione vel conventionione ad certum tignorum numerum omnis servitutis limitatum sit (nisi nomi- natim contrarium placuisse inter paciscentes doceat- ur) cum ea servitutum natura sit, ut perpetuo du- rante, atque etiam collapsis aut depositis in univer- sum ædibus sive dominantibus, sive servientibus, ac dein iterum restitutis, redintegrentur, l. ser. 20. §. si sublatum 2. l. si tertiam. 31. l. cum debere 33. ff. b. t. Hugo Grotius manus. ad jurisprudent. Holl. libr. 2. cap. 34. num. 12. Respons. Juriscons. Holl. part. 1. consil. 304. Ex hoc pato velle Pomponium in l. si, cum meus 14. ff. si servit. vind. dum ait, si passus sim te immittere tigna, quæ antea habui- sti, si mea velis immittere, prohiberi a me potes; imo etiam agere tecum poteris, ut ea, quæ nova im- miteris, tollas; neque enim illic per tigna nova de- signat ea, quæ in locum priorum de novo submissa erant. Item primo ponit, dominum servientis prædii jam passum esse illam tignorum submissionem in locum exentorum, dicens dominum parietis passum esse, per vicinum tigna immitti, quæ antea habueras, nec de his quicquam monet, quasi inju- ria submissis seu restitutis, aut quasi dominus pa- rietis illam potuisset prohibere eorundem aut simi- lium tignorum repetitam immissionem. Cum autem prædii dominantis dominus præter ea, quæ jure re- puerat in locum exentorum, quorumque repositio- nem vicinus secundum ante dicta pati tenebatur, alia insuper per nova prioribus addere vellet, tum datum recte eam prohibere, aut si is nullo jure jam immisisset, ad ea tollenda jure conveniri po- tuisse, verba legis evidenter probant. Ant. Faber ad d. l. 14. Et & plenior quædam immittendi servitus, quæ id conceditur, ut in parietem vicini tigna im- mittere mihi liceat, superque ea tigna (verbi gratia) porticum ambulatorem facere, superque eum parie- tem columnas strabiles imponere, quæ factum porti- culi ambulatorie sustineant, l. sicut 8. ff. 1. ff. si recipit. vind.

3. Diversa ab hac tigni immittendi servitute est ea, quæ vicino licet emittere suum tignum extra suum parietem, ita ut supra vicini aream prominere seu propendere, non requiescat; & appellatur tigni prosciendi vel protegendi; quæ pertinent meniana, suggrunda ac protectiones, l. si duo 3. §. item videamus 5. & 6. ff. qui possidetis, l. malum 242. §. 1. de verbor. signifi. l. 2. ff. b. t. inscriptio tit. ff. de damno infecto & suggrundis. Et protectionibus. Suggrunda, vel suggrun- dae, quasi suggerunda, vel subgrunda, sunt ea, quæ ex- tra ædes emissa prominent, & ab inferiori parte susti-

mentur seu subigerantur: quæ, si fuerint pars tecti, ultra struendum aditum projecta ac prominens, ad arcedas a parietibus phytas ac stillicidia, *protectiones* dicuntur. Meniana Festus & Isidorus *lib. 15. orig. cap. 5.* appellata volunt a Meniano vel Menio censore, qui primus in foro ultra columnas tigna projecit, quo ampliarentur superiora spectacula. Contra, *meniana a mensa*, id est, luna, derivat Stephanus Le Moyne in *variis sacris vol. 1. in præfat. asterisco* ita, quia extructa erant, ut post solis occasum & ad plurimam noctem ibi somnos captarent, vel liberissimum & frigidiorum aerem spirarent, post intolerabiles & urentes dierum longiorum æstus & ardores: nam qui mollius cuticulam curabant, habebant solaris, & meniana a solaris distincta.

4. Distat vero tigni immisio a projectione vel protectione, in eo, quod, si quis in meum quid imminerit, servitute carens, id mihi privata corrumpere liceat vel rescindere auctoritate; at si solummodo supra meam aream quid protexerit, aut e suo emiserit, servitutem non habens, tantum agi per me possit, jus vicino non esse ita protectum habere, *l. sed si inter 27. ff. b. 1. l. quemadmodum 29. §. si protectum 1. ff. ad legem Aquil.* multum enim interest, quod ille in alieno fecit, hic in suo protexit, *d. l. 29. §. 1.* Scilicet quidquid unusquisque in alienum immittit, aut in alieno extruit, id ejus sit, cuius solum est, adeoque & tignum in meum parietem nullo jure a vicino immisissum, & trajectus ab eo per meam domum aqueductus, non immittentis aut facientis manet, sed mihi jure domini acquiritur, *§. cum in suo 29. & 30. Inst. de rer. divo.* Dum ergo id, quod ita immisissum aut trajectum est, rescindo, de re mea jure domini dispono, nec id quod alienum est, sed meum corroppo, quod licet, *arg. l. in re mandata 21: C. mandati*, nec ea ratione. Inter me ac vicinum meum jus mihi dicere videor, contra *l. non est singularis 176. ff. de Reg. juri.* Protectum vero a vicino supra meam aream meum non fit, quia nusquam requiescens, ædibus meis aut fundo junctum non est. Cui consequens, ut nec jure meo rescindere aut perdere possim, quod meum effectum non est, legis Aquiliæ condemnationi, si fecerim, subiciendus, *d. l. 29. §. 1.* Nam & arboris in alieno radicatus ramos, supra meum propendentes, non aliter rescindere aut subluare possum, quam si prius prohibitorium impetraverim a prætore interdictum, ne vis mihi fiat ramos rescindendi, postquam vicinus admonitus id facere distulit aut denegavit, *l. 1. passim ff. de arboribus cædendis.*

5. De servitute *alius tollendi* proluxa disputatio est, ac in varias opiniones iverunt interpretes. Vinnius quidem cum aliis *ad §. 2. Instit. de action. num. 5.* fuse adstruere allaborat, tunc esse alius tollendi servitutem, cum posita lege municipali, qua certus est præfinitus ædificandi modus, ac circumscripta ædificiorum altitudo quam nullus excederet, idque in gratiam vicinorum (de qua est *l. 1. §. nunciamus 17. ff. de operis novi nunciat. l. qui luminibus 11. ff. b. 1. l. 1. C. de servit. & aqua. l. 1. l. ex quo paco 12. §. & nos 1. C. de adif. privatis*), vicinus vicino licentiam indulget alius ædificandi contra legem, modum certum altitudinis non excedendum deficientem. Cui opinioni quo minus sub-

scribam, facit, quod & ex jure nostro & ratione naturali didici, licentiam altius in suo tollendi etiam cum incommodo vicini, eoque obnitente, non servitutem sed libertatem esse, *l. alius 8. l. 9. Cod. de servitutibus & aqua, l. sicut 8. §. Aristo 5. ff. si servit. vind. 1. cum eo 9. ff. b. 1. l. Proculus 26. ff. de damno infecto*; hanc vero licentiam adeoque libertatem vel conventionem vel lege immitti posse, eoque ipso servitutem introduci. Confer Andr. Gayl. *lib. 2. obiter. 69. num. 10. & seqq. Capollam de servit. præd. urban. cap. 61. num. 5.* Et quia de conventionem id expeditum est, superest, ut item de lege adstruatur. Patet autem id ex *l. ult. §. 1. C. de servit. & aqua*, ubi Justinianus in usum agriculturæ generaliter constituit, nemini licere sic ædificare prope aream alterius trituriariam, ut idoneum ventum ac sufficientem ad præfatum opus (secretionem nempe paleæ a frugibus) infringat, & inutilem domino aream faciat. Patet ex omnibus legibus paulo ante de forma ædificandi & altitudine præfinita adductis; in quibus, etsi vocabulum servitutis non occurrat, tamen contra naturalem libertatem aliquid introductum esse, nemo sanus ibit inficias; quod ipsum non alia, quam *servitutis* appellatione, potest venire. Patet denique ex *l. 1. §. ult. ff. de aqua & aqua pluv. arcenda*, ubi a natura ipsa servitus introducti dicitur, & semper inferiorem agrum in aqua excipienda superiori servire; ac hoc incommodum naturaliter patitur agrum inferiorem a superiore, compensareque debere cum alio commodo: sicut enim omnis pinguitudo terræ ad eum decurrit, ita etiam aquæ incommodum ad eum defluere. Neque ratio ulla est, cur non aque rerum, ac personarum, servitutes ex jure gentium vel civili induci possent. Confer Brissonium *relecti. antiquit. lib. 1. cap. 1. & lib. 4. cap. 6.* Ubi ergo per legem publicam servitus ita publice invenitur imposita, vicinus vicino concedens aliter aut altius ædificandi facultatem, quam quidem definierat jura municipalia principative edicta; non jam nova servitus altius tollenti quæriti videri potest, sed magis restituta naturalis libertas, quæ prius fuerat per impositam a lege servitutem ademta. Quemadmodum enim, si privata pactione mihi libertatem ædificandi ademerim; ea contrario pacto ac remissione servitutis redintegratur, sic ut deinceps non jure nova servitutis, sed recuperata libertatis, meo ædificem arbitratus, ut ipse Vinnius fatetur, & certum est ex *l. si stillicidia 8. ff. quemadmodum servit. amitt.* ita quoque, si privatus vicinus remittat servitutem publica lege in sui favorem constitutam, aliter concipi res non potest, quam quod libertas reducta sit. Ac frustra plane Vinnius est, dum hic suggerere tentat diversitatis rationem. Quamvis enim tunc cum lege potestas naturalis libere ædificandi sublata est, unus vicini concessione seu remissione res serviens non in universum libera esse incipiat, sed nihilominus ex vi legis affecta maneat eadem qualitate ac conditione respectu ceterorum vicinorum, quorum interest ædes altius non tolli; non tamen ullatenus inde jus diversum in servitutibus a lege impositis, & illis, quæ ex conventionem constituuntur, deduci potest; cum idem quoque in servitutibus ex conventionem descendentes eveniat. Ut enim lex pluribus vicinis prospicit, servitutem imponendo, ita

quoque vicinis pluribus eandem altius non tollendi servitutem ex conventionem concedi posse, palam est. Neque dubium, quin tot separatæ servitutes sint, quot prædia dominantia separata sunt, quibus servitur, *l. si ades mea* 32. ff. b. t. Quænammodum ergo tunc, cum omnes vicini servitutem altius non tollendi in suum commodum a lege introductam remittunt, prædium incipit in universum ab ea legali servitute liberum esse, ut hoc Vinnius haud diffitetur; ita quoque ex remissione servitutis illius, quæ ex conventionem fit, per omnes eos facta, quorum separatim ædibus constituta erat, ædes servientes in universum liberæ efficiuntur. Et vicissim, uti uno ex vicinis legitimam servitutem remittente, reliquis adhuc suam jus servitutis intactum est; ita quoque, cum unus ex pluribus diversarum ædium dominis, ac servitutem per conventionem habentibus, eandem remittit, integra nihilominus reliquis est potestas vindicanda servitutis, ejus solius intuitu, qui remisit, libertate utroque in casu redintegrata. Sic sane Julianus in *d. l. 32. ff. b. t.* cuius verba libet apponere, *si ades, inquit, mæ servians adibus Lucii Titii, & adibus Publii Mævii, ne altius edificare tibi liceat; & a Titio precario petierim, ut altius tollerem, atque ita per statutum tempus edificatum habuero, libertatem adversum Publium Mævium utroque; non enim una Servitus Titio & Mævio debebatur, sed dua. Argumentum rei præbet, quod si alter ex his servitutem tibi remisisset, ab eo solo liberarer, alteri nihilominus servitutem deberem.* Nec distinguit, an conventionem, an lege, servitus constituta sit, sed de casu, quo ædes mæx ædibus Titii & ædibus Mævii serviunt generaliter questionem concipit, ac subnectit decisionem. Nec dictis adversatur, *l. 1. C. de servit. & aqua*, cui talem nonnulli sensum affingunt, quasi contra impositam a lege servitutem præscriptio non libertatem, sed novæ servitutis speciem induceret. Aliam namque commodam d. legi sententiam posse tribui, ex glossa constat. Neque erratum putem, qui ita illud rescriptum acceperit; scilicet, adversus eum, qui contra veterem formam, lege vel edicto præscriptam, extruxit, ut luminibus vicini officeret, recte agi posse, ut destruat, quod in servitutis publicæ præjudicium edificavit. Sed cum forte de lege municipali aut edicto principali circa ædificandi modum docere læsus non posset, Imperator ulterius iudici suggerit, eum sciturum longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere. Quasi diceret, servitutem publicam non modo lege vel constitutione, sed & consuetudine, induci posse, cum consuetudo, ut alibi dictum, eandem cum lege vires habeat. Ceterum ita demum consuetudine servitutem induci, si is, qui eam pro se allegat, & altiore ædificatione pulsatur, id est, leditur, nec vi nec clam nec precario possederit. Licet enim aliquando pulsaria dicatur, qui tanquam reus iudicio convenitur *l. de atato* 11. §. qu. interrogatus 9. ff. de interrogat. in jure fac. tamen & eum, qui leditur ac damnum patitur, in jure nostro pulsari, constat ex *l. consemisse* 2. §. item si extra 5. ff. de iudiciis.

6. Vidimus, servitutem altius tollendi non in eo consistere, ut alicui in suo liceat altius ædificare. neque tamen disinteri licet, aliquam in jure nostro

notam esse servitutem, quæ altius tollendi licentiam contineat: ita enim in *l. 2. ff. de servit. præd. rustic.* Neratius tradidit, prædiorum servitutes esse, licere altius tollere, & officere prætorio vicini. Idemque est in *l. in tradendi* 7. §. 1. ff. commun. præd. Nec aliud Gajus voluit in *l. 2. ff. b. t.* cum ait, *urbanorum prædiorum jura esse, altius tollendi & officendi luminibus vicini.* Existimo autem jurisconsultos in *d. l.* non aliam denotasse altius tollendi licentiam, quam quæ per vicinum mihi conceditur jus & facultas altius tollendi in suo, ad mei prædii utilitatem, atque ita officendi quoque luminibus aut prætorio vicini, si non nisi cum eo vicini incommodo altior ædificatio peragi queat: veluti si fingas expedire prædio meo, ut paries in vicini loco fiat, qui non est; vel ut jam extructus vicini paries altior sit, quam est; & ob id is mihi facultatem tribuat, parietem de novo in suo ædificandi, vel eum, qui jam illic est, in usum meum meo sumtu ad altitudinem majorem perducendi; sive luminum gratia mea intersit, ut radii solares repercussione in parietem elevationem ingrediantur, conaculum meum, secundum *l. si arborem* 17. §. interdum 2. ff. b. t. sive alterius usus & utilitatis gratia. Etenim in suo quidem jure libertatis naturalis quisque altius ædificare potest, etsi vicino noceat, & luminibus ejus aut prospectui officiat, quoties servitus, ne luminibus vel prospectui officiat, constituta non est, *l. inter servitutes* 12. §. 1. 16. 17. ff. b. t. *l. si in ædibus* 9. C. de servitutib. & aqua, *l. Proculus* ait. 26. ff. de damno infecto. In alieno id non licere, nisi servitute constituta, certum est, ac probatur arg. *l. 1. §. ult. in fine*, *l. 2. §. item Varus* 5. ff. de aqua & aqua pluvi. arcenda. Qua ratione Ulpianus scripsit, *solere opus in alieno fieri, cum jure servitutis, quam quis habet alieno agro impositam, opus in alieno fieri. l. damni infecti* 30. pr. junct. §. ult. ff. de damno infecto. Nec recte dixeris, in exemplo posteriore oneris ferendi servitutem contineri; cum ea ratione vicini paries onus ædium mearum haudquaquam ferat, sicut evenit in oneris ferendi servitute. Suadentque hanc interpretationem exempla reliqua, quæ in *d. l. 2. ff. b. t.* & *d. l. 2. ff. de servit. præd. rustic.* junguntur servituti, altius tollendi licentiam respicienti: quippe quæ pleræque comprehendunt facultatem aliquid faciendi in alieno, vel supra alienum prædium, veluti, *cloacam habere per vicini domum vel prætorium, vel protectum habere licere, stillicidium aversere in cætum vel aream vicini, immisere tigna in parietem vicini.* Addita quidem invenitur servitus altius non tollendi, & stillicidii in aream vicinam non avertendi, quæ dua non pertinent ad licentiam faciendi in alieno; sed earum mentionem non male dixeris habitam tantum occasione servitutis oppositæ, licere altius tollere, aut stillicidium aversere, in *d. l.* inter alias enumeratæ.

7. Dixi, quo sensu licere altius tollere servitus sit, sed præter eam, etiam aliam in jure nostro occurrere opinor, quæ vicinis in commodum vicini cogitur in suo altius extollere, & habere altius ædificata, sive propter lumina id fiat, sive umbræ gratia vicino prædio utilis aut necessaria, sive frigoris & venti a prædio vicino arcendi causa; quales etiam præcipui servitutis, licentiam in alieno altius tol-



lendi continentis, fines sunt. Quod ut apertius intelligatur, considerandum, servituti, ne luminibus officiat, frequentius quidem inesse servitutem, ne altius tollatur, in quantum altius ductis vicini ædibus plerumque lumina vicini contingit obscurari: cum servitus imponitur, ne luminibus officiat, hoc maxime adepti videmur, ne jus sit vicino, invitit nobis, altius edificare, atque ita minuire lumina nostrorum ædificiorum, inquit Paulus l. luminum 4. ff. b. t. Quandoque tamen inesse & eam, ut altius ædificata vicinus habeat, quoties nempe luminibus septentrionem versus apertis, radii solares non directo, sed per quandam repercussionem lucem idoneam cœnaculo dominantis præstant; sic enim in l. si arborem 17. §. 2. ff. b. t. Ulpianus observavit, interdum eam quoque, qui tollit (id est destruit) ædificium, vel deprimit luminibus officere, si forte κατά ἀνταλλαγῆν, id est, per refractionem seu repercussionem, vel pressura quadam, lumen in eas ades devolvatur; cui consequens est, ut teneatur in vicini gratiam perpetuo altius habere ædificatum in suo; atque adeo etiam, ad exemplum servitutis oneris ferendi, facere aliquid in suo, contra ordinariam servitutem naturam: cum eadem hic, quæ in onere ferendo, ratio sit; forma scilicet & formula conventionis, qua servitus altius tollendi, ac oneris ferendi, inducitur, ut paries altius tollatur, & ut paries oneri ferendo, uti nunc est, ita sit, arg. l. eum debere 35. ff. b. t.

8. Contraria huic servituti est ea, qua vicinus prohibetur altius in suo ædificare, sive id luminum causa, sive utilitatis alterius gratia fiat, l. latius 8. l. 9. l. ult. §. 1. C. de servitutibus & aqua, l. luminum 4. l. si domus 21. l. si ades 32. ff. b. t.

9. Luminum servitus non ea est, qua vicinus licentiam habet lumina, seu fenestras, in suo proprio pariete aperiendi; id enim libertatis est, licet paries prope cœnaculum positus esset. Vide Christin. ad Leg. Mechl. t. 14. art. 23. Carpovium defin. for. part. 2. constit. 41. defin. sed potius, qua vicino licet in vicini pariete lumina habere; seu, qua vicinus cogitur lumina seu fenestras vicini in suo pariete pati & excipere; unde & hæc luminis immittendi servitus dici potest, l. luminum 4. junct. l. pen. ff. b. t. l. alius 8. C. de servis. & aqua. Alii luminum servitutem (vulgo venster recht) accipit Grotius manuduct. ad jurisprudent. Holl. lib. 2. cap. 34. num. 25. 26. describens eam, quod sit jus aperiendi fenestram pendulam supra aream alterius; quod sine servitute fieri non posset; cum tota fenestraz apertura ac conversio super cardine supra proprium, non alienum solum fieri debeat. Quod si fenestram posuerim in vicini pariete, eo silente nec contradicente tunc, cum id fit, videri non potest mihi ea ratione quasitum jus luminum immittendorum; cum ad libertatis conservationem sufficiat, in servitutem non consensisse, nec contradictio requiratur, l. invium 5. ff. b. t. arg. l. filiusfamilias 8. §. invitit 1. ff. de procurator.

10. Opposita huic est servitus luminis non aperiendi, qua vicinus constituit, se in suo pariete fenestram non aperturum, idque in prædii vicini utilitatem. Etiam enim nuda conventio, ne sibi in suo quid facere liceat, improbata videatur, arg. l. pen. ff. de pæctis, id tamen fallit, quoties inde commo-

dum aliquod vicino prædio accedit, ne usus ejus deterior fiat, secundum ordinariam servitutem naturam, arg. l. quotiens 15. §. 1. ff. de servitutibus, & quia præter conventionem ulterior usus aut patientia necessaria non est ad hujus servitutis constitutionem, consequens est, ut in emtorem quoque, aut alium successorem particularem, prædii servientis onus illud dicamus transire, Capolla, de servit. præd. urban. cap. 62. n. 8. Carpovius defin. for. part. 2. constit. 41. defin. 14. frustra dissentiente auctore notarum ad Muss. de Afflictis decis 235. n. 7. quippe: qui opinioni suæ fundamentum subternit erroneum; quod nempe sola personalis obligatio, non vero ipsum servitutis jus, ex tali profluere conventionem; cujus contrarium jam demonstratum.

11. Constituta servitute, ne luminibus officiat, id actum censetur, ut vicino liceat ita lumina habere in superiore parte sui cœnaculi, ut nihil iis opponi a vicino possit, quo lumen solare impeditur. Unde si id, quod a vicino ponitur, lumen quidem non impediatur, solem tamen auferat, nihil contra hanc servitutem fieri censetur; nisi umbram faciat in loco, cui sol erat necessarius, veluti solarior, vel heliocamino, l. inter servitutes 15. 16. 17. ff. b. t. Et licet hac servitute maxime illud acquisitum dicatur, ne vicinus altius tollat ædes suas, l. luminum 4. ff. b. t. (quo motus Cujacius, hanc cum altius non tollendi servitute perperam confundit; lib. 17. observ. 35.) non tamen illud tantum: cum neque viridaria (quas etiam rylas appellari docet Cujacius lib. 10. observ. 15.) neque alia similia, quibus lumen impeditur, opponere possit hanc debens servitutem; uti quidem id potest, qui nudum constituit altius non tollendi jus, l. edificia 12. l. si arborem 17. ff. b. t. Imo quandoque altius tollere tenetur, ac altius elevata deponere aut deprimere prohibetur dominus prædii servientis, quoties lumen reflexione & refractione radorum solarium ingreditur cœnaculum prædii dominantis, ut ante dictum, d. l. 17. §. 2. ff. b. t. quod & alibi ipse Cujacius notat lib. 23. observ. 20. Constituta autem generaliter servitute, ne luminibus officiat, ambiguum fuit utrum id de luminibus, quæ nunc sunt, an & de futuris accipiendum esset: sed humanius visum, verbo generali omne lumen, sive quod in præsentia, sive quod post tempus conventionis contigerit, significari, l. qui ædificium 22. l. 23. ff. b. t. Bronchorst enant. cens. 2. assert. 1. Et, si inter vicinos non conveniat, ad quam altitudinem prædii servientis dominus ædificium, aut aliud, quod facere instituit, ædificare aut ponere debeat, ut salva nihilominus sit servitus, nec luminibus officiat; ab arbitro id definiendum est, l. qui luminibus 11. §. 1. ff. b. t. Vide l. ex quo paco 12. §. 1. 2. C. de adif. privatis. Respons. Jurisc. Holl. part. 1. constit. 119.

12. Cum jure luminum immittendorum, & ne luminibus officiat, in plerisque conveniunt servitutes prospectus, & ne prospectui officiat; eo excepto, quod prospectus in inferiore cœnaculi parte potissimum locum sibi vindicat, lumina in superiore; & latior pleniorque de prospectu, quam de luminibus, servitus sit, d. l. 15. 16. 17. ff. b. t. d. l. 12. §. 2. C. de adif. privatis. Et huic quoque servituti

opposita est servitus non prospiciendi in aream alterius, quod aliquin jure naturali permixtum est, Grotius *manud. ad jurispr. Holland. lib. 2. cap. 34. num. ult.*

13. De stillicidiis, aqua scilicet guttatim ex tecto decedente, deque fluminibus, id est, aqua collecta ac cum impetu decedente, recipiendis vel non recipiendis, avertendis vel non avertendis, in jure nostro servitutes proponuntur, §. 1. *Instit. de servit. prad. l. servitus* 20. §. 2. §. 3. §. 4. §. 5. §. 6. l. 21. ff. b. t. l. si a se 16. ff. si servit. vind. Grotius *manuduct. ad jurispr. Holland. lib. 2. c. 34. n. 13. 14. 15. 16. & n. 27. 28. 29.* Leeuwen *consur. for. part. 1. lib. 2. c. 14. n. 20. 21.* quarum natura varia intelligi facile poterit, si primo libertatem hac in parte cognoverimus, quæ est, quod unusquisque aquam ex suo cadentem in suum derivare et possit et debeat. Quo posito, pro diversa conditione regionis sicca atque torrida, vel ex adverso aquosa, proque aquarum copia vel inopia ibidem reperta, jus recipiendi, avertendi vel non avertendi stillicidii fluminisve, in ædes aut aream aut cloacam ex vicinorum usu ac utilitate constitui posse, dubium non est. Dummodo meminerimus, graviores fluminis, quam stillicidii, servitutum esse; adeoque stillicidium demitti inferius non posse, ne ex stillicidio flumen fiat; contra vero tolli altius posse; cum levior eo factio servitus reddatur, dum id, quod ex alto cadit, lenius & interdum direptum dilabitur, nec pervenit ad locum servientem, l. 20. §. 5. ff. b. t. Flumen tamen nec deprimi nec attolli posse tradit Grotius *manuduct. ad jurispr. Holl. lib. 2. cap. 34. n. 30.* Similiter retro duci quidem posse stillicidium placuit; quia in nostro magis incipiet cadere; produci non posse, ne alio in loco cadat quam in quo posita servitus est, l. servitus 20. §. stillicidium 5. ff. b. t. & si antea ex tegula cassitaverit stillicidium, fieri non potest ut ex tabulato aliave materia deinceps cadat, d. l. 20. §. si antea 4. ff. b. t. denique domino servientis areæ ibi, ubi cassitate percipisset stillicidium, altius ædificare non aliter licet, quam quatenus stillicidio nullum impedimentum generatur, d. 20. §. si servitus 3. & ult. l. si domus 21. ff. b. t. l. si eo loco 9. ff. si servit. vind. Qua de causa moribus nostris etiam obtinuit, stillicidii debitorem in suo prædio serviente ædificare non posse supra prædii dominantis altitudinem, nisi relicta inter parietem prædii dominantis latitudine vacua quinque pollicum, aut alio spatio statutis vel consuetudine determinato, ad aquam recipiendam scillatim cadentem. Quo etiam pertinet forte imperatorum Antonini & Veri rescriptum in l. Imperatores 14. ff. b. t. Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib. 2. cap. 34. num. 13. 14.* Leeuwen *consur. for. part. 1. lib. 2. cap. 14. num. 21.* Responsa Ictor. *Holland. part. 1. consil. 233. in fine.*

14. Est insuper servitus cloacæ mittendæ, qua vicinus alienam cloacam tenetur in suo recipere, atque ita locum cavum præbere, per quam colluvies quædam fluat, l. 1. pr. & §. cloaca 4. ff. de cloacis, l. jus cloacæ 7. ff. de servit. de qua plenius tit. de cloacis. Est & jus immittendi fumum ex taberna casearia in superiora ædificia, l. sicut 8. §. Aristo 5. ff. si servit. vind. de quibus tabernis caseariis & veterere casearum fumigandarum more, vide Brissonium

*relact. antiqui. lib. 4. cap. 13.* licet aliquin fumum modicum in suo facere cuique liceat; ut si licet ignem in suis facere, aut sedere aut lavare, d. l. sicut 8. §. apud Pomponium 6. ff. si servit. vid. Petrus Gregor. Tholosanus *synagm. jur. civilis lib. 4. cap. 13. n. 4. & seqq.* Est & jus effundendi vel abijciendi aquam aut aliud quid ex superiore loco in inferiorem vicini aream, d. l. 8. §. 5. fere in pr. ff. si servit. vind. Caspolla *de servit. prad. arb. cap. 31.* Petrus Gregor. Tholosanus *synagm. jur. civilis lib. 4. c. 13.* Qua servitute concessa, urinæ tamen aut stercoreis aliorumque putidorum projiciendorum facultas in dubio non videtur quasita, arg. l. ult. §. si stercus 3. ff. quod. vi aut clam, l. 2. §. ibidem ait 29. ff. ne quid in loco publico, Caspolla *d. cap. 31. n. 5.* Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib. 2. c. 34. num. 17. 18. 19.* Gregor. Tholosanus *d. cap. 13. n. 2.* Ad hæc servitus, ne vicinus in suo quid positum habeat, dum id forte prædio vicino obesset, l. si quando 17. §. cum in domo 1. ff. si servit. vind. Cujacius *lib. 10. obiter.* 15. Item ut vicino liceat in aream vicini terram, saxa, lapides proolvere, aut posita habere, aut lapidem in suo cadere, ut fragmenta in aream vicini cadant; aut theatra seu contignationes facere in area vicini ad ædificandum, arg. l. sicut 8. §. Aristo 5. in mod. ff. si servit. vind. l. item sui 3. §. 1. 2. ff. de servit. prad. rusticor. ad quem contignationum erigendarum licentiam concedendam, etiam vicinus invitus constringi posset, si ædificatio alia nequeat ratione institui; idque tum publici aspectus favore, tum etiam exemplo viæ, quæ necessario cedenda ei, qui exitu alio adituque destitutus est, de quo tit. seqq. Christinaus *ad Leg. Meckliniens. tit. 14. art. 31.*

15. Servitutum urbanarum occasione non incongruum fuerit de muro communi nonnulla subnectere, quem in confinio ædificatum collatis utrimque sempiternis aut alia latitudine Romani *cratium* & *concratium* dixerunt, l. cum duobus 52. §. item Mela 13. ff. pro socio, etiam intergerinum, Festo teste in verb. intergerinum. In primis sciendum est, inter ædes duas hortosve parietem intermedium in dubio communem præsumi, quoties pro pleno vicini alterutrus dominio indicia desunt ac probationes. Idemque de sepimento ligneo, ac interstitio inter duas ædes vacuo, aliisque omnibus inter duo prædia vicina intermediis, statuendum est, si non unius propria prebentur, arg. l. adeo 7. §. ult. & l. 8. ff. de acquir. rer. domin. l. si ii 4. ff. de servit. legata, §. si Titius 31. *Instit. de rer. divisi. l. arbor.* 19. ff. communi divid. l. pen. ff. pro socio, Caspolla *de servit. prad. urban. cap. 40. n. 9.* Mantica *de iactis & ambiguis lib. 4. tit. 15. num. 24.* Casper Mancianus *in libello de muro communi num. 37.* Christinaus *ad Leg. Mechl. tit. 14. art. 12. & 13.* Sim. van Leeuwen *consur. for. part. 1. lib. 1. cap. 14. n. 16.* Nam & si paries ab uno vicinorum in confinio ædificatus fuerit, communis est, juxta tritum illud, quo inædificata solo cedunt, arg. l. si supra 28. ff. de acquir. rer. domin. §. cum in suo 29. & 30. *Instit. de rer. divisione,* Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib. 2. cap. 34. num. 4.* Nec dubitatur, quin is, qui duas habens domos unam distinxit, etiam porietis intergerini partem mediam,

velut ædium portionem, credatur vendidisse, si non aliud actum sit, arg. d. l. si in 4. ff. de servitutibus legatis. Et quibus autem indicibus signisque peculiaribus pro parietis communione, aut proprietate unius vicini, conjecturæ probabiles desumi queant, latius enarratum vide apud Menochium de præsumpt. lib. 6. præsumpt. 73. Mascardum de probation. conclus. 1140. Capollam de servit. præd. urban. c. 40. Manzius d. libello de muro communi quest. 1. num. 2. & seqq. ad num. 57. Responsa JCor. Holl. part. 1. consil. 304. & part. 2. consil. 6. Christinaum ad Leg. Meublin. t. 14. art. 13.

16. Ceterum, uti nulli licet in alieno quid facere invito domino, ita nec in pariete communi, si non accedat vicini consensus, eo quod res communis pro parte aliena est. Qua ratione neque fenestram in pariete communi aperire uni vicinorum licet, l. pen. ff. b. t. Hugo Grotius manud. ad jurispr. Holl. lib. 2. cap. 35. n. 6. Christin. d. t. 14. art. 14. Responsa JCor. Holland. part. 1. consil. 326. neque tubulos balnearios aut fistulas eidem junctas habere, quibus aqua ducitur ex castello vel ex cælo capta, l. quidam 13. l. si vultam 19. ff. b. t. nec eum demolire, aut reficere, nisi urgente necessitate, l. parietem 8. l. in re communi 26. ff. b. t. junct. l. si ades 12. communi dividund. l. in parietis 35. l. 36. 37. ff. de damno infecto, eo excepto, quod Hollandiæ & quorundam aliorum moribus receptum sit, posse vicinum unum invito altero lignum deponere sepimentum commune, suoque sumtu parietem lateritium ejus loco surrogare, futurum deinde inter eosdem vicinos commune, Hugo Grotius d. lib. 2. cap. 34. n. 5. 6. Christinaus ad Leg. Meublin. t. 14. art. 12. Et quamvis furnum parieti communi adstruere jure Romano vetitum haud fuerit, si modo vicinis caveatur de damno infecto, l. si servus 27. §. si furnum 10. ff. ad leg. Aquil. hodie tamen neque fornacem neque latrinam neque aliud simile, quod nocere solet, secundum parietem commune fieri posse, magis obtinuit, teste Grotio d. lib. 2. cap. 34. n. 7. Sic ut in his omnibus melior vicini prohibentis conditio sit, l. Sabini 28. ff. communi dividund. l. sed si inter 27. §. ff. b. t. Plane quod de furno Romanis placuit, id de camino non inepte dixeris, eum parieti communi admovent posse, si inde non probabiliter ex judicio atque arbitrio peritorum artis damnum metuatur, arg. l. sicas 8. §. apud Pomponium 6. ff. si servus. vind. d. l. 27. §. 10. ff. ad leg. Aquil. Gratianus discop. forum. cap. 572. num. ult. Capolla de servitut. præd. urban. c. 64. n. 6. Quemadmodum nec prohiberi potest vicinus, quominus balneum habeat juxta parietem commune; aut cameram ex figulino opere seu laterculis ita factam, ut etiam sublato pariete maneat; aut scalas, quæ removeri possunt, d. l. quidam 13. & l. fistulam 19. pr. & §. 1. 2. ff. b. t. Manzius de muro communi num. 47. & seqq. aut canalem superimponat ad aquam collectam versus plateas publicas derivandam, Grotius manud. ad jurispr. Holl. lib. 2. cap. 34. num. 28. 29. Sed & lacrustare parietem communem, et picturis exornare vicinorum alter jure suo potest; aliaque facere, quibus nullum vicino circa parietis communionem præjudicium generatur, d. l. quidam 14. §. 1. ff. b. t. Denique etiam omnia ea agere, quæ prima

conveniunt intentioni ac destinationi eorum, inter quos paries communis est, arg. §. religionum 9. Institutum de rer. div. Christinaus ad Leg. Meublin. t. 14. art. 12. in fine, usque adeo, ut, si vicini semipedes inter se contulerint, ut ibi cratitium seu intergerinum parietem inter se edificarent ad onera utriusque sustinenda, deinde adificato pariete, alter in eum immitti non patlatur, pro socio agendum sit, l. cum duobus 52. §. item Mela 13. ff. pro socio, arg. l. in parietis 35. leg. 36. 37. ff. de damno infecto.

17. Utrum autem vicinorum unus invito altero in pariete aut supra parietem commune edificare jure suo possit, non prorsus expeditum est. Ast medietatem usque id vicino licere videtur; maxime, si paries pro diviso communis sit, quod & in dubio præsumendum volunt: dum modo prima sociorum intentio non manifesto refragetur, & pars illa dimidia oneri ferendo sufficiens sit, nec opere facto in alterutro vicini ædes inclinetur; sic ut & ei, qui non ædificat, vitiumque ex opere futurum timet, per ædificantem cautio de damno infecto præstanda foret, l. inter quos 39. l. ex damni 40. §. quotiens 1. junct. l. in parietis 35. & seqq. ff. de damno infecto, l. si, cum meus 14. §. 1. ff. si servus. vindic. l. hoc, quod dictum 25. §. 1. ff. b. t. Hugo Grotius ad manud. ad jurispr. Holl. lib. 2. cap. 34. num. 3. Menochius de præsumpt. lib. 6. præsumpt. 73. n. 23. & seqq. Capolla de servit. præd. urb. cap. 40. n. 19. Manzius de muro communi, quest. 12. num. 53. & seqq. Unde &, si ex tribus ædibus in loco impari positis, ædes medietate superioribus servant, inferiores autem nulli servant, & paries communis, qui est inter inferiores & medias, altius a domino inferiorum ædium sublatus sit, jure eum altius habiturum, cum Sabino Pomponius respondit, l. hoc quod dictum 25. §. 1. ff. b. t. eo quod sociorum unus rei communi servitutem imponere solus ita non potuit, socio non consentienti diminueret libertatis jus pro parte ejus, l. unus 2. §. de servit. l. per fundum 11. ff. de servit. præd. rustic. Manzius de muro communi n. 73. 74. Si tamen paries intermedius non nisi ad prædium a prædio separandum constructus videatur, vix est; ut tunc vicino ad medietatem usque altius ædificandi jus asseramus; cum secundum ante dicta nihil socius invito socio possit in rei communis præjudicium, ultra primam eorum intentionem, arg. d. l. 23. ff. communi divid. l. sed si inter 27. in fine b. t. l. an unus 11. ff. si servus. vindic. Anton. Thesaurus decr. 41. n. 13. Capolla de servitut. præd. urb. cap. 40. num. 33. Quod si, cum ad medietatem usque liceret, ultra eam sine vicini consensu ædificatum appareat, si quidem sciente ac tacente eo id factum sit, destruendum non est, sed tantum id quod interest tacenti præstandum: si eo ignorante, vel sciente ac contradicente, deponendum foret non jure impositum, l. Sabini 28. ff. communi divid. nisi consuetudo loci ferat, ueminem ad destruendum compelli, qui ultra annum & diem opus habuit, nullo jure, & cum vicini læsione factum; sed id quod interest exsolvendo liberari, Grotius manud. ad jurispr. Holl. lib. 2. cap. 34. n. 7.

18. Vidimus de muro communi; de vestibulo communi (etiam gemmeo gang) non minor dubitatio est;

quid in eo quisque possit? Sane, cum locus talis sociorum voluntate ad exitum, introitum transitumque ab initio destinatus sit, magis est, ut unus eorum, invito altero ac repugnante, nihil novi facere possit, quo transitus, exitus introitusque redderetur præpeditus, etsi non in universum usus tolleretur; veluti januam appendendo, quæ cardine supra hujusmodi verteretur vestibulum; aut gradus extruendo, per quos ex adibus in vestibulum commune descensus ascensusve fiat, dum ædes vestibulo altiores sunt aut depressiores. Quam opinionem non modo vulgatam firmat axioma superius commemoratum, quod nempe melior causa sit socii prohibentis, ne quid novi fiat in re communi, quod prima adversatur sociorum destinationi, l. Sabinus 28. ff. *communi divid.* sed & argumentum ex l. ult. §. 1. ff. l. 1. in qua dum Scævola respondit, Lucium Titium prohiberi a vicino Publico Mævio non potuisse, quo minus, aperto pariete domus suæ, januam in publico aperiret, quoties neque luminibus Publici Mævii, neque itineri ejus officeret; satis a contrario significat, Publicum Mævium legitimam habiturum actionem, ne ea fiant, quibus iter ejus impediretur. Et, si is, cui via vel itineris servitus per fundum alienum constituta est, cum proprietario per inædificationem iter obstruente agere possit, jus ei non esse ita ædificatum habere, l. si eo loco 9. ff. *si servit. vindic.* longe magis hanc inædificationem atque ita nocendi potestatem per legitimos trames impedierit, qui jure suo, sine servitutis jure, vestibulo communi uti vel secundum primam sociorum destinationem. Denique, si nullus sine servitute, vel in area alterius aliquid facere possit, vel supra aream alterius fenestram suam januamve aperire, dum is, cuius solum, ejus & cælum est, arg. l. quemadmodum 29. §. si protectum 1. ff. ad leg. Aquil. Gratius manu dicit, ad jurisprudentiam Hol. lib. 2. cap. 34. num. 25. Capolla de servit. præd. urban. cap. 55. num. 1. Consequens est, ut nec in communi vestibulo socius ista, socio reluctante, possit; cum & res communis pro parte aliena sit, Capolla de servit. præd. urban. cap. 39. n. 6. Responsa Juriscons. Holl. pars. 4. consil. 235. 256. Quibus non adversatur l. servitutis 20. §. si domo 1. ff. b. t. quæ potissimum moti nonnulli, contra responderunt, d. pars. 4. consil. Holl. 377. & 378. cujusque sententia est, si domo mea altior area tua esset, tuque mihi per aream tuam in domum meam ire agere cessisti, nec ex plano aditus ad domum meam per aream tuam esset, posse me gradus vel clivos prope januam meam jure facere, dum ne quid ultra, quam quod necesse est, itineris causa demoliar. Quod enim illic clivos gradusve extruere licet, id inde est, quia jure servitutis vicinus indulsit per suam aream vicino jus eundi agendi ad domum ejus; servitute vero concessa, omnia concessa censentur, sine quibus servitus expediri non poterat; estque, quod sibi vicinus prædii servientis dominus imputet, dum sciens, ex plano non posse vicinas introiri ædes, non apertius circumscripserit servitutis concessionem. Alia vestibuli communis ratio est; quippe cuius usum communem ad ingressum transitumque dum sibi communi consensu socii nominatim reservarunt, jus non patiebatur, ut unus, ceteris invitis, qui nec propagam nec per consequentiam ab initio consenserant,

tolleret aut diminueret ædificando usum transitus, adeo manifeste non in unius sed omnium sociorum utilitatem destinati conservatique, ut, licet rerum omnium communione intuitu ad unius socii desiderium a communione recedendum sit, tamen de vestibulo communi binarum ædium arbiter communi dividendo, invito utrolibet, dari non debeat: ne is, qui de vestibulo licitari cogitur, necesse habeat interdum totarum ædium pretium facere, si alio aditu destitutus sit, l. arbor 19. §. de vestibulo 1. ff. *communi divid.*

## TITULUS III.

## De Servitutibus Prædiorum Rusticorum.

## SUMMARI A.

1. Quid sit iter, tum jure Romano, tum mdribus? Qui fundum vendens aquam exipit in illo fundo, & circa eam late decem pedes, non proprietatem sed iter tantum censetur excedisse.
2. Quid actus, quæ latitudo ejus; an & quo sensu iter actui insit, vel non?
3. Quid via: quo modo iter & actum contineat? Quæ sit latitudo viae jure civili et moribus?
4. Vicinus viam vendere vel precario concedere cogitur vicino, cujus prædium nullum exitum aditumque habet. Et quid distet talis via a viis aliis: circa potestatem claudendi, scindendi, corrumpendi viam?
5. Quid sit via vicinalis, et an claudi possit?
6. Quid sit aqueductus? requirit aquam viam. Quid si fons exaruerit iterumque fixat post tempus, quod præscriptioni sufficit? An si aqua longo tempore ex prædio superiore ad inferiora defluerit, dominus agri superioris possit extraneo aquam concedere, in præjudicium domini agri inferioris?
7. Quid aquæhaustus? An haustum debens cingere puteum et muro includere possit? ad quem spectet refectio et purgatio putei servientis, vel putei communis? an via publica aut locus sacer intermedium haustum impediatur?
8. Itinere, actu, via, aqueductu, sine certi loci designatione concessis, electio competit domino prædii dominantis, per quam fundi partem ire agere etc. velit. Sed civiliter eligere debet. Nec, si elegerit, mutare rursus potest. Dominus tamen prædii servientis mutare potest, et alium aque eodem loco assignare.
9. An flumen publicum intermedium impediatur iter, actum, viam, haustum; si non vado nec pons, sed pontonibus transiatur?
10. Quid sit servitus pecoris pascendi? quando realis, quando personalis sit? an tunc ex pascuis novalis fieri? An dominus suam quoque pecus immittere? An includi possit animal alienum non jure depascens?
11. Recensentur alia plures rustica servitutes, et earum requisita, partim ex legibus, partim ex moribus.
12. Exemplo servitutum enumeratarum possunt et alia excogitari, si modo servitutis natura ex requisita adint. An servitus sit, si testator jussorit, ab uno prædio alteri prædio præstati certam arundinum aut similium quantita-

tem; vel si id inter duorum fundorum dominos contractu actum sit?

1. **U**T urbanarum, ita & rusticarum servitutum plures in iure species occurrunt, quæ cum non magnis sint difficultatibus innodata, suffecerit obiter eas recensuisse. Iter est jus eundi ambulandi hominis, *pr. Inst. de servitut.* adeoque eundi ac redeundi: ambulare enim est spatia reciproca facere, & in sua vestigia reflectere. Vel etiam est, qua quis pedes vel eques commeari potest, *l. inter actum 12. ff. b. t.* aut etiam sella vel lectica vehi, *l. qui sella 7. ff. b. t.* quale iter a spatianti servitute distat, quippe quæ plus voluptatis quam utilitatis in se continet, ideoque personæ potius, quam prædio constituitur, *l. ut pomum 8. ff. de servitutibus*, ut latius traditum sit. *1. de servit.* Quisquis vero iter habet, non ipse tantum ire potest, sed & cum eo domestici, hospites, convivæ, mercenarii, medici, arg. *l. usu retinetur 20. ff. quemadm. sero. amitt. §. 1. et 2. Inst. de usu et habit.* *l. 1. §. si cuius colomus 7. 11. l. inde etiam 3. §. uti videmus 4. ff. de itinere actusque privato.* Observandum tamen, usu nostro iter proprie esse, qua quis pedes commeari potest (vulgo *een voadpad*) ab eoque diversum esse jus equo commendi per fundum alterius, quod vulgo *een ry pad* appellatur. Hugo Grotius *manud. ad jurisprad. Holl. lib. 2. cap. 35. n. 1. et seqq.* Si itineris latitudo definita non sit, ab arbitrio definienda est, *l. certo 13. §. latitudo 2. ff. b. t.* plerumque ad trium quatuorve pedum latitudinem, ut vult Groenewien *cons. for. pars. 1. lib. 2. cap. 14. n. 35.* Quod si quis duo habens prædia, in unius venditione aquam, quæ in fundo nascebatur, & circa eam aquam *luto pedes decem* exceperit, non dominium ejus loci, sed iter duntaxat per illud spatium videtur sibi pactus esse, *l. qui duo 30. ff. b. t.*

2. Actus est jus agendi jumentum vel armentum vel vehiculum, *pr. Inst. de serv. prædior. l. inter actum 12. ff. b. t.* cuius latitudo si partium conventionem definita non sit, certam a lege determinationem non habet, sed ab arbitrio statuenda est, *l. certo 13. §. latitudo 2. ff. b. t.* ac proinde quod a Festo scriptum est, *actum esse iter inter vicinos quatuor pedum latum*; non de latitudine per legem definita accipiendum, sed de ea, quæ plerumque partium solebat conventionem comprehendere. Meminisse enim oportet, illam saltem esse debere actus latitudinem, ut illac jumentum duci queat: nec præcise requiri, ut & jumentum & vehiculum illac duci possit: proinde si tam angusti loci demonstratio facta fuerit, ut neque jumentum neque vehiculum ea inire possit, iter magis quam actus acquisitus videretur: sed si jumentum ea deduci poterit, non etiam vehiculum, actum datum intelligi, Pomponius docet, *l. si tam angusti 13. ff. de serv. cum quo ut Modestinus concilietur*, dum ait in *l. inter actum 12. ff. b. t.* actum esse, ubi *& armata transire & vehiculum ducere licet*, dicendum est, & jumentum & duci vehiculum dubio posse ab eo, qui actum habet, si tanta inveniat designata actus latitudo, ut vehiculi quoque ductum admittat; imo actu concessio sine latitudinis determinatione, arbitrium non angustius debere assignare locum, quam quo & jumentum & vehiculi ductus patet: ceterum sufficere

posse ad actus constitutionem, si vel ea latitudo a partibus definita reperitur, non qua vehiculum, sed tantum jumentum inire potest. Quæ & ratio esse videtur, quod ab Ulpiano & Justiniano actus fuerit descriptus jussu agendi jumentum vel vehiculum; quasi alterum ad actus naturam sufficit, *l. 1. ff. b. t. princ. Instit. de servitut. prædiorum*. Qui autem actum habet, etiam iter habet, eoque uti in dubio etiam sine jumento potest, *d. pr. Instit. de servitut. prædior. d. l. 1. ff. b. t.* nisi aliud in actu constituendo placuerit, ut scilicet non nisi cum jumento, quod pellitur, eat; quo casu actus sine itinere esse dicitur, *l. loci 4. §. qui iter 1. ff. si servit. vindic.* In dubio scilicet hæc conjectura est, eum, qui actum concesserit, longe magis iter, quod minus est, voluisse concedere; quæ præsumtio cessat, ubi in contrarium manifesta voluntatis declaratio est. Quod vero Paulus scripsit, eum, qui actu legato iter adimit, nihil adimere, quia nunquam actus sine itinere esse potest, *l. 1. ff. de adimend. vel transfer. legat.* id de eo haud dubie intelligendum itinere, quo quis jumentum ducens aut vehiculum, simul ipse ire debet. Sed & dici potest, illum, qui actu legato iter ademit, nihil agere quia iter, quod ab actu separatim consideratur ut alia servitus, non locaverat; frustra vero adimit testator, quod non prius ipse legavit. Quo modo & in *l. si quis ita 3. §. si loci 6. ff. de adim. vel transf. legat.* Ulpianus ait, usufructu loci legato, si testator iter adimat, non valere ademptionem, nec vitari legatum, sicuti qui proprietatem fundi legat, iter adimendo legatum non minuit. Actui nempe iter aliquid inest ex necessitate, quod abesse aut separari ab actu nequit, dum quis jumentum ducens, illud comitatur: de quo *d. l. 1. ff. de adimend. vel transf. legat.* Inest & aliud non ex necessitate, sed sola probabili conjectura, puta, quo quis solus ire potest sine jumento: quod proinde etsi in dubio quoque datum intelligatur, adimi tamen jure potuit, quod de casu est *d. l. 4. §. 1. ff. si serv. vind.* non ademptum nominatum, ipso jure competit domino prædii dominantis, velut actus pars; idque non formaliter, ita ut separata itineris & actus servitus esset, sed materialiter & naturaliter, ut loquuntur. Unde actum habens iter & actum habere dicitur, *l. qui iter 2. ff. quemadm. serv. amitt.* & qui actum stipulatus est, si deinde iter stipuletur posteriore stipulatione nihil agit; non magis, quam si quinque quis stipuletur, qui prius decem deduxerat in stipulationem, *l. si pupillus 9. §. ult. ff. de novation. l. qui usufructum 53. ff. de verb. oblig.* atque insuper actum habenti, si statuto tempore inveniat tantum, non egerit, ablatum non censetur prescriptione agendi jus, *d. l. 2. ff. quemadm. servit. amitt.* quæ aliter obtinerent, si iter actui non foret inclusum. Plane formaliter (ut ajunt) actus in se iter non continet quatenus actum habens iter separatim vindicare nequit, & si maxime cæperit iter separatim vindicare, nec obtinuerit, actum deinceps vindicare non prohibetur; quasi aliud nunc peti videatur, aliud ante petitum sit, ac ideo exceptio rei judicæ cessare debeat, *l. si maior 11. §. si quis iter 6. ff. de except. rei judic. junct. l. si pupillus 9. §. ult. in fine ff. de novation.* quod falsum esset, si iter formale esset actus pars; cum utique totum petere nequeat, qui in partis petitione suc-

eubuit, & versa vice, *l. si quis cum totum* 7. pr. & §. pen. & ult. ff. de except. rei judic.

3. Via est jus eundi, ambulandi, agendi, lapidem insuper aut tignum trahendi, hastam rectam referendi, si modo fructus non laedat; quæ posteriora nec itineris nec actus jure permissa sunt, *l. qui sel-la* 7. ff. b. t. Contineturque via in se iter & actum, non materialiter tantum, sed & formaliter, sic ut viam habens sibi constitutam etiam iter aut actum vindicare nominatim possit, prout vel ire vel agere fuerit impeditus *d. pr. Instit. de servit. prad.* & viam remisisse censetur, qui cum eam prius in stipulatum deduxisset, deinceps & iter & actum accepto tulit, & *per iurjurandum* 13. §. si id i. ff. de acceptilat. Unde & non ineleganter Ulpianus scripsit, *via iter et actum in se continent*, *l. i. ff. b. t.* quasi tribus servitutibus in unum collatis; eo fere modo, quo idem Ulpianus notavit, stipulationem iudicatum solvi tres clausulas in unum collatas habere, *l. 6. ff. iudicatum solvi*. Confer Ravardum *ad leg. 12. tab. caput. 14.* Etsi autem latitudo viæ ex partium determinatione angustior ampliorve esse possit; eam tamen ad minimum tantam esse necesse est, ut illac & jumentum & vehiculum inire queat; ne alioquin iter magis aut actus, quam via videretur concedi, *l. si tam angusti* 13. ff. de servitut. *l. via constitui* 1. *l. via constitui* 25. ff. b. t. Quod si latitudo a partibus definita non sit, lex duodecim tabularum in subsidium eam octo pedum in portedum & sedecim in anfractum esse jussit, *l. via latitudo* 8. ff. b. t. ac nostris moribus, quoties non uni sed pluribus per locum eundem via concessa est sine latitudinis expressione, solere arbitrio iudicis assignari latitudinem pedum duodecim, ut currus quibilibet sibi invicem cedere queant, testes sunt Groenewegen *ad l. 8. ff. b. t. Leeuwen censur. forens. part. 1. lib. 2. cap. 14. n. 35.*

4. Præter viam, arbitrio domini prædii servientis constituendam aut denegandam, alia insuper via est, quæ ex necessitate per prædii servientis dominum concedenda est, dum aditum exitumque nullum fundus vicinus habet: (vulgo *een nood-weg*.) qualis via aut iter jure quidem Romano necessario cedi debebat ei, qui sepulchrum in fundo habebat, nullam autem ad sepulchrum viam, *l. si quis sepulchrum* 12. ff. de religio. & sum. funerum, adeo ut & Pomponius auctor sit legibus prædiorum vendendorum cautum fuisse, ut dominis prædiorum, in quibus sepulchra fecerint, post venditos fundos ad sepulchra, quæ in fundis sunt, iter, aditus, ambitus funeris faciendi sit, *l. utrimus* 5. ff. sepulchro violato. Sed id ex æquitate ab interpretibus ad omnia prædii, aditu excipiente carentia, extensum fuit, scilicet, implorato extra ordinem iudicis officio, vicinus vel jus viæ plenum constituat, justo pretio accepto; vel saltem precario viam concedat, tunc exercendam, cum necessitas postulaverit; idque cum minimo, quoad eus fieri potest, vicini patientis detrimento, *d. l. 12. arg. l. ult. ff. de servitut. prad. urb. l. item Labeo* 22. §. sed etiam 3. ff. famul. ercis. *l. servum filii* 44. §. ult. ff. de legat. 1. Christianus *ad Leg. Moebli. tit. 14. art. 51.* Papon *lib. 14. tit. 1. art. 3.* Hugo Grotius *manud. ad iuriprud. Holl. lib. 2. cap. 35. n. 5.* Leeuwen *cens. fon. part. 1. lib. 2. cap. 14. n. 30.* & 34. Qualis via ex necessitate ac precario indul-

genda a ceteris in eo distat, quod non claudi tantum per dominum prædii servientis, sed & scindendo vel effodiendo corrumpi possit; ita ut demum rogatus, & necessitate urgente, eandem aperire teneatur, & habilem ad usum præstare. Grotius & Leeuwen *d. loco*. Cum ex adverso vias ceteras dominus prædii servientis nec scindendo nec aperiendo corrumpere possit, arg. *l. per quem* 14. ff. b. t. imo ne ostio quidem præcludere aliter, quam ut semper prædii dominantis domino pateat liber per ostium transitus, arg. *l. si quid* 5. C. de servit. & aqua, Leeuwen *d. cap. 14. n. 39.* van Alphen Papegaay *part. 1. tit. 16. van complainte, r'eerste verbaal*.

5. Sed nec confundenda viæ, jure servitutis constitui solita, cum ea, quæ vicinalis est, ex collatis vicinorum agris facta, cujus pars una in militares seu publicas vias exitum habet, altera sine ullo exitu in vico intermoritur, *l. ult. ff. de locis & itiner. publicis*. Quam etiam non nisi communi vicinorum consensu claudi posse, notat Grotius *d. lib. 2. cap. 35. n. 7.*

6. Aquaductus est jus aquæ ducendæ per fundum vel ex fundo alieno, sive ex capite sive ex alio quovis loco; non tamen ex puteo, vel lacu aut piscina vivam aquam non habente, *l. servitus* 9. ff. b. t. *l. i. §. quanquam* 6. ff. de aqua quot. & attiva *l. un. §. hoc interdicitur* 4. ff. de fonte, *l. foramen* 28. in fine ff. de servitut. prad. urban. Quæ quidem servitus, exarcescente fonte, ex quo aqua ducebatur, evanescit; reviviscit tamen, ubi rursus eodem ex fonte coeperit aqua fluere, etsi demum post temporis tanti spatium, quo servitus non utendo amitti solet; eo quod jus ducendi sine negligentia aut culpa amissum erat, *l. unus ex sociis* 34. §. si fons *l. i. §. ff. b. t.* Potest autem non uni tantum, sed & pluribus eundem per locum aquaductus concedi, ut vel simul, vel diversis singuli diebus horisve ducant, si modo aquaductus & aqua omnibus sufficiat, *leg. rusticorum* 2. §. 1. 2. ff. b. t. Quod si aqua longa tempore ex prædio superiore ad inferiora defluerit, an prædii superioris dominus extraneo possit jus aquæ ducendæ concedere, in præjudicium inferiorum, quibus hæc aqua profuerat, quæstionis est; quæ ut definiatur, videndum, utrum, aqua naturaliter, vel opere manu facta in prædio inferiore, ad prædia inferiora defluerit, an vero opere in ipso prædio superiore manu facta. Priore enim casu, ratio non est, cur non dominus superioris prædii aquam in suo erumpentem, atque adeo suam, vel sibi retineat, vel cui voluerit servitutis jure ducendam concedat, ab inferioribus prædiis, ad quæ delabi solebat avertendam, arg. *leg. si ibi* 10. Cod. de servit. & aqua, cum nulla hic concipi queat servitutis præscriptio, per inferiorum fundorum dominos facta aqua intuitu, sed plenissimum fundus superior retinuerit libertatem; aut si quæ servitutis hic quæreretur, in eo magis consisteret, quod inferiora prædia superiori serviant in aqua superflua excipienda, *l. i. §. ult. ff. de aqua & aqua pluv. arcende*. Et sane, si cuique liberum sit, venas aqueas subterraneas, quibus ad alterius agrum aqua delata ibidem erumpit, in suo fundo rescindere, quia jure suo sic utitur, quoties servitus in contrarium constituta non est, *l. si in meo* 21. ff. de aqua & aqua pluv. arcende, *l. si in meo* 24. §. ult. ff. de damno infecto; quid nā

eodem jure impediatur quoque, ne supra faciem soli sui fluens aqua ad inferiores fundos labatur? Si vero opere manu facto in fundo superiore inferioris fundi dorpinus aquam in stum derivaverit, cum ita præscriptione jus aquæ ducendæ prædio inferiori quæsitum sit, arg. d. l. 1. §. ult. ff. de aqua & aqua pluvi. arcendâ, non potest in præjudicium juris inferiori prædio quæsitæ aliis concedere aquæ ducendæ jus, arg. l. per quem locum 14. ff. b. t.

7. Proximus ductui haustus est, jus nempe aquæ hauriendæ ex fonte vel puteo vel flumine privato alieno, imo nostris moribus utiliter etiam ex cisterna aliena. Grothius *manud. ad jurisprudent. Holl. lib. 2. cap. 55. n. 10.* Quo concessio, datum simul censeatur iter ad puteum; uti vice versa itinere ad puteum dato simul haustus intelligitur indultus, l. item 3. §. qui habet 3. ff. b. t. l. unic. §. plane 5. ff. de fonte. Potest autem dominus prædii servientis, in quo puteus aut fons est, prædium muro aut sepimento includere, si modo januam in sepimento relinquat, arbitrio haurientis aperiendam, Leeuwen *cent. for. part. 1. lib. 2. cap. 14. num. 39.* De cetero, putei vel cisternæ purgatio atque refectio communis est domino prædii & illis, qui ex illo puteo aqua hauriendæ servitutem habent, quamdiu non renunciarunt juri servitutis, arg. l. & si forte 6. §. n. ff. si servit. vindic. Grothius d. lib. 2. cap. 35. n. 12. Leeuwen d. cap. 14. num. 37. Quod si servitus quidem aquæ haustus constituta non sit, sed tota vicinia communem puteum habeat, in tantum communis erit istius putei refectio, ut nec unus ex vicinis possit renunciando juri aquæ hauriendæ ab illo refectiois onere in totum liberari. Christinrus ad Leg. Mechl. tit. 14. art. 46. 47. n. 4. 5. Imbertus *encheiridion*; verbis, *vicinus an contribuatur*. Via publica si inter duo prædia sit intermedia, aqua haustus quidem sola dominorum voluntate constitui potest, et aqueductus non nisi Principe permittente, aut juxta mores hodiernos consentientibus illis, quibus viarum publicatum cura tum in urbe tum in agris demandata est, l. servitutes prædiorum 14. §. ult. ff. de servitutibus, l. si prius 17. §. via publica 2. ff. de aqua & aqua pluvi. arc. Groenewegen ad d. l. 14. eo quod ad haustum exercendum nil præter iter per viam publicam requiritur; quod omnibus liberum est: enimvero in ductu viam publicam scindi seu aperiri & trajectum fieri necesse est, quod sola publica, nequaquam privata permissum auctoritate, l. 2. §. ult. & tot. tit. ff. ne quid in loco publico fiat. Plane si sacer aut religiosus fundus intermedius sit, non aqua tantum ducendæ, sed & hauriendæ servitus impedita est; cum id, quod humani juris esse desit, non recipit servitutem, d. l. si prius 17. §. sic & 3. de aqua & aqua pluvi. arcend. d. l. servitutes 14. §. ult. ff. de servitut. junct. l. cavendi 4. ff. communia prædiorum.

8. Illud itineri, actui, vizque, quin & aquæ ductui ac haustui commune est, quod simplicius tali servitute per fundum cessa, vel testamento relicta, nec facta partis assignatione, per quam ea exerceatur, electio ejus prædii dominantis domino competat, l. si cui 9. ff. de servitut. l. ult. ff. de aqua quov. & assiva; & si plurium fundo communis servitus eadem legata sit, omnes debeant de loco consentire, l. itinere 28. ff. b. t. Cujus electionis illa

ratio est, quod, nulla parte destinata, totus fundus & omnes fundi glebæ creduntur servire, l. certo 13. §. si totus 1. l. si mihi 21. ff. b. t. Quo posito, inficias iri non potest, quin prædii dominantis dominus, per quamcunque iverit, egerit, duxeritve prædii partem, id jure suo vi servitutis in infinito, seu indefinite, concessa agat. Unde nec obstat, quod in actibus inter vivos electio debitori potius tribuenda sit, §. si quis agem 33. Instit. de action. Cum illa regula tantum locum habeat, ubi res in genere, vel dux res alternative debita sunt, adeoque nec totum genus nec res utraque, sed una tantum species solvenda est; quod non ita est in casu nostro, ubi non quædam, sed omnes partes & glebæ fundi dicuntur servire. Quod autem Paulus in l. si via 26. ff. b. t. hæredi facultatem tribuit, per quam fundi partem constituere velit servitutem itineris actus viæ aqueductus simpliciter legatam; id ad antiqui juris vestigia referendum est, & de damnationis legato accipiendum, in quo electio hæredis erat. Sed sublata legatorum differentia, electio ex jure novo legatario relinquenda fuit, ut in materia legatorum latius dicitur. Ita tamen prædii dominantis domino eligendi potestas est, ut *civilitas* in eligendo versari debeat. Unde primo quidem permittendum ei non est, ut per villam ipsam mediastive vineas eat agat, cum id æque per alteram partem facere posset, minore fundi servientis detrimento: usque adeo, ut, licet totus fundus servire dicatur, non destinata parte, quæ serviet, tamen partes illæ solæ, quæ tunc, cum cessio fieret servitutis, ædificiis, arboribus, vineis vacuæ fuerint, eo nomine servire intelligantur; l. si mihi 21. l. 22. ff. b. t. l. si cui 9. ff. de servitutibus. arbitrio etiam ad definiendum locum dando, si minus civiliter & cum captionem domini prædii servientis velit servitutem exercere, l. certo 15. §. si totus 1. & 3. ff. b. t. Sed & secundo constitit, eum, quæ viam primum direxerit, ea demum ire agere deinceps debere, nec amplius mutandæ ejus habere potestatem; adeo ut ceteræ agri partes præter eam, quæ servitus exercita in posterum liberæ censeantur, d. l. certo 1. §. 1. ff. b. t. d. l. si cui simpliciter 9. ff. de servitut. arg. l. 1. §. illud tamen 15. ff. de aqua quov. & assiva; nisi etiam mutandi licentia conventionem concessa sit, l. nam satis 6. §. 1. post med. ff. quem adm. serv. amitt. Quæ tamen non impediunt, quominus domino prædii servientis mutare liceat, & aliud, quam prius electione vel conventionem designatum fuerat, spatium ad iter actum viam assignare; si modo nullum inde prædii dominantis domino præjudicium generetur. Unde &, si viam debens ædificium ponat in assignato viæ loco, non potest per dominantis prædii dominum prohiberi, ne in opere cæpto pergat, interposita novi operis munciatione; sed viz servitutem vindicare debet, ut alia parte æque commoda ire agere per fundum permittatur, l. qui viam 14. ff. de operis novi munciat. l. locum 2. §. pen. ff. de religiosis. & sum. fun. Cortalus ad l. si cui 9. ff. de servitut. Ant. Faber *in rational. ad d. l. 9. & Cod. lib. 3. tit. 24. de fin. l. 6.* Cæpolla *de servitut. urban. præd. cap. 23. num. 3.* Respons. Jurisc. Holl. part. 5. consil. 50. nisi adducendo tota agri latitudo occuparetur: tunc enim, quia via in totum impediretur, viam vindicans, eo



ipso quoque obtineret operis coepti inhibitionem; de quo casu accipienda, *l. si eo 9. ff. si servit. vind.* Vide Revardum *lib. 2. varior. cap. 2.*

9. Similiter itineri actui viae & aquae haustui commune est, quod, uti via publica, inter praedium dominans ac serviens intermedia, harum servitutum impositionem non impedit, ita neque intermedium publicum flumen, quoties illud vel vado transiri potest, vel ponte strato, *l. 1. ff. de servit. prad. urb. l. servitutes 14. §. ult. ff. de servit. l. ult. ff. b. t.* Quod si pontonibus trajiciendum sit, Paulo quidem Juris. aliquando placuit, magnitudinem fluminis impedimento esse, quo minus haec servitutes tunc constituentur, *l. si prius 17. §. via publica 2. ff. de aqua & aqua pluv. arc. sed eadem, penitus omnia consideranti, postmodum contra visum fuit: adeoque si fingas, tua praedia meo vicina esse, tuis flumen, trans flumen rursus tua vel tertii praedia, ac denique viam publicam, in quam iter mihi acquiri volo ex meo praedio, recte a te mihi via iterve conceditur usque ad flumen; & rursus a te vel a tertio praedii trans flumen siti domino a flumine usque ad viam publicam datur: qui sensus est *d. legis ult. ff. b. t. Ant. Faber in rational. ad d. l. ult.**

10. Pecoris pascendi jus est, quo licitum alicui suum pecus immittere in pratum alterius pascendi causa. Quae ut realis sit ac praedio debeatur, requiri videtur, ut talia praediant animalia, quae praedii vicini instrumento continentur, adeoque praedii accessoria sunt; veluti, cum id agitur, ut boves aratores, per quos fundus colitur, vicino in agro pascantur, *l. item sic 3. pr. ff. b. t. alioquin personae concessa nec emtori nec heredi debetur, l. pecoris 4. ff. b. t.* Hac vero servitute constituta, non amplius liberum est praedii servientis domino ex pacuis facere novalia; cum generaliter in servitutis constitutae praedijudicium nihil invito praedii dominantis domino innovandum sit, arg. *leg. si quid 5. l. si manifeste 7. C. de servit. & aqua*, quamvis & suum pecus simul immittere possit pascendi causa, quatenus utriusque animalibus pratum sufficit, arg. *l. certo 13. §. si totus 1. ff. b. t.* Quod si sine servitutis jure pecus immissum sit, domino fundi expellere illud sine atrocitate, at non includere permittimus est; ut latius ad *sic. de pauperie*.

11. Sunt praeterea servitutes pecoris ad aquam apulsus, dummodo pecora colligata pellantur ad aquam per fundum alterius, ne fructibus noceant, *l. 1. §. Trebatius 18. ff. de aqua quot. & actiois, arg. l. si cui simpliciter 9. ff. de servit. Christinus ad Leg. Mecll. tit. 14. art. 50. Leeuwen cons. for. part. 1. lib. 2. cap. 14. n. 43. creta educenda, lapidis cedendi, calcis coquenda, arenae fodienda in fundo alieno, si modo id ad praedii alicujus dominantis utilitatem fiat; nec ultra calx coquatur aut effodiatur arena, quam quatenus ad ipsum illud praedium dominans opus est, *l. 4. 5. §. 1. l. 6. ff. b. t. Confer tit. seq.* Est & jus navigandi per alterius lacum perpetuum ad nostra praedia, *l. via constitui 25. §. si lacus 1. ff. b. t.* cum quo coincidit in his regionibus aquaticis jus navigandi per fossam alterius navigabilem; quo casu fossam communibus illorum, qui ea utuntur, impensis purgari & navigabilem conservari receptum est, arg. *l. & si forte 6. §. 2. ff. si servit. vindicetur, Leeuwen d. part. 1. lib. 2.**

*cap. 14. num. 41. 42. item, ut aquam in alieno quere & inventam ducere liceat, l. Labeo 10. ff. b. t. l. ult. ff. si servit. vindic. ut fructus in vicini villa cogantur coactique habeantur, l. item 3. §. idem 1. ff. b. t. ut tugurium habere liceat in fundo vicini; scilicet si quis habeat pascendi servitutem, aut pecoris appellendi, ut, si hiems ingruerit, habeat, quo se recipiat, *de veluti 6. §. 1. in fine ff. b. t.* ut in alieno uvae premere, frumenta vel legumina excutere liceat, *l. Mela 14. §. ult. ff. de aliment. vel cib. legatis*, ut vicino habenti lapicidas, fundo alteri vicino imminentes, jus sit terram, saxa in vicini fundum jacere, posita habere, provolvere, ac inde exportare, *d. l. 3. §. 2. ff. b. t. l. 8. §. 5. ff. si servit. vind.* ut aquam in suo superficielem exonerare liceat per fundum alterius: etsi enim naturaliter agri inferiores servire dicantur superioribus in aqua excipienda, quamdiu scilicet inferior dominus nullum adhibuit obstaculum ad arcendam a suo praedio aquam nocentem, *l. 1. §. ult. ff. de aqua & aqua pluv. arcende*, non tamen eundem inicias, quin inferioris agri domino liceat secundum libertatem naturalem ea in suo facere, quibus aquam sibi nocituram ac aliunde affluentes avertat. Immo, si praedii superioris dominus opere manu facto id egerit, ut aqua in praedium inferius immittatur, agere poterit inferior, jus alteri non esse id ita facere, *l. sicut 8. §. Aristo 5. ff. si servit. vind.* Ne ergo exoneratio aquarum impedimenta struantur, aquae exonerandae servitutem constitui utile est, *l. qui duo 29. ff. b. t.* Hugo Grotius *manud. ad juri. prud. Holl. lib. 2. cap. 35. n. 14.**

12. Porro non dubium, quin, hisce jam enumeratis servitutibus, novae aliae ex voto contrahentium addi possint, si modo servitutum praedialium aut personalium natura in iis inveniantur. Alioquin enim fieri potest, ut praedii alicujus dominus ad annuam praestationem salicis aut arundinum alteri praedio obligetur, nec tamen ideo illa species ad servitutes reducenda sit. Quae ratione cum Sejus praedia diversis pagis Mæviae & Seje legasset, & ita cavisset, praestari volo ex praediis Poirianis praedii Lutetianis annua arundinis millia trecenta, & salicis munda annua librarum singula millia responsum fuit, servitutem jure constitutam non videri neque in personam neque in rem. Non in personam, quia non personae sed praedio praestatio fit; non in rem, quia morte legatarii extinguitur, adeoque magis ut annuum legatum consideratur, *l. Gajus Sejus 12. ff. de annuis legatis*. Rursus, cum Lucius Titius promississet de fundo suo centum millia modiorum frumenti annua praestare praediis Gaji Seji, & postea Titius vendidisset fundum additis his verbis: *quo jure quoque conditione ea praedia Lucii Titii bodie sunt, ita veniens itaque habebuntur*, definitum fuit, emptorem Gajo Sejo obligatum non esse; quod utique falsum esset, si Titii praedium venditum vel reale vel personali fuisset affectum servitute, *l. ult. §. Lucius Titius 1. ff. de contrab. em.* Plane, si constet, haec, quae ex uno praestantur praedio, ad alterius praedii culturam requiri, non inepte praedialem servitutem tum dixeris videri constitutam; veluti, cum id adum, *ut pedamenta ad vineam ex vicini praedio sumantur l. item sic 3. §. idem 1. ff. b. t. l. veluti 6. §. 1. ff. b. t.* Et in hisce spectandam es-

se potissimum testatoris legantis aut contrahentium voluntatem, vide apud D. Noodt *probabil. lib. 1. cap. 5. n. 10. & 11.*

## TITULUS IV.

Communia Prædiorum tam Urbanorum, quam Rusticorum.

## SUMMARI A.

1. Servitutes prædiales rusticae & urbanae iisdem constituuntur modis, passionibus & stipulationibus; an bodie necesse sit, eas constitui coram lege loci?
2. Ultima quoque voluntate, & officio iudicis.
3. Quid jure veteri, medio, & novo obtinuerit circa usucapionem & praescriptionem servitutum, & de lege Scribonia?
4. An ad servitutum acquisitionem per praescriptionem requiratur scientia domini? an & iustus titulus verus?
5. Non acquiruntur servitutes praescriptione, si quis longo tempore non sit usus jure suo, puta, alius non adificaverit, & inde vicinus commodum senserit, licet ad preces vicini id intermiserit; tamen si id commiserit ad vicini prohibitionem.
6. Quanto tempore servitutes moribus bodiæ acquirantur? et de annali praescriptione ejus, qui quid sine servitute extruxit, quod servitutum redolet, ex lege municipali.
7. An possint esse servitutes servitutum, et an servitutes neque ex bonis neque extra bona sint? ad explicationem l. 1. ff. de usu & usufr. legato.
8. Servitutes urbanae et rusticae jam constituta, una cum prædiis pignori dari possunt, sine prædiis seorsim nullo modo: possunt tamen utraque vicinum prædium habentem creditori de novo constitui in crediti securitatem, duratura, donec debitum solutum fuerit.
9. Prædiales servitutes omnes individuae sunt, pro parte acquiri vel amitti nequeunt. An unus sociorum imponere possit prædio communi? Quid juris, si plures socii separatim prædio communi servitutum imposuerint actum inter vivos vel testamento? et quid moribus?
10. An unus sociorum prædio communi servitutes acquirat? quid bodie? an heres acquiras prædio, quod alteri sub conditione legatum est, ut prois legatario?
11. An et quatenus superficarii, vasalli, emphyteutae eas imponant?
12. An prædialem servitutem habentes possint novum opus manciare?
13. Disputatur, an servitutes, et nominatim an servitutes aquaeductus constitui possint ultra prædii dominantis utilitatem? vel quis alteri ductum aut haurium ex suo ductu concedere?
14. An unquam res sua cuiquam servitute possit? qua occasione explicatur Africani locus in l. 33. §. 1. ff. de servit. præd. rust.
15. Servitutes prædiales solius amanitatis gratia constitui non posse sine concurrente prædii dominantis utilitate.
16. Plures servitutes prædiales per eundem locum pluribus concedi possunt. Concessa servitute, omnia

Voet ad Pandect. Tom. II.

concessa videntur, sine quibus servitutes exerceri nequit, quod exemplis in hauritu, ductu, itinere, actu, via, eorumque complatione, impedimentorum remotione, refectione, & aditu refectionis causa, alitque monstratur.

17. Servitutem debens nihil agit, sed tantum patitur. Omnes servitutes debent habere causam perpetuam, non tamen usum continuum. Quid juris de servitute foraminis pavimenti proluendi causa tum jure civili tum moribus?
18. Si servitutes ad certum tempus, vel precario concedantur, id præter earum naturam est, sed tamen subitunt. An qui precario concessit servitutum prædialem, illam omni tempore pro arbitrio revocare possit, distinctione explicatur.
19. Requiritur in servitutibus prædialebus vicinitas prædii dominantis et servientis; unde vicinitas estimanda sit, tanquam servituti sufficiens?

1. Quamvis in nonnullis urbanae servitutes a rusticis diversae sint, plurima tamen habent inter se communia. Et enim iisdem prope finiuntur modis, iisdemque constituuntur; puta passionibus atque stipulationibus, accedente quasi traditione, quae in usu atque patientia, vel demonstratione loci ad servitutis exercitium, consistit, §. ult. *Instit. de servit. præd.* & nostris moribus solemniter ritu coram lege loci facienda est, ut prædium serviens reali afficiatur servitutis jure, ac creditoribus impedimento sit, quo minus illud ut liberum sub hasta divendant, cum invalida sint ex vulgata praxi & jure certo immobilium alienationes, non factae coram lege loci, ubi immobilia sita sunt, alienationis autem appellatione veniant etiam servitutum constitutiones, l. ult. C. de rebus alienis non alienand. Groenewegen ad §. ult. *Instit. de servit. prædior.* & ad Hug. Grotii *manuduct. ad jurispruz. Holland. lib. 2. cap. 36. num. 1.* Quamvis ipsi Hugoni Grotio contra placuerit, edictum Caroli V. de immobilibus non nisi coram lege loci tradendis ad servitutis impositiones hand esse porrigendum, in Responsa. Jctor. Holl. part. 3. vol. 2. *consil. 316. rerora 216. pag. mihi 564.*

2. Ultima quoque voluntate prædiales imponi & acquiri servitutes, palam est, d. §. ult. l. potest 16. ff. b. 1. quo casu nec quasi traditione opus est, sola testatoris dispositione sufficiente ad transmittendum in legatarios jus in re, arg. l. a Titio 64. in fine ff. de furtis, unde & servitutis vindicatio legatario tribuitur, l. ult. ff. de servit. legata. Sed & officio iudicis in judiciis divisorijs easdem constitui nihil vetat, sive id agatur, ut prædium hereditarium, uni adjudicatum heredi, alteri prædio itidem hereditario servitutum debeat, sive iudicati exsequendi causa duo debitoris prædia distrahantur, quorum unum sine servitute per alterum constituta minus commodum emptori præberet usum, l. item Labeo 22. §. sed etiam 3. ff. famil. ercisc. l. communi 7. §. Neratius 1. l. us fundus 18. ff. communi divid. Ant. Matthæus de auctionibus lib. 1. cap. 12. num. ult. Legis etiam dispositione jura servitutum induci, sit. 2. latius dictum est.

3. Usucapionem quod attinet, antiquissimis quidem temporibus nullam urbanarum aut rusticarum servitutum usucapionem admissam fuisse constat; cum illae, tanquam incorporales, possideri non po-

tuerint: sine possessione autem usucapio nulla sit, *l. si ades 32. §. 1. in fine ff. de servit. praed. urban.* *l. servitutes 14. ff. de servit. junct. l. sine possessione 25. ff. de usucapion.* Successu tamen temporis eas beneficio praetorio per longi temporis capionem coepisse acquiri, probabile est. Quin & urbanae usu populi ac prudentum interpretatione coepit usucapi, donec lex Scribonia earum inhibuit usucapionem, *l. requirit 4. §. ult. ff. de usurp. et usucap.* Ex quo tempore, etsi cum aedificiis longo tempore capi potuerint, velut accessoris, nusquam tamen potuerunt per se solae, teste Ulpiano *l. si aliena 10. §. hoc jure 1. ff. de usucapion.* An autem lege Scribonia, uti urbanae, ita quoque rusticarum servitutium usucapio sublata fuerit, non aequae expeditum est. Si conjecturis locus in re obscura, magis est, ut de urbanis tantum eam conceptam fuisse existimemus; tum quia necdum satis demonstratum invenio, rusticis in servitutibus unquam usu invaluisse eam, quae ex lege 12. tabularum erat immobilium, biennii usucapionem (vide Vinnium *select. quaest. lib. 1. cap. 31. in pr.*), tum quia lex Scribonia de iis egit servitutibus, quarum libertas usucapi poterat, *d. l. 4. §. ult.* quod in urbanis quidem, interveniente facto contrario contingebat; in rusticis non item, *l. haec autem 6. ff. de servit. praed. urban. junct. d. l. 4. §. si viam 27. ff. de usucap.* tum denique quia Paulus in *d. l. 4. §. ult.* de lege Scribonia agens, non nisi urbanae servitutis exemplum subiungit, & Ulpianus de eadem usucapione impedita disserens, *hoc, inquit, jure videtur, ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint, cum aedificiis possint*: ita aedificiorum injecta mentione non alias designans servitutes, quam quae aedificiis seu praediis urbanis inhærent, *d. l. 10. §. 1. ff. de usucapion.* Confer Revardum libello singulari de lege Scribonia. Quicquid ejus rei fuerit, illud utique extra dubium est, Pandectarum jure longi temporis praescriptione rusticarum potuisse servitutes acquiri. Ita de aquaeductu, & de itinere actiue privato testatur Ulpianus *l. si quis diuturno 10. ff. si servitus vind. l. apparet 5. §. si quis 3. ff. de itinere actiue privato, l. 1. §. ult. ff. de aqua & aqua pluv. arcendae*, ac ante eum Scaevola *l. ult. ff. de aqua et aquae pluv.* & Antonius Garacalla *l. si aquam 2. C. de servit. et aqua*. Novissimo denique jure longi temporis praescriptionem decem aut viginti annorum in omnibus tum personalibus tum realibus servitutibus obtinuisse, docet Justiniani constitutio, *l. ult. in fine C. de praescript. longi temporis 10. vol. 20. ann.*

4. Neque ad hanc servitutium praescriptionem scientia domini praedii servientis desideratur, *l. ult. circa fin. C. de praescript. longi temp. decem vel vig. ann.* sive quis ex concessione ejus, qui non dominus sed tantum possessor est, servitutem per fundum vicini exerceat; sive per praedium a vero domino possessum servitutem quasi concessa, quae tamen nunquam concessa fuerat, palam utatur, domino ignorante; cum *d. l. ult.* non distinguat, & utrobique eadem militet a difficultatis inextricabilis occasione petita ratio in *d. l. fin. allegata*. Licet haud sit eundem inficias, quin de facto scientia domini concurrere possit, ac posteriore in casu frequenter concurrat: quo modo & eandem intervenisse commemoratur in *d. l. si aquam 2. C. de servit. et aqua*. Quibus con-

traria non est *l. si a se 16. ff. si servit. vind.* quippe quae non agit de servitute per longum tempus acquirenda, sed de ea, quae per verum praedii servientis dominum vendita, emtori acquiri non poterat sine quasi traditione, quae quasi traditio in usu domini praedii dominantis & scientia ac patientia domini praedii servientis consistens, protinus sine ullo temporis interventu emtorem efficit dominum servitutis. Diss. Bronchorst *enanti. cent. 2. assert. 7.* Revardus *ad legem Scriboniam num. ult. in fine.* Vinnius *select. quaest. lib. 1. cap. 31.* Sed nec justum titulum concurrere debere, verius est; si modo bona fides praescribentis adsit; cum ei, qui diuturno usu & longa quasi possessione jus a jureducenda nactus est, necesse non sit docere de jure, quo aqua constituta est, veluti ex legato, vel alio modo; sed sufficiat, ut ostendat, per annos tot usum se non vi, non clam, non precario posse lisse, vetustate scilicet temporis auctoritatem dante: tametsi jus non probaretur, *l. si quis diuturno 10. ff. si servit. vind. l. ult. ff. de aqua & aqua pluv. arcendae*. Quamvis enim & hic justus titulus verus intercedere queat, dum forte is, qui fundi tantum possessor est, servitutem praedialem vicino concessit: tamen nihil impedit, quominus etiam sine concessione tali vicinus servitutem, quasi constitutam, non vi, non clam, non precario exercens per praedium vicinum a non domino possessum, longi temporis praescriptione eandem acquirat, legibus superioribus generaliter quasi possessione, non vi, clam vel precario obtenta, contentis. Nec recte quis ea, quae de justis tituli necessitate in immobilium usucapione traduntur in *l. nullo 24. C. de rei vindica. l. ult. C. de usucap. pro herede*, ad servitutum praescriptionem transtulerit, ductus arg. *l. si aquam 2. C. de servit. et aqua*. Quod enim illic rescriptum est, *servitutum exemplo rerum immobilium tempore fuisse quaesitam*, non aliam, quam temporis intuitu, similitudinem inducit, nec ad titulum, sed ad tempus referendum est, aequae scilicet servitutes, ac res ipsas immobiles, longi temporis praescriptione acquiri. Idemque de comparatione, quae est in *l. ult. in fin. C. de longitemp. praescript. judicium esto*. Fachineus *controvers. lib. 13. cap. 83.* Aliter Revardus *d. tract. de lege Scribonia num. 7.* Vinnius *d. lib. 1. cap. 31.* & plures ibidem allegati.

5. Interim praetermittendum haud videtur, non eo solo induci servitutis praescriptionem, quod forte vicinorum unus jure suo in re sua longo tempore usus non est, ac inde commodum alter vicinus percepit. Quid enim, si arbores in suo non plantaverit, viridaria non fecerit, altius in suo non aedificaverit, atque ita contigerit, ut vicini lumina diutissime remanserint non obscurata, liberiorve prospectus haud impeditus; perperam sane vicinus inde sibi altius non tollendi, prospectui luminibusve non offendiendi servitutem asseruerit; cum altius extruere in suo & similia facere, res meræ facultatis sint, quarum intuitu praescriptio probata non est; sed omni tempore libertas salva, *l. altius 8. g. C. de servit. et aqua*, sic ut cum eo, qui tollendo obscurat vicini aedes, quibus non serviat, nullam actionem competere, nec novi operis nunciationem fieri, nec actionem ex cautione de damno infecto, quae forte per vicinum, nunc altius aedificantem, ante fuerat

interposita, exerceri posse Ulpianus tradat, l. *Precibus* 26. ff. de damno infecto, l. *com eo* 9. l. *inter servitutes* 15. in fin. ff. de servit. præd. urban. Neostadius *Car. rapt. decis.* 98. Idemque dicendum, si longo vel longissimo temporis spatio vicinus ad preces vicini cessaverit jure suo uti; cum precaria possessio ad stabilem servitutem acquisitionem justa ac sufficiens non sit, l. *si quis diuturno* 10. ff. *si servit. vind.* l. *si ades mea* 32. ff. de servit. præd. urb. Hugo Grotius *Manud. ad jurispræd.* Holl. lib. 2. cap. 56. n. 6. Sane, si vicinus altius extruere aut viridaria ponere tentaverit, operique cepto vicinus alter, obscuratorem aliudve damnum metuens, intercesserit operis novi nuntiatione facta, atque inde toto tempore præscriptionibus præfinito ceptum opus intermissum probetur, vix dubium, quin ex concurrente tali hominis facto servitus præscriptione quesita sit, arg. l. *hæc autem* 6. ff. de servit. præd. urban. Neostadius d. *Curia suprem. decis.* 98. Responsa JCor. Holland. part. 1. consil. 199. in fine.

6. Mores nostros quod attinet, ut rerum immobilium, ita quoque servitutum præscriptiones, non decennio aut vicennio, sed tantum triente seculi adimpleri, vulgo receptum est; sine ulla inter continuas & discontinuas distinctione; & Grotius d. lib. 2. cap. 36. num. 4. 5. 6. Responsa JCor. Holl. part. 1. consil. Lambertus Goris *adversar. tract.* 3. part. 1. cap. 9. n. 12. Groenewegen ad l. 1. 2. C. de servit. & aqua, Ant. Matthæus *param. JCor. param.* 9. num. 10. Si quis tamen sine servitutis constitutione quidam in suo vel alieno servitutem reductentia, sciente vicino & operi non intercedente, ædificet; vel, cum eo ignorante opus perfectum esset, is deinde intra annum & diem non contradixerit ac destructionem petierit, variorum locorum statutis & consuetudinibus obtinuit, destructionem invito haud esse imperandam, sed eum, qui extruit, ad id quod interest vicini dampnandum. Grotius d. cap. 36. num. 7. Groenewegen ad d. l. 1. & 2. C. de servit. & aqua. Argentæus ad consuet. Britan. art. 371. Ant. Matthæus d. *param.* 9. n. 19. Adde Christianæum ad *Leg. Mecklin.* tit. 14. art. 43.

7. Illud insuper servitutibus commune est, quod servitutum servitutes esse nequeant, eo quod servitutes neque ex bonis, neque extra bona sunt, l. 1. ff. de usu & usufr. legato. Cuius legis sententia a variis varie exposita (vide D. Noodt *probabil.* lib. 2. cap. 3. Pinellum ad l. 1. Cod. de bonis maternis part. 3. n. 6. & seqq. Donellum *comment. jur. civil.* lib. 3. cap. 5. *fero in med.*) mea quidem opinione manifesta erit, si consideremus, eam non de servitutibus itineris actus viæ jam constitutis, sed demum constituendis accipiendam esse; quod & observatum a Galvano de usufructu cap. 3. n. 5. etsi aliquando jam constitutis magis apertum sit, earum jam constitutarum usufructum aliāque servitutem esse non posse, ac ne ex benignitate quidem sustineri, l. *cum esset* 33. §. 1. in fin. ff. de servit. præd. rustic. At Paulus in d. l. 1. nec usus nec usufructus itineris, actus, viæ, aqueductus, legari potest, quia servitus servitutis esse non potest, nec erit utile ex Senatorio consulto, quo caveatur, ut omnium, quæ in bonis sint, usufructus legari possit, quia id neque ex bonis, neque extra bona sit: sed incerti actio erit cum heredi, ut legataria quamdiu vixerit, eundem

agendi ducendi facultatem præstet; aut ea servitus constituitur sub hac cautione, ut, si decesserit legatarius, vel capite diminutus ex magna causa fuerit, restitatur. Quæ si de jam constitutis itineris actus viæ servitutibus, ac legato earundem usufructus earum utilitatem adferre queat legatario, prædii dominantis neque dominium habenti neque possessionem. Nam ut ad prædium suum proprium usufructuarius harum servitutum iret, ageret, duceret, per prædium serviens, a servitutum ratione prorsus alienum est; nec prædii serviens dominus, qui non binis prædiis sed uni tantum servitutem concessit, pati teneretur, eam, quam indulsit, arbitrio ac voluntate domini prædii dominantis extendi ultra dominantis prædii utilitatem, l. *ergo* 5. §. 1. l. 6. l. *ex meo aqueductu* 24. ff. de servit. præd. rustic. maxime, ubi perpenderit, in materia servitutum generaliter observatum fuisse, meliorem quidem vicini, servitutem patientis, conditionem fieri posse, deterius non posse, l. *servitutes* 20. §. *stillicidium* 5. ff. de servit. præd. urban. Contra vero, si de constituendis demum servitutibus Paulum interpretemur, satis apertus sensus erit, summo jure dominum suo prædio imponere per legatum non posse itineris actus viæ aqueductus servitutem, quæ usufructus haberet naturam, & morte legatarii extingueretur; eo quod servitutes ipso jure neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem constitui possunt, l. *servitutes* 4. ff. de servitutibus; id autem fieret, si itineris & servitutum similium usufructus legaretur. Quia tamen temporaria talis servitutum prædialium constitutio, summo jure reprobata, ex benignitate sustentata fuit, sic ut temporis aut conditionis adjectio doli exceptionem prædii serviens domino pariat adversus prædii dominantis dominum, ultra tempus ac contra placita servitutes vindicantem, idque secundum magis probatam a Papiniano Cassil ad Sabini opinionem, d. l. 4. ff. de servitutibus. hinc etiam in d. l. 1. Paulus subjunxit, defendi oportere legatario servitutis exercitum; adeoque incerti actionem esse cum herede, ut legataria, quamdiu vixerit, eundem agendi ducendi facultatem præstet; aut ea servitus constituitur sub hac cautione, ut, si decesserit legatarius vel capite diminutus ex magna causa fuerit, restitatur. Quæ verba posteriora etiam satis abundeque evincunt, non de constituta, sed demum ex testatoris elogio per heredem constituendo vel præstanda itineris actus aqueductus servitute totam d. legis primæ disputationem constare. Ac proinde, ut verbo dicam, tota principalis decisio, quæ est in d. l. 1. coincidit prorsus cum decisione d. l. 4. ff. de servitutibus, utcumque verbis plane discrepantibus proposita, dum utrobique re ipsa definitur, servitutes prædiales summo jure non posse ad tempus constitui; de facto tamen constitutas ex benignitate usque ad tempus adjectum, non ultra defendi. De cetero argumentum ex senatorio consulto, quo cavebatur, ut omnium, quæ in bonis sint, usufructus legari possit, duci non potuisse pro eo, quod summo jure legatus itineris actus usufructus valeret, Paulus in med. d. legis primæ ea docet ratione, quia nempe servitutes tales neque ex bonis neque extra bona sunt. Etenim, cum necdum constitutæ essent,

adeoque necdum natæ, necdum uspiam apparentes, necdum ullius prædii qualitates, etiam in bonis seu ex bonis, seu inter bona domini prædii dominantis aut servientis numerari nullo modo poterant, sed magis ut iterum non ens veniebant considerandæ. Quæ tamen eadem, quia rerum aliarum futurarum exemplo sperari poterant & ex domini voluntate produci ac nasci, merito dicebantur extra bona non esse; quippe quod de iis non recte asserueris, quæ & vendi & legari & donari possunt, & (ut verbo dicam) ea ratione commercii hominum non prorsus exempta intelliguntur. Atque hunc verum d. legis intellectum puto, maxime cum animadverto, in alijs quoque juris nostri partibus difficultates circa Jurisconsultorum responsa subinde non aliter superari posse, quam si de servitutibus non constitutis sed constituendis ea interpretemur: uti id de habitatione jam a me demonstratum sit. de usu & habit. ac in questione, utrum servitutes prædiales pignori dari possint hic subnectenda, similiter patecet.

8. Neque enim unquam dubitandum censui, quin servitutum urbanarum ac rusticarum illud quoque commune fuerit, quod, licet utraq; quidem jam constitutæ una cum prædijs, ut vendi & legari, ita quoque pignori dari potuerint, neutraq; tamen seorsim sine prædijs ullam receperint pignorationem. Et quamvis Marcianus urbanarum tantum servitutum meminerit, dum ait, *iura prædiorum urbanorum pignori dari non possunt, igitur nec convenire possunt ut hypotheca sint, l. si is, qui bona 11. §. ult. ff. de pignor. & hypoib.* rusticarum tamen cum eadem sit ratio, idem iis quoque jus statuendum est. Quod enim vinculum pignoris haud admittant, id inde est, quia tantum nudæ prædiorum qualitates sunt, & nullum sine prædijs, quibus hærent, intellectum habent, *l. quid aliud 86. de verb. signif. junct. l. qui fundum 12. ff. quemadm. servit. amitt. §. ideo 3. Instit. de servitut. prædior.* nulli insuper alteri, quam prædium dominans habenti, utiles esse possunt, *d. l. 5. §. 1. l. ex meo aquaduct. 24. ff. de servit. præd. rustic.* non denique seorsim sine prædijs vendi. Ut proinde frustra foret creditor, si quandam ex earum pignore vel hypotheca speraret debiti securitatem, distractione impedita. Quibus non adversatur, quod servitutes jam constitutæ possint alteri precario concedi, *l. quantum est 8. §. si servitute 5. ff. de precario*, nec ulla diversitatis ratio intercedat, quominus eodem etiam modo pignus admittant. Etenim, etsi non possit iri inficias, quin in d. l. 8. §. 5. de servitute jam constituta agatur, dum ea narratur ibidem amissa; quod in ea, quæ demum constituenda foret, locum non invenit; tamen & illud vicissim concedendum est, illic solam ac separatam servitutem prædialem sine prædio, sed una cum prædio dominante, tanquam accessoriam fuisse precario habitam; qualiter etiam pignori eam obligari posse supra monitum. Precario scilicet prædium quis rogaverat, & non utendo amiserat debitam isti prædio servitutem; ait Ulpianus, eum interdicto de precario teneri, si dolo fecerit. Vinnius *select. quest. lib. 1. cap. 32.* Adde Ant. Fabrum *conject. lib. 19. cap. 6.* Sed hæc omnia non impediunt, quo minus utraq; tum urbana, tum rustica, necdum natæ aut constitutæ, creditori prædium vicinum habenti (non alteri) de novo conce-

dantur, ac constituantur, ut quamvis pecunia soluta non sit, iis servitutibus creditor utatur, & si intra certum diem pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat, puta, simul cum ipso prædio dominante, *l. sed an via 12. ff. de pignor. & hypoib.* Quæ tamen ita procedunt non summo jure, sed prætoria tuitione; cum ipso jure servitutes neque ex tempore neque ad tempus constitui potuerint, *l. servitutes 4. ff. de servitutibus*, unde & in d. l. 12. in fine Paulus adnotavit, hanc sententiam propter utilitatem contrahentium fuisse admittendam: eodem nempe modo, quo servitutes precario constitui potuisse obtinuit, arbitrio concedentis revocandas, *l. velui 3. l. & habet 15. §. precario.* Nec est, quod quis cum Ant. Fabro *conject. lib. 19. cap. 7. & Vinnio d. loco*, existimet, in rusticis solis servitutibus hæc vera esse, in urbanis non item, quia in d. l. 12. tantum rusticarum exempla Paulus recenset; & quædam inter urbanas ac rusticas dari posse videtur ratio diversitatis. Contra enim, si certiora scrutemur principia, parem utrobique causam deprehendemus: cum neque minor in urbanis quam rusticis utilitas, adeoque etiam securitas sit, quoties creditori prædium vicinum habenti constituuntur, per eundem exercendæ donec debitum exsolutum sit, ac ob moram debitoris una cum prædio dominante distrahendæ; neque magis rustica quam urbana separationem a prædio, cui constitutæ, recipiant, aut concessionem tertio faciendam ultra prædii dominantis utilitatem; nulla denique ratio reddi possit, cur minus utraq; in securitatem crediti ad tempus constitui possent, quam precario concedi; nam in utrisque precarium admitti, extra dubium est, *l. velui 3. l. & habet 15. §. precario 2. ff. de precario.* Et quamvis Ant. Faber *conject. lib. 19. cap. 7. num. 3.* contendat, perevidentem esse differentiam inter pignus & precarium, quod precario etiam concedi possint res, quæ venditionem non recipiunt, pignori obligari non alia, quam quæ distractionem patiuntur; illa tamen hoc casu nullam mutationem asserit, cum urbanae æque ac rusticae servitutes una cum prædijs, quibus constitutæ, venditionem recipiant, sine prædijs neutraq; adeoque quantum ad servitutes attinet, inter precarium & pignus necdum ulla diversitas in hoc tertio est. Frustra quoque differentia rationem inter urbanas rusticasque servitutes Vinnius *d. loco* in eo quaerit, quod unum idemque prædium rusticum eandem servitutem per eundem locum pluribus prædijs prestare potest; at unum idemque prædium urbanum uni tantum, & ei, cui servitus ab initio constituta est. Primo namque differentia illa si vera esset, nihil tamen ad præsentem conferret questionem, eo quod secundum ante dicta servitutes tam urbanae quam rusticae, velat pignoris constitutæ, non seorsim sine prædio dominante, sed tantum cum eo venduntur, debitore moram in solvendo committente; ut proinde parum referat, pluribus per locum eundem servitus eadem deberi possit, nec ne. Deinde perpetuum non esse eam inter urbanas ac rusticas diversitatem, in servitute altius non tollendi, luminibus aut prospectui non officiendi, aliisque similibus apparet; ut enim pluribus per eundem locum iter actum viam constitui posse, Paulus docet *l. qui per certum 15. ff. de vi. l. ita quoque in urbanis id fieri posse, idem Paulus ibidem observat, con-*

venientiam potius in eo tertio quam differentiam ponens: atque insuper id constat ex *l. si ades 23. ff. de servit. præd. urban. junct. l. 4. §. ult. l. 5. l. 6. ff. si servit. vind.* Confer Galvanum in pluribus hic consentientem de usufructu cap. 39. num. 10. 11. 12. Castillo de Sotomayor de usufructu cap. 70. n. 3a. & seqq. Perezium ad *t. C. qua res pign. oblig. n. 10.*

9. Individuis præterea rebus prædiales omnes servitutes adnumerandæ sunt, sic ut pro parte acquiri, constitui, aut adimi non possint. Unde nec sociorum unus, altero invito servitutum recte imponit prædio pro indiviso communi, *l. unus 2. ff. de servitutibus, l. unus ex sociis 34. ff. de servit. præd. rustic.* Quod si plures socii separatim eidem fundo servitutum diversis imponant temporibus, si quidem actu inter vivos id fiat, valida erit, ex quo novissimus pro sua parte eandem cesserit, cessionibus superioribus interim in suspensio hærentibus, donec novissima fuerint cessione firmatæ usque adeo, ut, si unus eorum, qui prius cesserunt, aut mortuus fuerit, aut partem alienaverit, ante cessionem a novissimo factam, repetita heredis aut successoris particularis cessio desideretur, *l. per fundum 11. ff. de servit. præd. rustic. l. uk. ff. b. t.* Idemque est, si alter cedat, alter leget servitutum, *d. l. ult.* Si vero diversis sociorum duorum testamentis legata sit, non aliter subsistet, quam si simul utriusque socii hereditas adeatur: non enim, sicut viventium, ita defunctorum actus suspendi, receptum est, *d. l. ult. in fine ff. b. t.* Cui tamen nimis Romani juris subtilitati hodie non videtur locus relinquendus, sed magis pro servitutis firmitate pronuntiandum, etsi diversis temporibus acta fuerint sociorum hereditates, vel ante novissimam cessionem priorum cedentium jus morte vel alienatione in alios translatum; præsertim, cum aliis quoque juris civilis partibus permixtum invenitur, defunctorum actus ad tempus suspendi, *l. usufructus 26. ff. de stipulat. servet.* Costalius & Groenewegen ad *d. l. ult. ff. b. t.*

10. Vice versa, nec sociorum unus prædio communi servitutum acquirit illa, ut sibi & socio, sed tantum ut sibi prosit, *l. si unus 19. ff. de serv. præd. rust. l. proprium 5. ff. b. t.* nec fructuario, *l. sed, si quid 15. §. ult. ff. de usufr. & quemadm. quis utat.* Sed, cum hodierno jure non pro se tantum quisque, sed & pro alio valide stipuletur, consequens est, & socium communi, & extraneum alieno posse prædio servitutum adipisci, teste Groenewegio ad *d. l. 19.* Plane etiam heredem rei sub conditione legatæ servitutum sic acquirere potuisse placuit, ut, existente legati conditione, una cum re legata ipsa quoque servitus acquisita legatarii sequatur, etsi jam tum ipso servitutis acquisitæ momento dominum speraretur ab herede recessurum, *l. is, cui via 11. §. 1. ff. quemadm. serv. amitt.*

11. Superficiarios, emphyteutas, vasallos quod attinet, servitutum imponere hætenus possunt, ut sibi, non ut domino directo noceant, & durante quidem utillis dominii jure servitutes ita impositas prætor teneatur, res autem libera ad dominum redeat, ubi legitimus extiterit emphyteusios aut feudi extinguendi modus, *l. 1. §. ult. ff. de superficiibus, lib. 2. feud. t. 8. versu rei.* Nec obstat, quod superficies fructuarii dicuntur, & superficies servitus, *l.*

1. §. quia autem 6. ff. de superficiibus. *l. si sibi homo 86. §. ult. ff. de legatis 1.* servitutis vero servitus esse nequit, *l. 1. ff. de usu & usufr. legato,* latiori enim sensu tunc servitutis appellatio omne complectitur incommodum & qualequale rei onus.

12. Commune etiam utrique servitutum generi est, quod, qui eas habet sibi constitutas, novum opus nunciare possit, si modo novum illud opus servituti directo contrarium sit; veluti si altius tollat, aut luminibus officiat, qui vicino concesserat altius non tollendi aut luminibus non offendiendi jus, *l. inter servitutes 15. in fine ff. de servit. præd. urb. l. de pupillo 5. §. & belle 9. ff. de operis novi nunciat. l. nunc. §. jus habet 3. ff. de remission.* sic ut electio ei competat, utrum servitutum vindicare, an novi operis nunciatione jus suum tueri malit, arg. *d. l. junct. l. si eo loco 9. ff. si servit. vind.* Quod si non in universum opere novo impeditum reddatur servitutis exercitium, cessante operis novi nunciatione, sola servitutis vindicatio domino prædii dominantis patet. Qua ratione eum, qui viam habet, si opus novum nunciaverit adversus eum, qui in via ædificat, nihil agere, sed servitutum vindicare non prohiberi, Julianus auctor est, *l. qui viam 14. ff. de operis novi nunciat.* scilicet, quia per inædificationem, in spatio viz assignatæ, ceptam, non in totum eundi agendi potestas præclusa est, dum omnes fundi totius glebæ servire incipiunt, ex quo dominus usum loci admittit, per quem via primitus determinata fuerat, arg. *l. certo 13. §. si totus 1. ff. de servit. præd. rustic.* & per servientis prædii dominum alia fundi parte assignari potest via, quam quæ ab initio fuerat servituti destinata, ut dictum *tit. præced. 3. n. 8. in fine.* Confer *Responsa Jurisc. Holl. part. 1. consil. 205.*

13. Adhæc illud obtinet, quod servitutes constitui nequeunt ultra prædii dominantis utilitatem; adeoque calcis coquendæ, cretæ vel arenæ fodiendæ, lapidis eximendi, similiumque servitute concessa, non ultra effodere, eruere, cadere licebit, quam quantum ad ædificandum in fundo dominante aut ad alium fundi ipsius usum opus est, *l. ergo 5. §. 1. l. 6. pr. & §. 1. ff. de servit. præd. rustic.* Et aquæ ductum habens, inde rursus aquam alteri nequit prædio concedere, nisi id nominatim pacto præter ordinariam servitutum naturam actum sit, *l. cum dicam 33. §. 1. ff. de servit. præd. rustic. l. Labeo 2. ff. de rivis,* nec ad alium fundum proprium postea forte acquisitum ducere, imo, ne ad aliam quidem ejusdem fundi partem, quam ad quam servitus ab initio acquisita fuit, *l. ex meo aqueductu 24. ff. de servit. præd. rustic.* quod & ab Impp. significari puto in *l. 12. C. de servit. & aqua,* dum illic non modus prædiorum, sed servitutus aqua ducenda terminum facere dicitur; perinde enim id accipiendum, ac rescriptum fuisset, non pro magnitudine fundi qua late patet, & ad omnes ejus partes semper aquam duci posse, sed videndum esse, quo usque & ad quas fundi partes aquæ ducendæ servitus constituta sit, ac inde, non vero ex ipsis agri finibus, determinari oportere, quis aqueductus concessi terminus & finis sit. His interim gravissime Labeo adversatur in *l. i. §. illud Labeo 16. ff. de aqua quot. & art.* ubi interdictum de aqua quot. & activa tribuit ei, qui aqueductum habens ad suum fundum, postea etiam fundi

omni nomine eandem aquam ducere vult, nisi ei notum sit, ex quo aquam ducit. Sunt quibus placet, regulam quidem fuisse, ne ultra prædii dominantis utilitatem servitus operetur, sed consuetudine deinceps ab ea regula fuisse recessum, & licuisse prædii dominantis domino aquam alteri concedere, si non noceretur prædio servienti; regulam esse in *d. l. 24. & similibus*; de consuetudine quæ recessum ab ea regula, accipi debere quæ in *d. l. 1. §. 16. traduntur*. Sed quominus huic conciliationi, prima fronte non improbabili, calculum adjiciam, facit, quod a Pomponio scriptum invenio, *Labeonis fuisse sententiam, posse me cuilibet vicino ex aqueductu meo commodare*; eam vero a Proculo (alioquin Labeonis successor & secta illius promotor præcipuo) fuisse reprobata, *d. l. 24.* Sane enim, si Labeonem de usu ac consuetudine, jam tum contra regulam recepta, accipias; largiendum fuerit, usum istum a Proculo successore Labeonis, non potuisse probabiliter, nec debuisse ignorari, longeque minus adeo directo refelli Labeonis opinionem; perperam quoque tunc Pomponium ipsum, rejecta simpliciter Labeonis sententia sic usu stabilita, laudasse eam, quæ Proculi erat, ut *veriorum, d. l. 24.* imprudenter denique, imo contra veritatem tum Pomponium in *l. 2. ff. de rivis*, tum præcipue Africanum in *d. l. 53. §. 1. ff. de servit. præd. rust.* tradidisse, nisi pactum aut stipulatio de hoc subsecuta sit, in servitute aqueductus constituenda, dominum prædii servientis per plurium prædia aquam ducentem, non posse cuius eorum, neque alii vicino haustum ex rivo cedere, si id tunc sine ulla pactioe, vi consuetudinis inducitur, licuisset, ac prætor æque ex speciali pacto primæ servitutis concessioni appposito, solitus fuisset concessam alteri ex servitute jam constituta utilitatem tueri. Quibus omnibus illud accedit, quod nullam putem in jure nostro facti speciem exstare, in qua quis ea, quæ jure servitutis ex alieno beneficio seu concessionem habet, alteri rursus tribueret, & ita alteri prodesset, citra expressam conventionem. Imo ne sibi quidem quemquam regulariter prodesset posse faciendum aliquid in alieno, quod alteri non noceret & facienti prodesset, abunde evincit exceptio & casus singularis a Paulo propositus in *l. in summa 2. §. item Varus 5. ff. de aqua & aquar. plu. arcendar.* Neque aliud ex *l. 1. §. ult. & l. 3. ff. de rivis*, probari potest, quam quod jurisconsulti alii paulo plenius, alii restrictius domino prædii dominantis ius tribuerint faciendi ea, quæ ad tuendam & promovendam constitutæ servitutis utilitatem videbantur spectare. Quæ cum ita sint, inter jus & factum distinctione adhibita potius legum superiorum conciliationem tentari posse existimaverim; scilicet, nullo quidem jure potuisse dominum prædii dominantis sine speciali conventionem alteri vicino aquam concedere, aut aquam ad prædium, postea a se comparatum, ducere ex aqua, ad prædium dominans jure servitutis ducta; secundum veriorum Proculi sententiam, deque jure illo agere, *d. l. 24. & 33. §. 1. ff. de servit. præd. rust.* De facto, tamen id aliquando, convenienter opinioni Labeonis, contigisse, ut aqueductum habens ad suum fundum, ductum inde rursus haustumve vicino largiretur, aut ipse ad aliam duceret prædii partem, vel fundum alium recentem eundem: tali autem ex facto, nullum quidem

acquisitum fuisse servitutis jus, nec confessoriam, quasi pro juris tuitione, cum effectu potuisset dari, sed interdictum, ne vis fiat aquam ducenti, nihilominus fuisse a prætorum accommodatum ei, qui sic aquam de facto duxerat, etsi nullo jure; in quantum ad id, ut quis interdicto tali vincat, sufficiens est, vel uno die vel nocte una aquam, de qua agitur, non vi non clam non precario ab adversario ductam esse, licet servitus constituta non sit, *l. 1. pr. junct. §. quod autem 4. & §. sed etiam 10. ff. de aqua quot. & actio, l. ult. ff. de rivis*. Et ad hoc factum, non ad ipsum ducendi jus, recte dixeris Ulpianum in *d. l. 1. §. 26. ff. de aqua quot.* respexisse, dum Labeonis sententiam, in questione de ipso servitutis jure satis aperte alibi reprobata, probat tamen in questione interdicti de aqua ducenda, quod non de jure, sed de facto disponebat, hætenus saltem, ut temporariam tribuerit ducendi facultatem ultra prædii dominantis utilitatem, donec de quæsito vel non quæsito ipso servitutis jure constaret. De facto certe, non jure, in interdictis quæri, ipse Ulpianus testis est *l. de servitutibus 2. §. ult. ff. si servitus vindic. & interdicta sæpe illis, qui jure carent, accommodata fuisse, evidenter docetur d. l. 1. §. 10. de aqua quot. & actio, l. sunt personæ 43. ff. de religiosis, l. 1. §. hoc interdictum 9. junct. l. 3. §. si quis rivum 8. l. ult. ff. de rivis*, adeoque ab interdicto dato argumentum pro legitima juris aut servitutis constitutione perperam peti; ac male concludi, eum, qui interdictum habet, jus quoque habere, in aperto est.

14. Illud difficilioris hujus disputationis occasione restat, ut, quæ Africani mens fuerit, paulo pressius examinemus, quando superiorem proponens exceptionem in *d. l. 33. §. 1. ff. de servit. præd. rust.* ait: *pactum enim vel stipulationem intervenientibus & hoc concedi solet* (ut nempe prædii dominantis dominus per plurium prædia aquam ducens, possit eorum culvis, aut alii vicino, haustum ex rivo cedere) *quomodo nullum prædium ipsum sibi servare, neque servitutis fructus constitui possit*. Sunt enim, qui Africanum id velle opinantur, regulam quidem esse, quod res sua nemini serviat, *l. uti frui 5. ff. si usufr. pet.* ab illa tamen regula recessum quandoque fuisse, ac rem suam domino potuisse servare, cum ei, per cujus fundum aquam duco, permitto aquam haurire ex rivo illo, aut pecus suam ad rivum istum appellere aquarum. Rursus, regulam quidem dictare, servitutis usumfructum esse non posse, *l. 1. ff. de usu & usufr. legato*, verum tamen & hanc usum non ita rigide fuisse servatam; sed ex benignitate fructum servitutis constitui, dum is, qui aqueductum habet, ex suo fundo alteri vicino aquæ istius jam ductæ haustum largitur, quoties illa potestas in prima servitutis constitutione domino prædii dominantis indulta fuit. Verum, ut, quod res est, dicam, non facile persuasum habeo, Romanos ab illa regula tam naturali, quæ res sua nemini servit, voluisse ullatenus aut potuisse resilire, cum semper in aliena re jure servitutis, in re propria jure domini cuncta agi intelligerent, *d. l. 5. ff. si usufr. pet.* & omnia, quæ per prædii servientis dominos sunt, ad illud potuerint reducere principium, quo cuilibet in suo facere, quod libet, licet, ex domini jure, nisi lex aut jus alteri constitutum impedimento sit.



Ac proinde magis est, ut Africanum regulæ utriusque superioris meminisse credam, quo significaret, tali conventioni (qua domino prædii dominantis liceret alteri haustum ex aqua, quam ipse ducebat, concedere) neutram regulam adversari, neque ea ratione contingere, ut vel res sua domino serviret, vel servitutis ususfructus esset. Quod, ut manifestius appareat, considerandum, rivum per quem aqua jure servitutis ducitur, ejus esse, cujus est fundus, in quo rivus est; (cum non aliud rivus sit, quam locus per longitudinem depressus, per quem aqua defluit, *l. 1. §. ait ergo 2. ff. de rivis, junct. l. si servus servum 27. §. si quis aqueduct. 32. ff. ad leib. Aquil.*) sed & aquam ejus esse, in cujus est fundo, sive opere manu facto perveniat; sic ut aquam in suum delatam servare, sibi quisque in suo possit, etiam opere manu facto, ac impedire, proficiat ulterius, nisi servitus ad id constituta esset, *l. si ibi 10. C. de servitut. §. aqua*, sive aquam pluviam in suo retineat, *l. 1. §. iidem ajunt 11. ff. de aqua §. aqua pluv. arcende*, sive puteum in suo fodiendo venas præscindat aqueas, quibus ad vicini puteum aqua defertur, *l. fluminum 24. §. ult. ff. de damno infecto, arg. l. quotiens 15. ff. de servitut.* sive ita denique primitus ipse servitutis jure aquam in suum derivasse proponatur: quin enim eam quoque semel acquisitam, deinceps domini jure retinere possit, dubium non est; eodem modo, quo & cretam, & arenam, & lapides, & pedamenta vineis fulciendis, & alia similia jure servitutis eruta, effossa, excisa, atque ita quæsitæ, quisque deinceps sibi habet sibi que tenet domini jure, *l. ergo 5. §. 1. l. 6. ff. de servit. præd. rustic.* Quibus positis, si servitutem aqueductus habens per plurimum prædia, uni ex fundorum servientium dominis vi pacti superius memorati permiserit aquam haurire aut pecus appellere ad aquam, jure servitutis per suum prædium versus prædium dominans perfluentem; neque servitutis servitutem constituit, neque domino res sua servit: cum enim ille, in cujus agro est rivus ac defluens per eundem aqua, jure domini aquam, non jam alienam, sed suam, suo in fundo existentem, ducat, non impeditus hæcenus jure suo uti sua in re *l. 2. ff. de Rivis*, quasi reservata aut restituta sibi sui prædii libertate ad id, ut vel in præjudicium ejus, cui aqueductus acquisitus est, aquam hauriendo minuire possit, & aqueductum extenuare; quis obsecro crediderit, eum, hæc jure domini libertatisque naturalis agentem, servire sibi, aut servitutis servitutem exercere? Contra, si jam aquam jure servitutis ductam, ad prædium dominans pervenisse concipias, atque ita ejus factam esse, cujus est ipsum prædium dominans; dominum prædii dominantis vicino deinde concedentem haustum ductumve ex ea aqua, ne sic quidem servitutis servitutem constituisse, dicendum est, sed potius præter ordinariam servitutem prædialium naturam id efficere, ut occasione servitutis constitutæ utilitas alteri quoque quæratur. Concedit nempe vicino aquam, (haustu vel aliter percipiendam) non jam amplius alienam, sed suam, suum quippe ad fundum jam delatam; non ex aqueductu aqueductum, sed ex sua aqua propria proprioque fundo haustum, pecorisve ad aquam appulsum. Servitutem sane servitutis constitui nullus recte asseruerit, si fructua-

rius perceptos jure servitutis fructus, atque ita plenissimo domini jure suos effectos, vendit alteri, vel donet aut (quod præcipuum est) tanquam res fungibiles in quasi ususfructum rursus concedat. Quod vero fructuario licet ex jure communi, fructus scilicet & commoda quæsitæ in alium transferre; id insum si is, qui aqueductum habet, ex speciali pacto servitutis constitutioni appositum faciat, puta, ex aqua jam sua suoque fundo haustum vicino permitiendo, nihilo magis servitutem servitutis constituturæ existimandus est: sed potius jure domini novam suo prædio proprio servitutem imposuisse: sic ut prædium illud primæ quidem servitutis seu aqueductus intuitu dominans sit; serviens vero ratione haustus, aut appulsi pecorum, vicino tributi.

15. Ceterum, uti ultra prædii dominantis utilitatem servitus regulariter non constituitur, ita ex adverso nec talis recte conceditur, quæ neque de præsentibus neque de futuro ullam prædio dominantis adferret utilitatem, *l. quotiens 15. ff. de servitutibus*. Qui consequens est, solius amenitatis gratia reales non posse servitutes indulgeri; præsertim, cum constet, amenitatem non ad res, sed personas referri, arg. *l. competit 16. §. 1. ff. quod vi aut clam*. Unde & Paulus Jctus, cum in servitute ut pomum decerpere, vel ut canare in alieno liceat, nullam inveniret utilitatem, quæ tribui prædio posset, sed solam personæ voluptatem, merito in *l. 8. ff. de servitutibus*, talem servitutem imponi posse negavit; de reali non personali intelligendus, juxta tituli ipsius inscriptionem, in quantum prædiales per excellentiam servitutis simpliciter appellari, ante in *tit. 1. de servitutibus* observatum est. Et quamvis verum sit, non modo ad irrigandum agrum, sed & amenitatis causa, vel ad usum atque commodum hominum, aquam ducti posse, *l. 1. §. illud quæritur 11. l. hoc jure 5. ff. de aqua quot. §. ardua*, non tamen inde sequitur, solius amenitatis causa realem hanc servitutem induci. Ne autem cum umbra hac in questione luctemur, in servitute prædiali posse cum utilitate, prædio dominantis accedente, concurrere etiam personarum utilitatem ac voluptatem, nemo dubitaverit, nisi qui vulgarissimam ignorat prospectus & ne prospectui officiat servitutem; aut non didicit, prædia ipsa sæpe principaliter in hominum amenitatem extructa esse ac comparata, prætoria voluptati tantum inservire, *l. urbana prædia 198. ff. de verb. signif.* prædia esse voluptuaria, viridaria vel gestationi vel deambulationes arboribus infructuosas opacas atque amenas habentia, *l. si cuius rei 15. §. fructuarius 4. ff. de usufructu §. quemad. quis utat.* Adde *l. lin. §. labra 15. ff. de action. omni*: porticus denique ambulatorias Romanis usque adeo in usu fuisse, ut & cessio servitutis probata fuerit, qua mihi permitteretur in parietem vicini tigna immittere, supraque ea tigna porticum ambulatorium facere, superque eum parietem columnas structiles imponere, quæ tectum porticum ambulatorii sustineant, *l. si cui 8. §. competit 1. ff. si servit. vind.* Id unum plures nobiscum censuerunt negandum, solius amenitatis ergo prædiales posse servitutes imponi; & immerito prædiorum servitutem appellari, quæ præter voluptatem, personas solas respicientem, nullam insuper haberet ad ipsum prædium referendam utilitatem. Neque solam in

servitute prospectus, & ne prospectui officiat, amoenitatem, sed & utilitatem prædialium reperiri, facile animadvertet, quisquis consideraverit, eam potissimum in se comparatam esse, ut non per superiora tantum, sed & per inferiora lumen liberius in coenaculum intrare queat; nec aliud esse prospectus jus quam lumen liberius per fenestras inferiores hauriendum; adeoque non aliter distare has a se invicem, quam ut majus ac minus; eumque, qui servitutem habet, ne prospectui officiat, habere simul eam, qua luminibus officendum non est, insuperque præter luminis utilitatem etiam prospectus amoenitatem, quæ ex inferiore tantum loco constituendam prospectus servitutem sponte sua comitatur, idque ad distinctionem luminis ex inferiore loco non constituendi, ideoque nec habentis prospiciendi libertatem, *l. inter servitutes 15. & 16. ff. de servit. præd. urban.* Et sane, si in *d. l. 8. ff. de servit.* regulam a Paulo traditam dicas, sed quæ usu mutata aut certe mitigata est, ac de usu illo contra regulam recepto agere Pomponium & Ulpianum in *d. l. 1. §. 11. & l. 3. ff. de aqua quot. & artiva*, necesse fuerit, ut fatearis perperam & inepte Paulum fecisse, quod regulam juris veteris, usu contrario jam abrogatam, tradidisset, nec mutationis aut mitigationis ullam fecisset mentionem, atque ita lectorem incautum in errorem deduxisset; cum tamen & Pomponius Paulo longe antiquior, & Ulpianus eidem Paulo coætanus, jam istius mutationis ac mitigationis meminisset, (uti volunt dissentientes) in *d. l. 1. §. 11. & d. l. 3.* Quale ineptitæ vitium ne de Paulo, Jurisconsulto accuratissimo, aut præsumamus, aut admittamus, satius erit, si amoenitatis quidem gratia aquam duci posse concedamus, sed neque Pomponium neque Ulpianum in *d. l. 11.* asseruisse, realem propterea servitutem esse. Quin potius, uti impensæ, natura sua voluptuariæ, incipiunt utilibus adnumerari, quoties in res promercales seu venales factæ sunt, in quantum augent pretium rerum promercialium, ob impendia talia pluris distrahendarum, licet non ideo desinant emptoribus aliique voluptatem prestare & amoenitatem, *l. quod si ha res 10. ff. de impens. in rem dot. factis*, ita quoque, si quæ prædio concedantur jura, etiam voluptatem domino prædii & aliis allatura, (veluti, jus aquæ ducendæ, non agri irrigandi causa, sed ad fontes salientes, ad gratos leni murmure cadentium aquarum lusus, ad balnea, & quæ plura sunt his similia) non alia de causa prædialia servitutes erunt, quam quia inde surgit pretium prædii, quo forte voluptati tantum deserviturum est, quo fit, ut quod hominum intuitu ad amoenitatem pertinet, prædii tamen respectu comprehendat utilitatem, & ut tale, realibus debeat servitutibus accenseri. Confer, si libet, acerrime pro servitutibus realibus solius amoenitatis gratia constituendis disputantem Galvanum *de usufructu cap. 32. num. 4. & seqq.*

16. Præter hæc, illa quoque prædialium servitutum convenientia est, quod plures diversæ prædiorum diversorum dominis eodem in loco vel per locum eundem constitui possint, si modo priori per posteriorem non fiat præjudicium, *l. qui per certam 15. ff. b. i. l. si ades 32. ff. de servit. præd. urban. l. Lucio 4. ff. de aqua quot. & artiva*, junct. *l. su-*

*pra 11. ff. de aqua & aqua pluv. arceuda, l. per quem locum 14. ff. de servit. præd. rustic.* Ac servitute concessa simul concessa censantur omnia, sine quibus servitus exerceri nequit. Quo modo haustu aquæ dato, iter quoque ad puteum datum intelligitur, *l. item sic possunt 3. §. ult. ff. de servit. præd. rustic.* Et, si mihi per aream tuam in domum meam ire agere cesseris, nec ex plano aditus ad domum meam per aream tuam sit, dum domo mea altior area tua est, vel gradus vel clivos propius januam meam jure facere possum; dum ne quid ultra, quam quod necesse est, itineris causa demoliar, *l. servitutes 20. §. si domo 1. ff. de servit. præd. urb.* Is quoque, qui aquæ ducendæ jus habet, vel fistulam in rivo ponere, vel aliud quidlibet facere potest, quo aquam latius excipiat, modo ne domino vel rivalibus aquagium deterius efficiat, *l. bos jure 3. §. pen. ff. de aqua quot. & artiva, l. Quintus 15. ff. de servit. præd. rustic. l. qui fundum 40. §. in lege 1. ff. de contrab. emt.* Nec minus, itinere legato, qua nisi opere facto iri non possit, licere fodiendo substruendo iter facere. Proculus ait *l. si iter 10. ff. de servitutibus*, quin & viam sternere liberum est, (non tamen silice aut ponte, nisi id ædum sit, *l. super 11. ff. de aqua & aqua pluv. arceuda, l. loci 4. §. si quis 5. ff. si servit. vind.* ac arboris impendentis, & viam aut iter invium ac inhabile redentis remotionem postulare, *l. loci 4. §. si quis mihi 5. ff. si servit. vind.* denique nec dubium, quin itineris actus viæ rivi similiumque purgatio atque refectio (quin & depressio vel allevatio, si non aliud ædum) domino prædii dominantis permittenda sit; usque adeo, ut refectiois gratia accedendi etiam ad ea loca, quæ non servant, ipsi fabrique ejus, qua proxime possit, facultas competat, *l. refectiois 11. pr. & §. 1. ff. b. i. Adde l. 1. §. ult. l. 5. ff. de rivis.*

17. Adhuc omnibus in servitutibus (excepta ea, quæ est oneris ferendi, & altius tollendi, secundum alibi dicta) id obtinet, quod prædii servientis dominus nihil ipse facere teneatur, sed tantum pati aut non agere, *l. quotiens 15. §. 1. ff. de servitutibus*. Quodque omnes causam debeant habere perpetuam, *l. foramen 21. in mod. ff. de servitut. præd. urban.* Unde, licet jus navigandi constitui possit per lacum perpetuum, *l. via constitui 23. §. si lacus 1. ff. de servit. præd. rustic.* tamen neque ex lacu neque ex stagno concedi aquaductus potest: sed nec valere summo jure servitus foraminis in imo pariete conclavis vel triclinii, quod esset proluendi pavimenti causa, si in eum locum nihil aquæ ex coelo veniat, *d. l. foramen 23. in pr. & in fine ff. de serv. præd. urb.* nec aquæ ex castello ducendæ, quæ prius eo per rotam attollenda fuerat. Sed cum ab Antonino rescriptum fuerit, tueandam esse benignitatem esse, qui emtione vel alio legitimo modo sibi hoc jus comparavit, etsi jure servitus non valeat, *l. de aqua 2. ff. b. i.* etiam ratio nulla est, quo minus proluendi pavimenti causa jus foraminis in imo triclinii pariete concessum similem mereretur tutionem; nostris præsertim moribus, quibus non, uti apud Romanos, spongii pavimenta exterguntur, juxta *l. quasitum 12. §. item portica 22. ff. de instrum. vel instrum. legato*, sed majore aquæ copia atque proluvie, pluvialem sæpe superante, expurgari

soleant mundarique, Groenewegen ad d. l. 28. ff. de servit. præd. urban. Etsi vero jus Romanum easdem regulariter perpetuum desideret, non tamen ita usum continuum aut possessionem; cum plures servitutes sint, veluti iter, actus, via, quæ sui natura intermissione habent, certa continuæque carentes possessione, l. cum usufructus 13. ff. de usu & usufr. legato, l. servitutes prædiorum 14. ff. de servit. iuribus, atque insuper his & aliis modis adijci possit, quo possessio interruptatur, & usus earum temporibus secernatur ac statis dierum horarumve intervallis, l. servitutes 4. §. ult. l. 5. §. 1. ff. de servit. iuribus. l. si sic constituta 7. l. si communem 10. §. 1. ff. quemadmodum servitus. amit. l. cum constit. §. pr. & §. 1. ff. de aqua. quot. & activa.

18. Omnes quoque servitutes, licet neque ad tempus, neque ad certam usque conditionem constituatur ipso jure possint, tamen, si dies aut conditio adjecta fuerit, doli vel pacti exceptione occurrere posse contra placita servitutem vindicanti, admissum fuit, l. servitutes 4. ff. de servit. iuribus, qua ratione precario etiam concedi posse servitutes tum rusticas tum urbanas, Pomponius & Gajus docent, l. ait prætor 2. §. ult. l. 3. l. & habet 15. §. precario 2. ff. de precario, utcumque tunc propria destituantur servitutium natura, arg. l. pen. ff. b. t. Sed cum ea precarii conditio sit; ut ad libitum concedentis revocari queat, l. 1. pr. & §. 2. l. 2. §. 2. ff. de precario, non æque expeditum est, utrum precaria servitutem concessione hæc pro arbitrio revocandi potestas concedenti permittenda sit? Non displicet, inspicendum esse utrum id, quod precario concessum est, sui natura temporale sit, aut sine notabili precario tenentis dispendio possit ulterior ejus impediri usus; an ex adverso perpetuum, ac tale, quod non nisi cum gravitate incommodo & graviore impendiorum factorum lætura revocandum esset. Illo quidem casu vix est, ut non liberrimam concedenti asseramus revocandi potestatem; secundum vulgatam precarii proprietatem: quod in itinere, actu, via, aquæ hauritu, pecoris ad aquam appellus, similibusque actu transeunte constantibus, plerumque non magnum præquirentibus apparatus aut sumtum; locum habet. At hoc casu contra dicendum fuerit, non aliter admitti oportere servitutis precario concessæ revocationem, quam si nova emergerit & judicis arbitrio sufficiens revocandi causa; prout id in tigni immittendi projiciendi ac protegendi servitute, aut concessa in alieno fundo edificandi potestate, & id genus aliis, usus perpetui causa fieri & extrui solitis, nec sine detrimento graviore destruendis deponendisve, contingit: neque enim videri posset dolo carere, quisquis vicinum precarii fiducia extrucentem post plura impendia depellere festinat, atque ita beneficium precarii ac liberalitatem, in vicini compendium concessam, in ejus studet dispendium ac læsionem detorquere, contra l. quod favore 6. C. de legibus, cum tamen dolum non a precario minus, quam ceteris a negotiis exulare fas sit. Confertque huc apprimè id, quod de commodato sine temporis adjectione concessio, iterum non statim aut intempestive, sed demum post usum arbitrio judicis sufficientem, repeterdo Paulus tradidit, addens, adjuvari nos, non decipi, beneficio oportere, l. in commodato 17. §. sicut 5. ff.

Voss ad Pandect. Tom. II.

commodari. Ut proinde hic confugere liceat ad illud ejusdem Pauli jurisconsulti; hæc nempe æquitatem suggerere, etsi jure deficiamus, l. in summa 2. §. item Varus 5. ff. de aqua et aqua pluvi. arcendae. Confer Capollam de servit. prædior. urban. cap. 79. n. 6. Sim. van Leeuwen cons. for. part. 1. lib. 2. cap. 14. n. 6.

19. Commune denique illud est, quod in omni servitute prædialit dominans & serviens prædium sibi invicem vicinis esse debent, l. ergo 5. §. 1. ff. de serv. præd. rust. quæ tamen vicinitas non tam ex contiguitate, quam potius ex utilitatis præstatione, & serviendi habilitate æstimanda est. Quamvis enim in eo inter urbanas rusticæque servitutes differentia sit, quod plerumque in rusticis impediatur servitutum prædium medium, quod non servit, l. qui solus 7. §. 1. ff. de servit. præd. rustic. in urbanis non item, dum servitus ne luminibus, ne prospectui officietur; neve altius tollatur, a remotiore prædio deberi potest, mediis prædii libertate intacta, si modo non tantum distent a se invicem, ut prospici non possent, l. loci 4. §. ult. l. 3. l. 6. ff. si servit. vindic. l. si ades mea 38. & 39. ff. de servit. præd. urban. tamen quin in rusticis etiam prædia remotiora servire queant, dubitare non oportet, si modo intermedia quoque eandem præstent servitutem. Qua ratione per contigua plurium prædia aquam recte duci, per plurium fundos unum idemque itineris actus viæ jus constitui, nec haustum viæ publica aut loco publico interveniente impediri, in usu fuit, l. una est viæ 18. l. cum essent 53. §. 1. ff. de servit. præd. rustic.

## TITULUS V.

Si Servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur.

### SUMMARIA.

1. Quibus datur actio confessoria pro realibus servitutibus, tum directa, tum utilis? An & fructuario pro servitutibus prædio fructuario debitis?
2. Contra quos datur?
3. Ad quid tendat? utrum ad reponenda in pristinum statum illa omnia, quæ in præjudicium servitutis facta, extracta, destructa sunt.
4. Cessat, si dominus prædii servientis quid fecerit in præjudicium servitutis, vicino consentiente; vel si prædii intermediarii liberi dominus jure suo ea fecerit, quæ serviuti obviunt.
5. Quid sit negatoria? quibus & contra quos datur, ac quibus in casibus & ad quid? ubi & de canalibus fistulisque aquis ruptis, stercolino prope parietem alterius habitio, & humectatio, deque pariete altera semipedem inclinato supra aream vicini, & onere refectionis.
6. Quædam actiones re ipsa sunt confessoria & negatoria, quædam sola verborum conceptione.
7. De formulis actionis confessoria & negatoria ex usu fori.

1. Quænammodum in personalibus, ita & realibus in servitutibus, actioni confessoria & negatoria locus est. Confessoria directa quidem prædii dominantis domino datur, l. 1. 2. ff. b. t. etiam socio, quoties prædium commune servit prædio alte-

rius socii proprio, aut proprium servit pradio communi, l. si communi 27. ff. de servit. prad. rustic. l. si quis ades 30. §. 1. ff. de servit. prad. urban. l. ut possunt 8. §. 1. ff. de servitutibus, utilis vero creditori hypothecam habenti, emphyteuta, superficiario, vasallo, l. ei, qui 16. ff. de servitutibus, l. 1. §. ult. ff. de superficiebus, l. 1. §. ult. ff. de remissionibus, lib. 2. feud. tit. 8. verum rei autem; illis insuper, quibus servitus talis constituta fuit, que summo jure civili non subsistebat, sed jure pretorio sustentata fuit, arg. l. de aqua 2. ff. de commun. pradior. l. servitus 4. ff. de servitutibus. Adhuc vindicantibus jurisdictionem, regia recensita in lib. 2. feud. tit. 56. jus patronatus, & similia, postquam hac secundum tempora posteriora & mores hodiernos ceperunt esse patrimonialia privatorum aut Principum. Præterea dominis prædiorum superiorum, quo inferiora prædia aquam naturaliter defluentem recipiant, si scilicet talis servitus lege vel more regionis firmata sit, l. 1. §. ult. ff. de aqua & aqua plu. arcend. Non item fructuario, nisi per consequentiam, dum impedire exercere servitutum fructuario prædio constitutam, ipsum usumfructum vindicat quasi impeditus uti frui, l. 1. l. uti frui 5. §. utrum 1. ff. si usufr. petatur, interdicto tamen de itinere actusque privato, si hoc anno usus est, experiri posse fructuarium, receptum fuit; eo quod in confessoria quidem de jure, in interdicto autem de facto quaritur, l. de servitutibus 2. §. ult. ff. b. 2. Quin imo, cum fructuarius possit alteri, novum opus in prædii fructuarii præjudicium facienti, novum opus nunciare non suo quidem, sed procuratorio nomine, l. 1. §. ult. ff. de operis novi nunciations, etiam procuratorio nomine eum posse servitutes a tertio vindicare, obtinuit; quod vult Ulpianus, cum ait; „fructuario vindicandam servitutem jus est, se, secundum quod opus novum nunciare potest, vicino;“ id est, eodem modo, quo & opus novum nunciare potest, l. unic. §. item Julianus 4. ff. de remissionibus. Unde & in d. §. 4. subjungitur, fructuarium domino ipsi rei fructuariæ novum opus nunciare non posse, nec contra ipsum dominum agere, jus ei non esse, invito se, altius ædificare; sed, si hoc facto ususfructus deterior fiat, ipsum usumfructum petere debere. Scilicet, cum vicino opus novum nunciat, aut a vicino servitutem vindicat, proprietarium representare, adeoque procuratorio nomine hac agere potest, at ut contra ipsum proprietarium agat, aut proprietario novum opus nunciet, proprietarii ipsius nomine ac velut procurator ejus, contradictorum est. Adde Galvanum de usufr. cap. 36. 37. Castillo Sotomayor de usufructu cap. 7. n. 20. Si plures sint unius prædii dominantis domini, in solidum singulis hæc actio competit; cum servitutes individuas sint, adeo ut etiam uno agente, is non sibi tantum, sed & omnibus ceteris vincat aut vincatur, in quantum de ipso experitur servitutis jure; nam quatenus in astimatione venit id quod interest, non quanti reliquorum, sed solummodo quanti sua interest, consequatur; eo quod dividua est præstatio ejus quod interest, l. loci 4. §. si fundus 3. l. et si forte 6. §. si ades 4. ff. b. 1. arg. l. supra 11. §. quod si 4. ff. de aqua & aqua plu. arcenda. Si tamen unus in solidum de servitute agens, sua culpa succubuerit, non est æquum,

hoc ceteris damno esse, l. si de communi 19. §. b. 1.

2. Datur contra quemvis in servitute impediens, l. si quis diuturno 10. §. 1. ff. b. 1. l. 1. §. competit 25. ff. de aqua quousd. & activa, nisi agatur de servitute oneris ferendi, in qua id singulare, quod contra solum dominum datur, l. & si forte 6. §. hac autem 3. ff. b. 1. l. 1. §. 1. ff. de serv. prad. urban. Nec interest, utrum directio quis impediatur, an per consequentiam, dum non patitur viam refici vel sterni, aliaque fieri, quæ juris interpretatione concessa censentur, servitute constituta, l. loci 4. §. si quis mihi 5. ff. b. 1. Præcipue vero contra prædii servientis dominum datur: & si plures sint, contra singulos in solidum: quia divisionem hæc res non recipit, d. l. loci 4. §. sed & si 4. ff. b. 1. sic ut reus solidum præstare teneatur, sive de ipsius servitutis præstatione, sive de præstando eo quod interest seu astimatione questio sit; quia in omnem eventum actoris in solidum interest non prohiberi, d. l. 4. ff. b. 1. junct. l. stipulationum 2. §. 1. 2. ff. de verb. obligat. excepta servitute oneris ferendi, quantum ad onus seu impensa refectionis, l. omni forte 6. §. si ades 4. in fine ff. b. 1.

3. Tendit hæc actio ad id, ut liber relinquitur constituta servitutis usus, ac cautio de non turbando in futurum interponatur; jurejurando in litem a iudice actori deferendo, si reus cavere recuset, l. horum actionum 7. ff. b. 1. Præstentur etiam fructus, quo fructuum nomine in hac materia continetur id quod interest, servitute non prohiberi, (cum in servitutibus prædialibus fructus non sint, proprie sic dicti) adeoque commodum omne, quod prædii dominantis domino abest, damnumque quod sensit, ob impeditam servitutem, l. loci 4. §. in confessoria 2. l. & si forte 6. §. pen. ff. b. 1. junct. l. si commissæ 13. ff. ratam rem haberi. Reficiatur insuper columna vel paries in oneris ferendi servitute, secundum modum in servitutis impositione dictum, d. l. 6. §. modus 5. l. 7. l. 8. §. distans 2. ff. b. 1. aut altius tollatur paries in servitute illa, qua vicinus cogitur parietem ad certam altitudinem elevatum habere (de quo dictum sit. 2.) arg. l. si arborum 17. §. interdictum 2. ff. de servit. prad. urban. denique removeantur aut in pristinum restituantur statum omnia illa, quæ ita implantata vel ædificata aut destructa sunt in prædio serviente, ut viam inviam, iter inhabile faciant, aut alio quocunque modo deteriorem reddant imposita servitutis usum, l. loci 4. §. si quis mihi 5. ff. b. 1. l. supra 11. ff. de aqua & aqua plu. arcenda, l. si quis 5. l. si in adibus 9. C. de serv. & aqua, non modo, si prohibente vicino ædificata aut facta sint, sed &, si eum consensisse non probetur, l. luminum 4. l. invitum 5. ff. de serv. prad. urban. Quæ ratio, ne, cum ædibus pupilli vel minoris esset debita servitus ne luminibus officiatur, a prædio tutoris aut curatoris, & si durante administratione altius suas ædes extollendo pupillaribus officiasset luminibus, adeoque per injuriam id ipse commississet, quod alium facientem necesse habebat ex officio prohibere, data minori actio fuit, ut, quod non jure factum erat, tollatur, l. alius 15. ff. b. 1.

4. Cessat tamen hæc actio, si dominantis prædii

dominus consenserit in id, quod in servitutis præjudicium extructum est, arg. d. l. 3. de servit. præd. urban. ut &, si dominus prædii remotioris servitutem alius non tollendi debens, cum prædium intermedium liberum esset, alius extruxerit postquam jam prædii intermedii liberi dominus jure suo alius extruxerat: cum eo modo nihil ipse prædii servientis dominus videri possit fecisse contra servitutem constitutam, quippe jam a domino intermedio jure impeditam. Ut tamen renascatur hæc actio, ædibus mediis intra præfinitum servitutibus amittendis tempus depositis vel depressis, l. loci 4. §. ult. l. 5. l. 6. pr. ff. b. t.

5. Negatoria actio, quæ etiam contraria dicitur, l. ius 8. ff. b. t. domino accommodatur prædii sui libertatem asserenti; contra eum, qui servitutem usurpare vult; etiam socium, si forte paries communis opere per societatem factio in alterius socii ædes se inclinaverit, ac ædium dominus agere velit, *jus socio non esse parietem ita inclinatum habere* l. si cum meus 14. §. 1. ff. b. t. arg. l. si tertius 6. §. inde queritur 2. l. supra 11. §. si et prædicto 3. ff. de aqua & aqua pluv. arc. Tendit autem generaliter ad id, ut prædium declaratur liberum ab onere litius servitutis, sive prædium nullo modo serviat, sive servitutem quidem debeat, sed non eam, quæ usurpatur, vel non prædio tali, cujus nomine usurpatio fit; cum sufficiat, quod, quantum ad eum pertinet, cum quo ago, liberas ædes habeam, ut ait Paulus Natus, l. loci 4. §. competit 7. ff. b. t. sive non eo modo debeat, quo vicinus eam nunc exercere vult, dum forte plura vult tigna immittere, quam prædii servientis dominus ab initio permisit, aut aliter modum adjectum excedere, arg. l. servituti 4. §. 1. ff. de servit. l. si, cui 11. ff. quemadmodum servit. amitt. l. si, cum meus 14. ff. b. t. Adde it. de servo præd. urb. num. 5. sive etiam ab alto prædio vere debita, nocere incipiat prædio alteri, quod servituti obnoxium non est: adeo ut, si fistulas, quibus aquam duco, in via publica aut fundo alieno habeam, & hæ ruptæ inundent parietem tuum, recte mecum agere possis, *jus mihi non esse, flumina ex meo in tuum parietem fluere, h. fistulas* 13. ff. b. t. Cui non absimile est, si vicinus meus sterculinum fecerit, aut balneum, secundum, seu prope meum parietem, ex quo paries meus madescebat, l. si quando 17. §. ult. ff. b. t. l. fistulam 19. ff. de servit. præd. urban. vel paries vicini inclinatus, supra meam aream prominens ad latitudinem dimidiat pedis, aut amplius, l. si, cum meus 14. §. 1. l. si quando 17. pr. ff. b. t. Et si enim in casibus hæc fistula rupta, sterculini nocentis, parietisque inclinati, nihil in prædio illo, cui nocetur, factum sit, sed in proprio, & calvis jure liceat in suo facere ea, quibus vicino nocet, si pro se sibi; observandum tamen, cuicque in suo hæc facere licere, quatenus nihil in alienum immittit, l. sicut 8. §. Aristo 3. ff. b. t. Immittit vero ea ratione aquam & humectationem in alterius parietem, immittit parietem inclinatum, vel potius proficit supra aream alterius, arg. d. l. 8. §. 5. l. 17. ff. b. t. Pertinetque tunc refectionis sumptus ad dominum parietis inclinati, aut aqueductum vel sterculinum ita habentem, ut noceat; pariete communis inclinato, communis quoque resectio est, nisi unus sociorum solus factio suo

causam dederit vitio parietis, arg. d. l. 14. §. 1. & l. 17. ff. b. t. Christinus ad Leg. Mechl. tit. 14. art. 41. Plane ad refectionis ipsius factum etiam unus sociorum in solidum conveniri potest, regressum de impensis deinde contra reliquos habiturus; cum individuum sit factum restitutionis, licet impensa dividua sit, arg. l. prætoris 2. pr. & §. 1. ff. de prætor. stipul. Papon lib. 6. tit. 11. ar. 1. Insuper hac actione petuntur fructus, seu id quod interest, secundum explicata in actione confessoria, ac cautio de non turbando in futurum; quam etiam ad adversario non exactam judex ex officio interponi jubet, l. barum actionum 7. leg. 12. ff. b. t. denique destructio aut in pristinum statum restitutorum, quæ contra libertatem prædii non jure facta sunt, l. si, cum meus 14. pr. & §. 1. ff. b. t.

6. Ceterum plerumque quidem actiones hæc vere, re & nomine, confessoria & negatoria sunt; quandoque tamen sola verborum formula ac conceptione; sic ut verbo tenus actio negatoria sit, quæ vi & efficacia sua est confessoria; & vice versa. Quo modo adversus eum, qui alius non tollendi servitutem debet, actio confessoria per negationem mota proponitur, *jus scilicet non esse vicino alius tollendi*, l. loci 4. §. ult. l. & si forte 6. in pr. ff. b. t. §. aqua 2. in med. Inst. de actionibus. Ut ex adverso is, qui jure suo, ac convenienter libertati naturali in suo alius edificare vult, si a vicino impeditur, quasi alius non tollendi servitutem deberet, libertatem suo prædio recte asserit adhibita actionis confessoria formula, *jus sibi esse alius tollendi ædes suas*, d. §. 2. Inst. de actionibus.

7. Formulas actionis confessoria ac negatoria ex usu fori, & opponendarum his exceptionum, vide apud Wassenar præd. judic. cap. 1. num. 46. §. 2. 3. & num. 95. §. 2. Plura non addo, cum generalia alia ad has actiones pertinentia jam supra tit. si usufructus potestur, tractata sint.

## TITULUS VI.

### Quemadmodum Servitutes amittuntur.

#### SUMMARIA.

1. Servitus prædialis, nondum constituta, sed tantum vendita vel stipulanti promissa, evanescit, si stipulans ante impositionem alienet fundum suum aut partem ejus, nisi simul spem servitutis alienaverit ac cesserit; & quid juris, si it, cui legata servitus, fundum alienet ante impositionem?
2. Jam constituta evanescunt confusione seu consolidatione; sed si quis partem tantum prædii dominantis aut servientis pro debito acquisiverit, in parte altera adhuc servitus salva est. Quid juris, si prædii dominantis & servientis domini sibi invicem partem prædii tradiderint? Quid, si prædium servientis inter plures socios divisum sit, & postea dominus prædii dominantis partem unam acquirat?
3. An reviviscant servitutes confusione extinctæ, si iterum postea cesset confusio, per distinctionem explicatur.
4. Perit etiam interitum prædii dominantis aut servientis; restituenda tamen, si restituatur in

- pristinum statum praedium, quod interierat, licet inter in erium & restitutionem praedii intercesserit tempus, quod sufficit ad amittendam servitutem; nisi dominus praedii servientis posterius aut extruxerit interim aliquid servituti contrarium, & inde tantum tempus elapsum sit. Non tamen pereunt, si sola agri superficies mutetur, ex vineis prata fiant.
5. Servunt & remissione, expressa vel tacita, quod exemplis illustratur. An, & quando, & quo usque per unius servitutis remissionem altera quoque remissa videatur?
  6. Servitutes remitti possunt pro parte quadam praedii dominantis aut servientis, sive unus tantum praedii dominus sit, sive plures praedium dominans aut serviens diviserint inter se. Non item remittitur unus ex pluribus dominis praedii pro indiviso communis; nec fructuarius aut proprietarius, vel tutor, vel maritus, ratione praedii fructuarii, pupillaris, dotalis.
  7. Quanti temporis non usu servitutes continuæ & discontinuæ vulgo dictae pereant jure civili ac moribus?
  8. An in hac amissione per non usum tempora praedecessoris singularis conjungantur cum temporibus successoris?
  9. Quibus modis quis videri possit servitute usus vel non usus esse, & an sufficiat, quod per alium servitus exercita sit?
  10. Quid juris circa amissionem, quas non usu fit, si praedium dominans aut serviens per longitudinem aut latitudinem inter plures socios divisum sit, per distinctiones explicatur.
  11. Revertitur casus, quibus servitutes non pereunt non usando. Urbana quoque servitutes non extinguuntur, nisi concurrat factum servituti contrarium & bona fides praescribentis; secus in rusticis.
  12. Quid juris, si quis plenior vel minus plena servitute usus sit, quam quae concessa erat, vel unus ex pluribus per eundem locum aquam ducentibus jus suum amiserit, vel idem tantum, non item egerit actum habens, vel iteris per unum fundum ex pluribus servientibus?
  13. Finitur etiam servitus resoluta jure ejus, qui eam concessit.
  14. An moribus potest praedialis servitus, si praedium serviens solemniter decreto iudicis venditum ac traditum sit, & dominus praedii dominantis edictis monitus non mature indicaverit suam servitutis jus?
  15. Reales servitutes evanescere possunt vel antequam constitutae sunt per quasi traditionem, vel postea. Antequam constitutae sunt, tantum scilicet promissa, si is, qui servitutem, veluti viam, a praedii vicini domino stipulatus fuerat, ante eandem constitutam fundum suum alienaverit vel in totum, vel pro parte, l. si sub una 136. §. 1. ff. de verb. oblig. corrumpere namque censetur stipulationem, in eum casum illam deducendo, a quo incipere non potest: sive enim totum fundum alienet, corrumpit stipulationem, quia servitus praedialis constitui nequit ei, qui praedium non habet: sive partem tantum fundi distrahat, irrita promissio fit; quia pro parte domini, aut per unum socium communi praedio servitus acquiri non potest, l. pro parte 11. ff. de servitutibus, l. proprium 5. in fine ff. commun. pra. ior. l. pluribus 140. §. ult. ff. de verb. oblig. licet semel legitime quaesita etiam per partem domini recte conservetur, dum pars praedii dominantis alienata alterius domini esse coepit d. l. 140. §. ult. Sed & si stipulator fundum nominationem cum servitute promissa vendiderit, emporique suam cesserit ex stipulata actionem; non erraverit, qui eo casu ratam existimaverit mansuram stipulationem, non obstante alienationis interventu; cum nulla obstat juris ratio, cur non simul cum fundo transferatur in alium spes quoque servitutis fundi intuitu per stipulantem, tempore stipulationis etiamnum plenum fundi dominium, jure quaesita. Groenewegen ad d. l. 136. ff. de verb. oblig. Quod si servitus legata sit, & legatarius, antequam legatum agnovisset, fundum alienaverit, usque adeo emptorem sequetur legata servitus, ut venditor ne repudiare quidem eam possit in dampnum emptoris; eo quod, uti dominium, ita & servitus sine traditione jure legatario acquiritur, l. si partem 19. §. 1. ff. b. t. ibique Costalius.
2. Constitutae vero atque jam impositae reales servitutes, licet neque morte, neque alienatione praediorum aut publicatione extinguantur, l. via concessa 23. §. 2. & 3. ff. de servit. praed. rustic. multis tamen finiuntur modis; veluti cum idem praedium utriusque tum dominantis tum servientis dominus fit, eo quod nemini res sua servire potest, l. 1. §. ff. b. t. junct. l. uti frui 5. ff. si usus patatur, l. si quis aedes 30. ff. de servit. praed. urb. l. quicquid 10. in fine ff. communia praedior. l. legatum est 116. §. ult. ff. de legatis 1. Unde si socii praedii pro indiviso communis redemerint communiter servientem praedium communi fundum vicinum, servitutum perire necesse fuit, l. si communi 27. ff. de servit. praed. rust. Aliter, quam obtineret, si duo praedia, quae mutuo servirent, inter eosdem fuerint communicata, l. unus ex sociis 34. ff. de servit. praed. rustic. quia nunc quisque ex permutatione quadam videtur acquisivisse partem alieni praedii, & vicissim amisisse partem sui praedii, cui consequens est, ut quisque ratione partis illius, quam retinuit, intelligi debeat etiam retinuisse servitutem in parte illa alieni fundi, quam sibi ex permutatione non quaesiverat. Idemque est, si dominus praedii dominantis & servientis sibi invicem tradiderint suorum praediorum partes pro diviso, l. quis aedes 30. §. 1. ff. de servit. praed. urban. aut praedium serviens non in commune utrique socio, sed singulis pro parte divisa quaereretur; quippe quo casu magis unicuique socio in parte alterius in totum saluum esset mansurum servitutis jus; eo quod, ut ante dictum, servitus ab initio non quidem pro parte acquiritur, sed acquisita tamen per partes retineri potest, l. ut pomum 8. §. 1. ff. de servit. l. pluribus 140. §. ult. ff. de verb. oblig. Sed & si praedium serviens coeperit inter socios regionibus divisum esse, & partem ejus unam deinde emerit dominus praedii dominantis, nihil vetat, in altera parte, quam non redemit, servitutem superesse, si modo ea partem non redemit magnitudo aut latitudo sit, ut servitutem eandem pati possit: nam si via debita sit, & non redemptae partis spatium tam angustum, ut illac vehiculum duci possit.

plius non possit, servitutem via in totum evanuisse dicendum est, *l. nam satis 6. §. 1. in mod. vers. certe si ff. b. t. Longe magis, si ex pluribus prædiis simul servientibus unum redemptum sit, in ceteris non redemptis illibatum manet servitutis jus, l. si, cum servitutibus 15. ff. b. t. l. si mihi 20. §. pen. l. tria 31. ff. de servit. præd. rustic.*

3. Quod si cesset iterum confusio, videndum, utrum illa ab initio ea mente contigerit, ut esset perpetua, si non aliud de novo interveniat, an vero ita, ut aliquando confusio rursus resolvatur. Nam si eo animo confusio intervenerit, ne esset perpetua, dum tantum revocabile prædii dominantis aut servientis dominiūtr acquirebatur, post tempus iterum recessurum, servitutes confusione extinctas post separationem iterum redintegrari oportere, dicendum est: uti id in prædio serviente, quod in dote marito, prædii dominantis domino, datum est (aut vice versa), fit, ubi postmodum matrimonio soluto dos reddenda est, *l. si maritus 7. §. 1. ff. de fundo dōr.* Sicut & si prædium hereditarium, sub conditione legatum, aut fideicommissum relictum, prædio hæreditis (aut hoc illi), servitutem debeat, ubi per aditionem facta confusio deinceps resolvitur existente legati vel fideicommissi conditione, *h. Papiniani 18. ff. de servitutibus l. si heres 73. §. 1. ff. ad Sænat. Trebell.* Contra, si sic confusio facta sit, ne rursus fiat separatio, nisi causa nova intercedat (dum eo animo dominans serviensve prædium acquisitum est domino prædii ætèrius dominantis aut servientis, ne rursus abeat ab acquirente) interveniente deinceps separatione extinctæ manent, quæ fuerant confusione sublata, servitutes; nisi id pacto actum fuerit, ut renascantur: quod accidit, cum qui serviens suo prædio prædium simpliciter emat, & alterutrum iterum deinde alienat, *l. si quis aedes 30. ff. de servitut. præd. urban.* ibique Gothofred. in notis. Cui distinctioni non adversatur, quod, ubi fundus hereditas fundo defuncti servit, hereditate adita sic fiat confusio, ut maneat perpetuo; & tamen hereditate deinde per heredem distracta, servitutes amissæ restituentur, *h. 2. §. 2. ff. si servitutibus 19. ff. de heredit. vel act. vend. l. si ei 9. ff. commun. prædior. tam. urb. quam rust.* Etiam, ut eo casu servitutes redintegrentur, tacito censetur pacto placuisse; in quantum hereditate vendita id inter emptorem & venditorem actum creditur, ut neque amplius neque minus juris emptor habeat, quam apud heredem futurum esset, adeoque non venditor sed emptor videatur hæres extitisse, *d. l. 9. ff. commun. prædior. l. 2. pr. ff. cum quis debitori 18. ff. de heredit. vel act. vend. unde & aditione ex empto vendito ad servitutes renovandas experiendum esse asseritur, d. l. 2. §. pen. Non etiam repugnat *l. si maritus 7. pr. ff. de fundo dotali*, in qua, cum maritus, qui stante matrimonio fundum redemerat dotali prædio servientem, eum rursus constante matrimonio alienasset simpliciter sine servitutis redintegranda conventionione, teneri dicitur uxori ad litis aestimationem, eo quod marito impetandum fuit, quod iterum sine restauratione servitutis prædio dominantis debita fundum distraxit; qui sane teneri non posset, si servitus post alienationem revivisceret ob temporale tantum dotis dominium marito quæsitum. Etiam prudenter factorum species sepa-*

randæ sunt. Reviviscit nempe servitus, quæ ob acquisitum temporale dominium extincta fuerat, ubi rursus illud ab acquirente recedit. At in casu *d. l. 7.* non evanuit servitus per acquisitum aliquod temporale dominium prædii dotalis, sed potius per acquisitionem prædii servientis stante matrimonio contingentem, non ea mente, ut fundus ille acquisitus deinde rursus a marito abiret, sed magis ut illum perpetuo sibi haberet, nisi nova causa alienationem suaderet. Hinc ergo vendens iterum illum fundum, quem animo sibi perpetuo habendi ab initio comparaverat, debuisset iterum speciali pacto id agere, ut servitus redintegraretur in fundi dotalis utilitatem, quod quia non fecerat, ideo, soluto matrimonio, dominioque revocabili prædii dotalis ab eo recedente, uxori tenebatur ad amissæ servitutis aestimationem, eo quod uxori salva esse debuisset, servitus prædio dotali tempore dotis datæ debita, quæ non per acquisitionem temporalem dominii prædii dotalis, sed potius per adoptionem dominii perpetui fundi servientis (quamvis simul etiam per occasionem temporarii dominii jam ante marito in dote quæsitum) extincta erat. Minus obstat *l. si quis ex fundo 15. ff. b. t.* cum illic prædium dominans & serviens non inceperit ad eundem pertinere, adeoque nec confusio contigerit, nec confusione servitus evanuerit, sed manserit debita tam parti prædii dominantis alienatæ, quam ei, quæ alienata non est: ac proinde, parti non alienatæ iterum postea accedat pars alienata, salvam habere debuit servitutem, nec partis recuperatæ nec partis servatæ intuitu unquam peremptam; si modo necdum tempus usucapioni constitutum præterlapsum sit, quippe quo lapsus, servitus perisse censeretur non utendo, quæ ratione partis non alienatæ ante præscriptionem salva erat, licet ob partem alienatam intermedium liberamque non potuerit dominus partis non alienatæ eandem exercere, utunque tempus præscriptioni implendæ præfinitum necdum præterisset, arg. *l. 6. §. 1. ff. si servit. vind. dissepit perperam* & Simon van Leeuwen *cons. for. pars. 1. lib. 2. cap. 14. n. 7. 8. 9.*

4. Interita quoque dominantis aut servientis prædii servitus extinguitur; ut tamen ad interitum inmundatio haud reducenda sit, quippe qua interveniente jus servitutis nihilominus salvum est, *l. si locus 14. ff. b. t. arg. l. si ager 23. l. 24. ff. quib. mod. usufr. amitt.* sed restituta re, quæ interierat, veluti repositis ædibus servientibus aut dominantibus, aut restituito per alluvionem fundo, qui prius edacitate fluminis ad impetum consumptus erat, reviviscere seu renovari servitutem, æquum est, *l. servitutibus 20. §. 1. si sublatum 2. l. si testamento 31. l. cum debere 55. ff. de servit. præd. urban.* Capolla de servit. præd. urban. cap. 28. n. 6. Donellus *comment. jur. civil. lib. 11. cap. 18. in fine*, Carpovius *defin. for. pars. 2. constit. 41. defin. 19.* Unde & ædium servientium dominus eas collapsas exustas aut depositas non potest aliter reponere, quam ut salva eodem modo esse possit servitus in repositis, uti ante fuit, *d. l. 20. §. 2. l. 31. ff. de servit. præd. urban.* Secus, quam in usufructu obtinet, qui extinctus exustis vel collapsis ædibus, in domo reposita haud reviviscit, *l. quid tamen 10. §. pen. ff. quib. mod. usufr. amitt. l. qui usufr. 36. ff. de usufr. et quemad. quis utiq. d. l. 20. §. 2. ff. de servit. præd. urb.* eo quod pri-



petus natura sua sunt servitutes praeiales, non vero personales; ut proinde non mirum sit, reales facilius quam personales reintegrari, quo propria earum, quoad ejus fieri potest, natura conservetur: perpetuas autem natura sua praeiales esse servitutes utilitatis publicae ratio efficit, *l. servitutes 20. §. si sublatum 2. ff. de serv. praed. urbanor.* Castillo Sotomayor *de usufr. cap. 72. num. 16. & seq.* Nec refert, quod inter inheritum & restitutionem praedii tantum intercesserit temporis spatium, quantum sufficit ad amittendam servitutem; nam & tunc eam renovandam esse, definitum est, *d. l. si locus 14. ff. b. t. arg. l. si quis alia 18. §. ult. ff. b. t.* Cum enim dominus praedii dominantis non habuerit ius cogendi praedii servientis dominum, ut is ades responderet, quippe non ad aliquid faciendum, sed tantum ad patiendum ex communi servitutem naturam devinctus, *l. quociens 15. §. 1. ff. de servitutibus*, consequens est, servitutem, sine culpa aut negligentia ejus, cui debita, amissam, restituendam esse, arg. *l. & stillicidius 35. ff. de servitut. praed. rusticor.* Plane, si praedii servientis dominus, debens forte altius non tollendi aut humilibus non offendiendi servitutem, posuerit aliquid extruxeritve, collapsis adibus dominantibus, quod servituti obest ac tanto tempore positum extruendumve retinuerit, quantum praescriptioni sufficit; nec servituti ius salvum amplius erit, nec, ut restituatur, jure desiderabitur, arg. *l. hac autem 6. ff. de servitut. praed. urban. d. l. si quis alia 18. §. ult. ff. b. t.* eoque nititur fundamento, quod, si remotior area servitutem debeat altius non tollendi, & media area dominus servitutem non debens altius extulerit aedificia sua, dein & is, qui servitutem debet (quippe jam non officiens praedio dominantis, adeoque nec extruere impediendus) non aliter praedii dominantis domino servitutis vindicandae potestas sit, quam si intra tempus praescriptioni statutum vicinus intermedius auum rursus aedificium deposuerit, *l. & idem 5. l. 6. ff. servit. vind.* Nec recte dixeris, eum & hoc casu sine culpa sua servitutem amisisse, cum utique sibi imputare debeat, quod ita a remotiore vicino servitutem adeptus fuerit, ut intermedius eandem suo potuerit jure & arbitrato impedire. Quod si certo agrorum generi, veluti vineis, aut hortis, aut pomariis, servitus acquisita sit, sublati vero vineis aut arboribus, vinez horti pomaria esse desinant, & ita mutata sit facies soli, servitus tamen eo ipso non extinguatur, eo quod ad solum magis, quam ad superficiem pertinet; nisi in contrahenda servitute aliud actum sit, *l. corio generi 13. ff. de servit. praed. rusticor.*

5. Remissio etiam servitutem perimit, eaque non expressa tantum, sed & tacita, quae contingit, dum duae servitutes simul debita sunt, quarum una principalis, altera accessoria est; in quantum principali remissa, accessoria quoque remissa censetur, arg. *l. Labeo 17. ff. b. t.* Uti & dum id praedii servientis domino conceditur, quo servitus necessario & naturaliter impeditur: veluti si permittatur, aedificium extrui in loco viz assignato, vel altius edificari per eum, qui debebat stillicidii ius, *l. si stillicidii 8. ff. b. t. l. pen. in fin. ff. commun. praed.* sive quis haec expressa conventionem permittat; sive scilicet patiatu ea strui vel fieri, nec novum opus nunciet facienti; in quantum cogere deinceps vicinum nequit, ut aut

forma res restituatur; sed praestatione ejus, quod interest, tenetur contentus esse, arg. *l. Sabini 28. ff. communi dividundo l. qui bona fide 13. §. si quis juxta 7. ff. de damno infecto.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurispr. Holl. lib. 2. cap. 37. num. 4. Leeuwen con. for. part. 1. lib. 2. cap. 14. num. 46.* nisi haec tantum praecario concessa fuisse doceatur; quo casu adhuc salva servitus est, *d. l. penult. ff. commun. praed. l. si ades 32. ff. de servit. praed. urban.* Quod si duz separatim servitutes principales ab eodem praedio debeantur, unius remissio alteram non perimit, sive eidem praedio dominantis utraque sit debita, sive diversis: nam si altius non tollendi servitutem ades mea tum Titii tum Mavii adibus debeant, nihil vetat, remissa per Titium servitute, mea solo liberatum Titio, Mavio nihilominus servitutem debere, *d. l. si ades 32. ff. de servit. praed. urb.* Rursum, si jura mihi sit per fundum tuum eundi agendi & aquam ducendi; remissa per me aqua ducenda servitute, eundi tamen agendique potestas intacta est. Quae adeo vera sunt, ut, si servituti unius remissio per consequentiam quandam redderet inutilem alteram, quae remissa non est, ne prior quidem ulterius evanuisse censetur, quam quatenus liberum manet non remissae exercitium. Finge & altius non tollendi & stillicidii servitutem impositam; deinde remissum altius tollendi jus; aut datum aquaeductum per meum fundum, simulque, ne mihi liceat invito vicino in eo loco edificare; postea mihi concessam esse licentiam aedificandi; sane nec altius tollendi nec aedificandi potestas aliter praedii servientis domino tributa videbitur, quam quatenus superesse potest stillicidii aut aqua ducendae jus, *l. si domus 21. ff. de servit. praed. urban. l. si mihi 20. ff. de servit. praed. rusticor.*

6. In totum autem, non vero per partes, remissio servitutis facienda est; cum individuum sit servitutis ius, *l. unus ex sociis 54. ff. de servit. praed. rusticor.* Verum id non impedit, quo minus, ut ad certam fundi partem constitui, ita & ad certam fundi partem remitti servitus possit, reliquis fundi ejusdem partibus salva futura, *l. ad certam 6. ff. de servitutibus.* Sed & si inter plures divisus sit fundus dominans, nihil vetat, quo minus unus sociorum ratione suae partis, quam jam pro diviso tenet, servitutem remittat; cum post divisionem tot separata credantur servitutes esse, quot sunt praedii dominantis partes factae, arg. *l. nam satis 6. §. 1. fore in pr. ff. b. t.* Idemque est, si servitus fundus divisus sit, quocumque modo divisio instituta fuerit, sive per longitudinem viae, sive per latitudinem ejus, sive via spatio definita sit sive non: etsi enim distinctiones tales usum inveniunt, ut de servitute per non usum amittenda quaestio sit, ut postea latius dicitur; tamen, si de remissione agatur, videntur supervacuum. Nam si verum sit, ad certam fundi partem posse servitutem remitti, *d. l. 6. ff. de servitutibus.* remitti quoque poterit uni eorum, qui ex divisione pars certa praedii servientis quocumque modo ita obvenit, ut pars illa post divisionem adhuc remanserit servituti obnoxia, *d. l. nam satis 6. §. 1. vera. perimus tamen, ff. b. t.* Non tamen recte servitutem remittit unus dominorum praedii dominantis adhuc communis, invito socio: tum quia nihil facere potest in praedictum socii ac rei communis; tum quia nec

unus ex sociis prædio communi servitutem acquirit; naturale vero est, unumquodque eo, quo ligatur, dissolvitur modo, arg. l. unus ex sociis 34. ff. de servit. præd. rust. l. proprium 5. in fine ff. commun. prædior. junct. l. nihil tam naturale 35. ff. de reg. juris. Nec proprietarius aut fructuarius eam, quæ prædio fructuario debita est, l. red si quis 15. §. ult. ff. de usufructu & quemad. quæritur. Nec tutor servitutem prædio pupillari constitutam, l. red pecunia 3. §. pen. ff. de rebus eor. qui sub test. vel cura. Nec maritus eam, quæ prædio dotali debetur, l. Julianus 5 ff. de fundo dotali, nisi per indirectum, dum sibi emit prædium, serviens prædio sibi in dotem dato, iterumque stante matrimonio alienat servitutem non renovata; quo tamen casu ad servitutis estimationem maritus soluto matrimonio obligatus efficitur; sed & si solvendo non sit, utiles uxori ad servitutem restaurandam actiones dantur, l. si maritus fundum 7. pr. ff. de fundo dot.

7. Non utendo insuper servitutes pereunt, decennium quidem inter præsentem, vicennium inter absentes, l. pen. C. de servitut. & aqua, etsi servitutis usus aliquo modo ex conventionem interruptus sit, dum vel alternis tantum diebus, vel horis alternis, vel tantum de die, vel tantum de nocte aqua duci, iri, agi potest, l. si sic 7. ff. b. t. Plane, si alternis tantum annis, alternisve mensibus, vel sola hieme, vel singulis demum quinquennis semel, servitutis exercitum permissum sit, duplicato demum tempore seu annis viginti servitutes evanescere dicendum est, nulla tunc inter præsentem aut absentes distinctione servata, arg. d. l. 7. ff. b. t. junct. l. ul. C. de servitut. & aqua. Cum enim jure veteri tempus usucapiendi liberationem a servitute biennium esset, sive inter præsentem sive inter absentes, & in servitutibus hæc, quas DD. appellant *discontinuas* duplicatum tempus esset præfixum, d. l. 7. Justiniano placuit, jure etiam novo simpliciter duplicare autem decennium tempus, & ita vicennium præscribere, d. l. ult. In qua lege dum vicennium absque distinctione dicitur amitti servitus, quæ singulis quinquennis uno tantum die transitum per agrum alterius permitteret (quæque propterea secundum juris veteris dispositionem summæ difficultati erat involuta, quia ne intra duplicatum quidem biennium tempus redibat servitutis hujus exercendæ vicissitudo), consequens est, uti vicennio quoque, non vero duplicato inter absentes vicennio, præscriptio fiat illarum servitutum discontinuarum, quarum usus vicissitudinarius alternis annis mensibusve, adeoque frequentius recurrit. Ceterum etsi nonnullis placuerit pragmaticis, etiamnum hodie illud decennium aut vicennium tempus ad libertatis præscriptionem sufficere, nec id ratione careat; cum & de libertate reducenda, adeoque liberatione agatur, cui favendum; & læsio minor per servitutis amissionem infatur: Responsa Icto. Holl. part. 1. consil. 199. post mod. quia tamen ad immobilium præscriptionem ex hodierno jure id spatium non sufficit, sed triente sæculi, aut secundum alios, triginta annis opus est; & immobilium exemplo servitutes præscriptione acquiri ac amitti obtinuit, l. si aquam 2. l. pen. C. de servit. & aqua, l. ult. in fine Cod. de præscript. longi tem. decem vel vig. ann. junct. l. nihil tam naturale 35. ff. de reg. juris; magis est, ut in servitutibus quoque trientis

sæculi decursum exigamus, Hugo Grotius d. lib. 2. cap. 37. numi 9. & seqq. Leeuwen cens. forens. d. part. 1. lib. 2. cap. 14. n. ult.

8. An vero in hac liberatione a servitute, quæ per præscriptionem contingit, tempora prædecessoris, veluti venditoris conjungi debeant cum temporibus accessoris, non adeo expeditum est: etenim integro statuto tempore eundem præscribentem in possessione libertatis perseverare debuisse, Julianus auctor est, l. si ades 32. §. 1. ff. de servit. præd. urban. Contra, tempora prædecessoris & accessoris conjungi, & juncta ad amissionem sufficere, Paulus tradidit, l. si quis alia 18. §. 1. ff. b. t. Cujacius ut difficultatem tollat comment. ad l. 4. §. si viam 27. ff. de usurpat. & usucap. & cum eo Wissenbachius ad Pand. b. t. vol. 1. disp. 20. num. 27. inter urbanas & rusticas servitutes hac in parte differentiam constituit; quasi in rusticis amittendis tempus, quo venditori usus non est, emptori computetur, d. l. 18. §. 1. ff. b. t. in urbanis tempus, quo venditor possidet, ædes, cum interpositione facti, quod servituti adversatur, emptori non imputari in usucapiendæ ædium libertate, d. l. 32. §. 1. ff. de servit. præd. urb. Sed magis est, ut ex temporis diversitate conciliatio petatur; cum enim illa possessionis continuatio inter venditorem & emptorem, legentem & legatarium, similesque, demum rescripto Severi & Antonini inducta fuerit, non admissa, §. pen. Intro. de usucapionibus, necesse fuit, Julianum, qui auctor est d. l. 32. & ante Severum atque Antoninum sub Hadriano floruit, ita respondere, cotinuerentur juri tunc recepto; nec ponere potuisse temporis continuationem, inter venditores emptoresque postea demum Imperatorum posteriorum constitutione sancitam. Paulum ex adverso Severo demum & Antonino Caracalla imperante celebrem continuationem possessionis per rescriptum principale jam ante emissum sibi que notum, admisisse, sicut & admisit in l. id tempus 14. ff. de usurp. & usucap.

9. Videtur autem non usus esse servitutis, qui eam quidem exercuit, sed non ut servitutem, dum per constitutam servitutem viam in viam longo tempore, tanquam per publicam aut vicinalem, l. ult. ff. b. t. l. ult. ff. de itinere vel. priv. uti &, qui per constitutum spatium alio utitur tempore, quam quo uti concessum erat; veluti de die, cum deberet de nocte uti: amittit enim nocturnam servitutem, quæ usus non est, quæque diversa est ab aquæ diurna servitute; nec tamen eam, qua longo tempore usus est, acquirit, nisi omnia usucapionis requisita concurrant, l. si communem 10. §. 1. l. si quis alia 18. ff. b. t. l. si prius 17. ff. de aqua & aqua pluv. arcende, l. si diurnarum 2. ff. de aqua quot. & arid. Nec contrarium est in l. cum constet 5. §. 1. ff. de aqua quot. & arid., cum appareat, illic utrumque statim aquam duxisse temporibus, neutrum quidem per se, sed alterum pro altero, permutatis ex conventionem ducendi temporibus. Generaliter enim in servitutibus necesse non est, ut ipse prædii dominantis dominus eandem exerceat; sed & alium quemcumque ea uti sufficit. Quæ ratione per socium, per fructuarium, per bonæ fidei possessorem, per prædionem, per colonum, per mercenarium, per medicum, per procuratorem, per negotiorum gestorem, per amicum, quive ad visitandum dominum venit, servi-

tutes retineri obtinuit, *l. i. servitus 5. l. qui fundum 12. l. uti retinetur 20. & l. seqq. ff. b. t. l. 1. §. i. cuius 7. l. inde 3. §. 4. & 7. ff. de litore actusque privi.* si modo hi omnes prædii nomine, & quasi debita servitute, usi sint, *d. l. 5. junct. l. 6. & l. denique 22. ff. b. t.* Imo satis erit, quod aqua in aquæductu per canalem seu rivum sponte defluerit, *l. qui fundum 12. ff. b. t.*

10. Ceterum si divisus sit regionibus fundus, non item usque circa servitutis amissionem non utendo contingentem servatur. Aut enim dominans prædium plures inter socios divisum est, aut serviens. Si dominans, perinde est, atque si ab initio duobus fundis separatis servitus constituta esset, & sibi quisque minorum usurpat servitutem, sibi, non utendo deperdit, nec amplius in ea re eausæ eorum fundorum miscetur, *l. nam satis 6. §. in pr. ff. b. t.* Sin ita divisus sit fundus serviens; videndum, utrum certus ac finitus viz locus sit, an vero ita constitutum sit viz jus, ut per quamlibet fundi partem ire agere liceat, indeque vel subinde mutare. Si finitus viz locus sit, tunc si per longitudinem viz fundus divisus est, eadem omnia servanda sunt, quæ, si initio constituendæ servitutis hic duo fundi fuissent, *d. l. 6. §. 1. ante med.* adeoque vel per unum eundo fundum, tota servitus retinetur, etsi per alterum itum non sit, *l. una est via 18. ff. de servit. præd. rustic.* Si vero per latitudinem viz divisus sit fundus liberabitur, quoniam unum, atque eo modo individuum, viz jus est, *d. l. 6. §. 1. circa med.* Sane si sic fundus divisus sit per latitudinem, ut totum assignatum viz spatium in una tantum parte fundi divisi existat, non dubium, quin illa sola pars in posterum servire debeat, pars altera omnino libera sit penes eum, cui ex divisione obvenit, ac tanquam separatus fundus cepit haberi, cum semel determinato ad serviendum loco, ceteræ partes agri liberae sint, *l. certo 13. §. si totus 1. ff. de servit. præd. rustic.* Quod si finitus viz locus non sit, sed ita constitutum viz jus, ut per quamlibet partem fundi ire agere liceat, & subinde mutare, tunc, fundo serviente diviso, perinde observabitur, atque si ab initio duobus fundis duas separatæ servitudes impositæ fuissent, ut altera retineri possit, altera non utendo deperire; dum prædii dominantis dominus post prædii ita servientis divisionem jus habens eundi agendi per utramlibet voluerit partem divisam jam ut totum consideratam, per unam tantum partem statuto tempore ivit egique *d. l. 6. §. 1. post med. ff. b. t.* Nec adversatur, quod ita per divisionem prædii servientis deterior redditur conditio domini fundi dominantis, qui per unam tantum eundo agendo fundi non divisi partem, in altera quoque parte fundi retinisset viz jus; quod nunc ob divisionem non utendo amittit. Etenim pensatur hoc quale quale incommodum commodum alio majore, quod is, cui via sic debita est, post divisionem per duas pariter vias ire agere possit, hisque octonos in porrectum, & senos denos in anfractum habere pedes, *d. l. 6. §. in fine ff. b. t.*

11. Sunt tamen casus, quibus servitudes non utendo non amittuntur, puta, si necdum servitus constituta sit; aquæductu sorte promisso, sed rivo necdum factò, aqua aut nondum inventa, *l. si partem 19. ff. b. t.* aut via duobus commune prædium habentibus legata, quamdiu de loco viz legatarius n-

terque non consensit, *l. inter 28. ff. de servit. præd. rustic.* Costalius *ad d. l. 19. ff. b. t. Capolla de servit. præd. urb. cap. 21. num. 1.* Ad hæc non perit servitus non utendo, si iter ad sepulchrum contempat; cum ejus utendi occasio non nisi mortalitate, cujus incertum tempus, superveniente existat, *l. iter 4. b. t.* aut si prædium dominans in totum ad pupillum pertineat, vel pupillo & majorenni commune sit, *l. si communem 10. ff. b. t.* In urbapibus quoque servitutibus præscriptione amittendis solum non usum non sufficere, sed factum servituti contrarium ad usucapiendam libertatem concurrere debere, & in eo esse inter urbanas ac rusticas dissimilitudinem, a Gajo traditum est. Adeoque si ædes tuæ meis ædibus serviant, ne altius tollatur, neque luminibus officiat, & ego per statutum tempus fenestras meas præfixas habuero vel obstruxero, ita demum jus meum amitto, si tu per hoc tempus ædes tuas altius sublatas habueris: alioquin, si nihil novi feceris, retineo servitutem, *l. hac autem 6. ff. de serv. præd. urban.* *l. sequitur 4. §. ult. ff. de usurpat. & usucap.* sic ut ne arboris quidem plantatio ad libertatis præscriptionem hoc casu sufficiat, *l. quod autem 7. ff. de servit. præd. urb.* Similiter, cum haberes jus tigni immittendi, si vicinus statuto tempore ædificatum non habuerit, ideoque nec tu immittere potueris, servitutem non amittes, quia non potest videri vicinum usucepisse libertatem ædium suarum, qui jus tuum nullo facto contrario interpellavit, *l. si quis alia 18. §. ult. ff. b. t.* Adde Cujacium *ad l. 4. §. si viam 27. ff. de usucap. Ant. Fabrum rational. ad d. l. 18. §. ult. Besoldum delib. juris ad Pand. lib. 8. quaest. 18. Responsa Jcot. Holl. part. 1. consil. 193. in med.* Quorum ea videtur esse diversitatis ratio, quod nihil tam naturale sit, quam unumquodque eo genere dissolvi, quo colligatum est, *l. nihil tam 35. ff. de reg. jur. ac proinde, cum urbanæ servitudes per præscriptionem acquirantur non solo usu, sed concurrente facto, puta, immissione tignororum, ædificatione in alieno, oneris impositione, protectione supra alienum fundum, contrarium quoque factum cum non usu concurrere ad amissionem per præscriptionem, justum erat. At cum rusticæ servitudes solo possent usu acquiri, sine ullo facto alio præter usum eundi, agendi, ducendi, &c. l. si quis 10. ff. si servit. vind. non mirum, si & solo non usu sine facti contrarii interventu extinguantur; porro ex hac inter urbanas & rusticas servitudes differentia (ut hoc obiter addam) descendit & altera, quod ad urbanarum quidem amissionem jure præscriptionis contingentem requiratur præscriptæ bonæ fides, eo quod & factum præscribentis desideratur: contra in rusticis præscriptionem libertatis non impedit, si prædii servientis dominus in mala fide sit, seu sciat suum prædium servire; cum satis sit ad amissionem, nullum ea servitute statuto tempore usum esse, *l. sequitur 4. §. si viam 27. ff. de usurpat. & usucap.* Rerum scilicet corporaliū possessionem habere, retinere possum, licet non utar iis: servitutum vera possessio non est: & quasi possessio in servitutibus rusticis præcipue in usu consistit; quo usu deficiente ipsam quoque deficere quasi possessionem necesse est: & ideo, si viam habeam per tuum fundum, & tu me ab ea expuleris, per longum tempus non utendo, amittam viam, quia*

nec possideri intelligitur jus incorporale, nec de via quis, id est, mero jure detruditur, d. l. Adde R. v. d. in Triboniano, seu de veris usurpationum differentia, fere in pr. pag. mibi 667. 668.

12. Si quis per longum tempus itinere actu via latiore vel angustiore usus sit, aut alio vehiculi genere, quam quo uti debebat, aut amplius oneris, quam licuit, vexerit, aut majorem minoreve duxerit aquae copiam, quam ab initio constitutum fuerat, non ideo servitutem amittit, quia hic magis plus, quam aliud egisse censetur; sed nec plus, quam pactum est, jure servitutis retinere aut in posterum facere ei permittitur, l. ii. cui via 11. ff. b. t. l. 1. §. Trebatius 18. ff. de aqua quot. & acria, non magis, quam majorem ducere aquae copiam, si aquaductus pluribus praediis per eundem rivum concessus fuerit, & unus eorum jus suum non utendo amisisse proponatur, l. aquam 16. ff. b. t. Sed & si iter & actum habens, longo tempore tantum iverit, actum non periisse, responsum est, l. qui iter 2. ff. b. t. Idemque est, si per plures fundos sibi contiguos quis habuerit eundi jus, & tempore statuto per unum tantum iterit; nam & per reliquos eundi jus ei servatur, l. una est via 18. ff. de servit. praed. rustic. Qui simile est, si quis non toto itinere usus sit, sed parte tantum, vel non ad omnes fundi partes, ad quas ducere poterat, aquam duxerit: plenam enim servitutem, uti concessa est, nihilominus salvam habet, l. si stillicidii 8. §. 1. l. 9. b. t.

13. Amplius, resolutio jure concedentis servitutem, jus quoque servitutis resolveri necesse est; veluti si heres rei sub conditione legatæ, eadem pendente, servitutem imposuerit: res enim libera legatario acqui-

retur, existente deinde conditione, l. si fundum 105. ff. de condit. & demonstrat. l. is, cui 11. §. 1. ff. b. t. Nec aliud dicendum, si vasallus praedium feudale reddiderit servituti obnoxium, postea vero feudum domino directo aperiat, lib. 2. feud. tit. 8. vers. rei.

14. Denique secundum hodiernos Hollandiae & aliarum regionum mores servitutem impositam evanescente receptum est, quoties praedium serviens praemissis publicis edictis, citatis omnibus, qui jus aliquod in eo sibi competere arbitrantur, reliquisque intervenientibus decreti publici solemnibus, alienatum traditumque fuerit, nec intercesserit, ac jus suum servitutis mature manifestaverit ita solemniter adnotatus dominus praedii dominantis, Claude le Brun Procer. civil. lib. 1. §. 90. n. 9. arg. l. si eo tempore 6. C. de remiss. pign. nisi ad oculum servitus pateat, veluti stillicidii, cloacae, aut similis, vel ita manifesto in possessione servitutis sit is, cui ea debita est, ut executor vel curator bonorum etiam post sequestrationem passus sit, illum ea servitute uti, Claude le Brun Procer. civil. lib. 1. art. 90. n. 9. Ant. Matthaeus de auct. lib. 1. cap. 11. numer. 48. Responsa JCor. Holland. part. 2. consil. 6. Adde Christin. ad Leg. Mechl. tit. 11. art. 19. Imbertum Instit. forens. lib. 1. cap. 58. lit. d. Quae sententia minus dubia est illis in locis, in quibus non aliter servitutes praediales fundum servantem afficiunt jure reali, quam si coram lege loci impositae sint; uti id de Hollandorum usu testatur Groenewegen ad tit. Inst. de servit. praedior. & in notis ad Hug. Grotium manduct. ad Jurisprud. Holl. lib. 2. cap. 36. num. 1.

## LIBER NONUS.

### TITULUS I.

#### Si Quadrupes Pauperiem Fecisse Dicatur.

##### SUMMARIUM.

1. Quae actiones & poena obtineant, jure Romano vel hodierno, si animalia in alieno, vel publico depascantur, sive immissa ab alio, sive nullo immittente? & an actio de pastu etiam contineat lucrum speratum?
2. Quid juris si meum animal depascat glandes alienas in meo cadentes? vel si borreo alieno applicet, ibique depascat?
3. An animal alienum in meo depascens includere possim pro damno? & quid moribus?
4. Quo sensu equus calcitrovis, & bos cornu potere solitus, nocere dicatur contra naturam sui generis? quando directa, quando utili actioni de pauperie etiam ex facto animalis feri locus sit. Quales actio datur, si alius instigaverit?
5. Recensentur species factorum nobiliorum, quibus actio de pauperie locum habet, in arietibus & bobus inter se commissis, equis, mulis sine causa

Voet ad Pandect. Tom. II.

calce percutientibus, vel aliud animal concitantibus: quod tertio damnum dat, vel cessim cunctibus; si plausiro recadente homo obrutus sit, & similibus.

6. Quid juris, si canis sponte, vel alieno instigatu, aut culpa nocuerit, ligatus aut solutus?
7. Quibus, & contra quos tum directa tum utilis de pauperie actio datur?
8. Ad quid tendant? an & deformitatis similiumque habenda ratio, si homini libero nocitum sit, jure civili, ac moribus; & an ad hoc bodie superstiti facultas noxae dandi animal?

1. **D**Amnum vel ab animalibus dari potest, vel ab hominibus, iisque vel liberis vel servis. Quod ab animalibus datur, pauperies dicitur, & definitur, damnum sine injuria facientis datum; nec enim potest animal injuriam fecisse dici, quod sensu caret, princ. Instit. b. t. l. 1. §. ait praetor 3. ff. b. t. Nulla est injuria, inquit Seneca 2. de ira cap. 26. nisi a consilio profecta: nocere nobis animalia possunt, ut ferrum, ut lapis, injuriam quidem facere non possunt. Nocet vero animal vel secundum, vel contra natu-

ram sui generis. Secundum naturam, cum in alieno depascit; propter quod varia pro circumstantiarum varietate actiones comparatae sunt. Si enim id evenit alio immittente, sive domino animalis sive extraneo, actione ex lege Aquilia utili conveniri potest, qui immisit, cum damnum tale immittentis injuria illatum sit, & de hoc casu intelligendum, quod in *l. ult. C. de lege Aquilia* rescriptum fuit, de his, quae per injuriam depasta contendeantur, ex sententia legis Aquilia agi posse. Sed & aliquando criminale ob immissionem iudicium est, puta, si militum animalia in pascua publica immittantur; in quantum immittentes puniuntur poena duodecim librarum auri fisco applicanda, *l. insignis 2. C. de pascuis publicis*. Quae tamen poena contra alios non militantes non obtinet, sed animalis immissi publicationem sufficere visum fuit, *l. 1. C. de fundis & salibus rei dominica*. Quod modo & nostris moribus, si pecora oberrent ac pascantur in vallibus ac montibus munimentorum, castellorum, urbiumve praedictiarum, animalium pascentium publicatio probata est, imposita insuper reparatione damni, munimentis per animalia illati: quae de re varia extant decreta *pal. 2. placit. Holl. pag. 463. in fine & pag. 465*. Passim quoque multae, sed leviores, inducuntur contra eos, quorum animalia in viis ruralibus tum publicis tum vicinalibus vagantur & depascunt, quo tamen casu non aliter multandus videtur animalium dominus, quam si aliqua ipsius negligentia appareat: nam si probabile sit, factis tertiis, licet incerti, ea fuisse ex pascuis aut stabulis privatis in publicam emissam viam, porta resecta, septimento aperto, similibusque modis, vix est, ut multa locus fiat. Responsa Jctor. Holl. *part. 5. vol. 2. consil. 20. Sande decr. Frisic. lib. 5. tit. 7. defin. 6*. Quod si, nullo immittente, animal alterius in alieno depascat, locus est actioni civili de pastu pecorum ex lege 12. tabularum, quae domino agri competit adversus dominum animalis depascentis, *l. qui servandorum 14. §. ult. ff. de praescript. verbis*, ad damni dati & sperati lucris interversi reparationem, adeoque quanti valuisse, frumentum si maturuisset, quod nunc in herba adhuc & viridi stans depastum est: si enim homine libero mutilato speratarum quoque operarum, quibus lesus in posterum cariturus est, aestimatio praestanda sit, *l. ex hac lege 5. in fine ff. b. t. atque insuper ei, quod interest, non modo insit, quod alicui abest, sed & quantum lucrari potuit, l. si commissi 13. ff. ratam rem haberi*, causa nulla est, quo minus & hic lucrum, jam sepe devorati, sed impediti, ratio in condemnando habeatur, nisi secundum ordinariam actionem noxalium naturam dominus noxae dando liberari malit: id enim in pastu quoque locum habere, ex Paulo constat, *recept. sentent. lib. 1. tit. 15*.

2. Ut autem huic actioni locus sit, necesse est, ut animal in alieno depascat; unde, si glans ex arbore mea in fundum tuum cadat, tuque eam immisso pecore depascat, non hac de pastu actione, sed in factum agendum erit, *l. 14. §. ult. ff. de praescript. verbis*. Si tamen in alieno quidem agro animal non depascat, sed alieno sese applicans horreo aut acervo, fructus a solo jam separatos absumat, non dubium, quin utilis saltem de pastu actio admittenda sit; cum utique verum sit, in alieno depastum esse, quod ipsum sufficere videtur, ut de pastu agi possit, arg. *d. l. 14. §. ult.*

3. Ceterum deprehensum animal alienum in agro depascens agri dominus non jure includit, donec damnum reparatum fuerit; sed tantum expellere ei liberum est, idque sine atrocitate, quo modo, si autem deprehendisset, *l. Quintus Mucius 59. §. 1. ff. ad leg. Aquil.* Etsi enim ratis tuae, vi fluminis in agrum meum delata, non aliter tibi potestatem facere teneas, quam si tu damnum mihi datum rescideris, aut saltem praeteritis de damno praeterito reparando cautionem, *l. ratis 8. ff. de incend. ruin. naufrag. l. hoc amplius 9. §. Novatius 3. ff. de damno infecto*, id tamen ad animalia in alieno pascentia haud visum fuit porrigendum, eo quod ex retentione rerum inanimatarum, quae sine alicuius asservantur, non adeo facile rebus ipsis damnum imminet, atque quidem id metuendum est in animalibus, a limonia indigentibus ac cura diligentiore. Sed moribus nostris id, quod de nave dictum, etiam haecenus in animalibus admitti placuit, ut domino agri vel colono, cujus frugibus ex pastu nocitum, liceat pecus alienum in suo deprehensum publico seu dominico stabulo includere, donec damni depascendo dati aestimatio soluta fuerit, aut animal ipsum noxae datum, Grotius *manuduct. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 38. num. 14. Groenewegen ad d. l. 39. §. 1. ff. ad leg. Aquil. & ad l. 1. C. de fundis & salibus rei dominica*, Parens p. mem. Paulus Voet ad *§. 1. Inst. b. t. nu. 4. Loeuwen cons. for. part. 1. lib. 5. cap. 31. nu. 4*. Adde Carpovium *defin. for. part. 2. consil. 27. defin. 1. 2*. Pektium de *jure sistendi cap. 2. num. 2*. Plane privato includere stabulo, aut alia, quam dictum ratione privatum retinere pecora ob pastum, nec hodie permissum est: ac remansera in reliquis etiamnum hodie, quae jure Romano de pastu cauta sunt. Confer Hug. Grotium *d. lib. 3. cap. 53. n. 13. 14*.

4. Contra naturam nocere dicuntur animalia, quoties mansueta feritatem assumunt; dum equus calce percutit, bos cornu patit, etsi calcitrosus equus sit, ac bos cornu petere solitus. Cum enim bos & equus una cum aliis pecudum appellatione venientibus gregatim sub imperio pastoris pasci soleat, nec nocere, quatenus mansuetis quadrupedibus accensetur, recte dicitur contra sui generis naturam damnum dare, quando feritate commota calce vel cornu ferit, *p. Instit. b. t. l. 1. itaque §. 4. ff. b. t.* Hac ergo ratione si quadrupes nocuerit, siquidem concitante eo ipso, qui lesus est, nec in dominum nec in animalis custodem ulla actio est, cum pro damno habendum non sit, quod sua quoque culpa sensit, Paulus *recept. sent. lib. 1. tit. 15. in fine, arg. l. quod quis ex culpa 203. ff. de reg. juris, l. hac actio 2. §. 1. ff. b. t.* Si alto instigante, vel causa dante, nulla contra animalis dominum actio de pauperie, sed utilis ex lege Aquilia datur contra instigantem, aut causam damno praebentem, veluti, si plus justo onerata quadrupes onus in aliquem everterit, aliisque modis, de quibus latius *tit. seqq. de lege Aquilia*. Vide *l. 1. §. 4. 5. 6. 7. 8. ff. b. t.* Si vero sponte commota quadrupes laeserit, actio de pauperie est, eaque vel directa datur, cum quadrupes quae gregatim pascitur, damnum intulit; utilis, cum laesit animal natura quidem ferum, sed cicuratum, aut etiam adhuc ferum, sed quod ab aliquo tanquam domino possideretur, quod pure velle Iurisconsultum, cum in *l. hac actio 4. ff. b. t.* monet, hanc actionem utilem competere, etsi non quadrupes; sed

aliud animal pauperiem fecit. Quod & evincitur argumento ducto a contrario sensu ex *pr. Inst. b. t. & l. 1. §. in bestiis 10. ff. b. t.* Si enim tunc, cum ursus fugit, & sic nocuit, non possit quondam dominus esse, ubi fera evasit; usque adeo ut post evasionem occidenti seu occupanti cedat, ad *ff. consequens* est, ut adhuc possidens feram, damnum dantem, jure conveniatur. Denique etiam id aperte satis declarat *Imp. in §. ult. Inst. b. t.* dum ait, eum, qui canem, verrem, aprum, leonem ibi habuit qua vulgo iter fit, non modo ex *adilitione* edicto, sed & de pauperie actione teneri. Quod ergo in *lege 12. tabularum* simpliciter *quadrupedis* mentio facta est, *l. 1. pr. ff. b. t.* & hac actio ad omnes dicitur *quadrupedes* pertinere, *d. l. 1. §. 2. ff. b. t.* id ad quadrupedes eas, quæ gregatim pascuntur, restringendum esse, vel inde manifestum est, quod *Ulpianus in d. l. 1. §. in bestiis 10.* subjungit, *in bestiis*, veluti uris, *propter naturalem*, id est, *genitalem feritatem*, huic actioni locum non esse. Directæ scilicet ex verbis *legis 12. tabularum* descendenti locus in hisce non est; utilem tamen ex interpretatione prudentium admissam fuisse, non negatur; & alibi a Paulo evidenter proponitur in *d. l. 4. ff. b. t.*

5. Sed missis hisce nimis aliquando Romani juris circa directas & utiles actiones scrupulositatibus, exempla præcipua propius consideremus. Agasoni, cum equum in tabernam duceret, mulamque equus olfaceret, mula vero calce rejiciens crus Agasoni fregisset, actionem hanc de pauperie contra dominum mulæ dandam esse, *Alfenus respondit l. ult. ff. b. t.* Eidem actioni *Ulpianus* locum fecit, si equum perculserit quis, vel palpatus sit, & is eum calce perculserit: neque enim palpatio illa, concitatio est, quæ hanc faceret cessare actionem, *l. 1. §. Et generaliter 7. ff. b. t.* Sed & si quadrupes tua dolo alterius damnum mihi dederit, dum forte tertius, equum tuum calcitrosus esse sciens, me dolo induxit, ut accedam, neque tamen concitavit, de pauperie cum domino recte agitur: etsi de dolo quoque persuadens conveniri possit, dominus solvendo non sit, nec animal a domino noxæ datum: facta enim noxæ deditione, ne in id quidem, quod excedit, doli actio est, *l. Et eleganter 7. §. si quadrupes 6. ff. de dolo.* Similiter, cum arietes vel boves commisissent, & alter alterum occidit, si quidem non constet, uter aggressionem fecerit, actio nulla est, arg. *l. scientiam 45. §. cum stramentis 3. ff. ad legem Aquil.* Sin id appareat, & is perierit, qui non provocaverat, actionem competere traditum est: nam si is, qui aggressus est, interemptus sit, nulla in animalis occidentis dominum actio danda; cum & in brutis quodam juris similitudo sit, atque adeo moderatim inculpate tutela simulacrum probatum, *l. 1. §. cum arietes 11. ff. b. t.* Quin imo si quadrupes alia aliam sic concitaverit, ut concitata damnum daret, cum domino ejus, quæ concitavit, non ejus, quæ corpore nocuit, agendum est, adeoque cum bovis domino, si equum a bove cornu petivum, ac reperculentem, porcum terenti peremisse proponas, *l. 1. §. Et si alia 8. ff. b. t.* arg. *l. si ex plagis 52. §. in olivo 2. in fine ff. ad l. Aquil.* Non enim necesse est, ut corpore suo pauperiem quadrupedes fecerit, sed vel per aliam rem, quam tetigit quadrupes, damnum datum esse satis est; nam & si hoc plaustrum obtrivit aliquem, aut alia re dejecta,

si jumenta sine causa turbata cessim eant, aut semet ipsa eripiant, & feratur equis auriga, nec currus audiatur habenas, hac actio locum habet, *d. l. 1. §. sive autem 9. ff. b. t. d. l. si ex plagis 52. §. in olivo 2. ff. ad leg. Aquil.* Hugo Grotius *manud. ad jurisprudentiam* lib. 3. cap. 33. num. 15. quo casu etiam, si homines læsi sint, currus cum equis fisco cedat, hodierno jure, *Leeuwen centor. for. part. 1. lib. 3. cap. 51. n. 9.* Sane, si quadrupedes nulla feritate commota, sed casu damnum dederint, dum forte equis ac mulis plaustrum in olivo ducentibus ac collapsis, plaustrum cessim ire cœpit, ac retro rediens adstantem contrivit, nec in dominum, nec in alium actio danda est, quoties nulla cuiusquam culpa concurrit, *d. l. 52. §. 2. ff. ad leg. Aquil.*

6. Canem quod attinet (de cuius damno *lege Fesulanica*, aut forte rectius, *Colonia* cautum fuisse testatur *Paulus recept. sent. lib. 1. tit. 15.* Plutarchus in *vita Solonis*) si quidem ferocior in taberna habitus fuerit solutus, & morsu læserit ingredientem, agi posse canis nomine quidam putant; at si ligatus fuerit, contra esse, *l. hac actio 2. §. 1. ff. b. t.* Adde *Paulum d. tit. 15. nec male*, cum oculis quicquid satis admoneatur, ut canem caveat, tanquam mordacem. Sed & si canis, cum duceretur ab aliquo, asperitate sua evaserit, & alicui damnum dederit, vel oves, gallinas, anseres alienas occiderit, si contineri firmius ab alio potuerit, vel per eum locum duci non debuerit, cessante hac actione de pauperie, contra ducentem utli *Aquilæ* locus est, *l. 1. §. red & si 5. ff. b. t. l. item Mula 11. ff. item cum eo 5. ff. ad leg. Aquil.* si vero a nullo ductus, instigatus alieno nocuerit, in factum actione instigans tenetur, *d. l. 1. §. 6. ff. b. t. d. l. 11. §. 5. ff. ad leg. Aquil.* quibus in casibus nec noxæ deditione liberatio contingit, secundum ordinariam actionem, ob culpam ex *lege Aquilæ* descendens, naturam: notante id etiam *Grotio d. lib. 3. cap. 38. num. 16.* Quod si, neque ducentis, neque instigantis ulla culpa sit, utili actioni de pauperie, cum actione in factum ex *adilitione* edicto concurrenti, contra dominum locum fieri, jam ante probatum est ex *§. ult. in fine Instit. b. t.*

7. Utrique tum directæ tum utili de pauperie actioni communia sunt, quod non soli domino rei, quæ læsa est, dentur, sed & ei, cujus interest, & heredibus ejus, *l. 1. §. ult. l. 2. ff. b. t.* contra illum, qui tempore actionis institutæ animal jure domini possidet, licet damni dati tempore dominus non fuerit; cum noxæ caput sequatur, *l. 1. §. Et cum etiam 12. ff. b. t.* uti & adversus heredes, non quæ successores, sed quæ dominos animalis, *d. l. 1. §. ult. ff. b. t.* Quin etiam contra eos, qui liti sese obtulerunt quasi possiderent, *l. si quis in jure 8. l. 8. ff. de interrog. in jure faciend.* aut dolo malo possidere desiderunt; quo casu in arbitrio læsi est, utrum pristinum, an novum dominum convenire velit arg. *l. de illo 24. l. 25. ff. de noxal. action.* contra bona fidei possessores eo modo, quo & ceteræ noxales actiones, de quo in *seq. l. 4.* Si plures sint domini, contra singulos in solidum; ut tamen unius præstatione ceteri liberentur, *l. 1. §. noxa autem 14. ff. b. t.* klemne est, si plures unius domini heredes sint, quippe quos non quæ successores, sed eo jure, quo domini sunt, conveniendos esse, dictum est arg.

l. 1. in fine ff. b. t. Gomezius var. resolut. tom. 2. cap. 10. num. 13.

8. Tendunt hæ actiones ad id, ut damnum reparetur, aut animal noxa detur, l. 1. §. cum arie. et 11. & seqq. ff. b. t. pr. Instit. b. t. exceptis quibusdam casibus, quibus cessat noxa dedendi facultas, r. 4. recensendis. Si homini libero nocitum sit, non dubium, quin hac actione recte agatur ad impendia in curationem facta, & æstimationem operarum, quibus læsus caruit ac posterum cariturus est, inutilis factus l. ex hac lege 3. ff. b. t. quod tamen Frisiis displicuisse notat Sande decr. Frisic. lib. 5. t. 7. defin. 5. in fine. Deformatatis, cicatricum, doloris rationem haberi leges Romanæ non patiuntur; cum liberum corpus æstimationem non recipiat, d. l. 3. l. 1. §. sed cum homo 5. l. ult. ff. de his, qui deiecer. vel. effud. Sed hodiernis moribus etiam herum fieri ac prestari æstimationem obtinuit, Grotius manu ducit. ad jurisprudent. Holl. libr. 3. cap. 34. nu. 5. 6. Parens p. mem. Paulus Voet ad §. 1. Instit. b. t. num. 4. Adde r. seqq. de lege Aquilia, manente in reliquis apud nos intacta Romani juris definitione, etiam quantum ad ipsam noxam dandi licentiam, & subsequenter inde liberationem, ut supra dictum.

## TITULUS II.

### Ad Legem Aquiliam.

#### SUMMARIA.

1. Auctor legis Aquilia non fuit Gaius Aquilius.
2. Quibus legibus anterioribus per legem Aquiliam derogatum fuerit, quibus non?
3. Lege Aquilia non fuit coercitum damnum, quod tantum omitendo datum fuit; & adstruitur distinctio inter culpam commissionis & omissionis.
4. Quid primo capite legis Aquilia cautum fuerit?
5. Capite secundo probabiliter actum fuisse de moribus servi corruptis, arguitur; nec ejus disquisitionem inutilem esse, imo caput secundum non in universum fuisse sublatum, si quis ex ea experiri vellet.
6. Quid capite tertio? non fuisse habitam in hac lege rationem æstimationis ex affectione, sed communi opinione, ac præter æstimationem venire etiam id, quod intererat, modo certum sit, non incertum. Lis quoque ex inficiatione crevit in duplum; quod tamen in casibus quibusdam fallit.
7. Qui egit ex capite tertio, potest adhuc agere ex capite primo; si quadruplet deinceps ex eo vulnere moriatur; sed imputatur condemnatio prima in secundam; secus, si ex alio vulnere moreretur.
8. Si plures simul damnum dedorint, singuli in solidum tenentur, nec unus præstatione ceteri liberatur.
9. Si prior vulneraverit vulnere certo certius letali, alius dein alio vulnere occiderit, uterque de occiso tenetur; secus, si prior vulnere non fuerit certo certius letali.
10. Directio legis Aquilia actio dominis datur, licet temporale habeant dominium, & res jam alienata vel extincta sit. Utilis etiam fructuario, bona fidei possessori, creditori hypothecario. An

& commodatario vel fulloni ex jure Romano, & moribus?

11. Utilis actio datur etiam ob hominem liberum, vulneratum, vel occisum; qui tunc agere possint, & ad quid, tum jure civili, tum bediarno? Ex quid, si concurrant, uxor, parentes, liberi ejus qui occisus?
12. Dantur hæ actiones adversus eos, qui damnum dederunt, aut se dedisse confessi sunt. An quo usque detur contra heredes jure civili & moribus? An actio ad multam hodie contra heredes detur, & an uno ex pluribus lædentibus multam solvante reliqui liberentur?
13. Coercetur hac actione non tantum dolus, sed & culpa, etiam levissima.
14. Varia constituuntur classes eorum, qui ex damno dato tenentur.
15. Recensentur, qui per occasionem muneris, aut dum in re licita versantur, læserunt; ubi de magistro puerum discipulum castigante, magistratu injuriosum quid faciente, de navigiis inspectis in navem aut scapham, aut retia piscatoria, aut portuum munitiones, deque funibus amputandis &c.
16. An navibus collisis, etiam damnum sarcinendum, quod postea ex nova causa supervenit, sed prioris damni occasione? & quo modo merces æstimanda, quæ cum nave per collisionem merita perierunt?
17. De cistariis, plaustrariis, alios antevertere studentibus, onus male componentibus; aut plaustris certum ante in clivo: de his, qui vel se vel jumenta plus justo onerantes, efficiunt, ut onus lapsu in alium evertatur; de sentore tendente in loco periculoso & quida servo præcisa.
18. De putatore & machinario ramos aut trabem in præteruentes deficientes, & de his, qui foveas faciunt aut laqueos ponunt fore capienda causa, si animal alienum in ea inciderit?
19. De fornacario, ad fornacem dormiente, ignem in stipulam suam immittente, scopetum in seculo stramineo dispendente, aliisque incendio causam præbentibus.
20. Orto in adibus incendio, an inhabitanti, an magis locatori aut vicini læsis præbatio incumbat respectu culpa?
21. Quid, si tempore orti incendii unus tantum fuerit in adibus? Quid, si contra legem locationis in certa adium parte ignis sit habitus, & ex eo loco incendium oriatur?
22. De eo, qui furem nocturnum aut diurnum, vel latronem sibi insidiantem vel alium adstantem, occidit; & an liceat alium occidere pro defensione vel recuperatione bonorum?
23. De medicis, pharmacopolis, obstetricibus, artificibus, aliisque, qui imperitia læserunt, gemmas aut alias res sibi commissas confrangerunt, impetrum quorum retinere non potuerunt.
24. De illis, qui, dum se jaculis exercent, transvenerunt ladum, vel pile ludentes, alium pile impicipienda causa evertunt; in colluctatione, pugilatu, aut pancratio ladum; per stramenta ardentia transilientes aliam sibi in flamma obitum evertunt, festivo tempore Palliorum.
25. Recensentur plures, qui tenentur, dum causam



damno dederunt, impulsu naturali, concitatione, horatu, consilio, auxilio.

26. Enumerantur plurima alia species damni per perculantiam aut temeritatem aut malitiam dati, atque inter eas nocturna grassationes, virorum conflagrationes, animalium nimie agitationes, turbationes, frugationes, in angustum coactiones &c.
27. Cessat actio legis Aquilia, si quid illicito quidem factum sit, sed nullum inde damnum secutum, quod exemplis illustratur.
28. Cessat, si damnum jure datum sit, dum quis in domo vel navi sua vim patitur. Quid juris, si quis incendiis a suis adibus arceudi gratia vicini aedes deiecerit?
29. Cessat, si damnum casu fortuito contigerit, vel ab infante aut furioso detur. Quandoque damnum dicitur casu datum, dum dolus deest, licet culpa adit.
30. Quando & quomodo cum actione legis Aquilia concurrere possit accusatio ex lege Cornelia de sicariis? & an alteri per alteram fiat prejudicium?
31. An concurrere possit cum actione injuriarum, servi corrupti, et similibus? an et cum actione depositi, commodati, locati &c. et an una intentata alteram perimat?

1. Legem Aquiliam, seu plebiscitum, ab Aquilio quodam denominatam fuisse, uti dubio caret, l. §. 1. ff. b. t. ita, qualis ille Aquilius fuerit, quoniam vixerit tempore, adnotatum non exstat, ideoque incertum est, cum plurium Aquiliorum Livius alique meminerint rei Romanae scriptores. Id unum constat, legis hujus auctorem non fuisse Gallum Aquilium, formularum quarundam stipulationis substitutionisque conceptione notum, quia hic inter præcipuos numeratur. Quinti Mucii auditores, l. 2. §. Mucii 42. ff. de orig. juris, quem tamen Mucium suis in scriptis de lege Aquilia videmus disputantem, l. Quintus Mucius 39. ff. b. t. Ut de eadem suo tempore Brutus quoque tractasse dicitur, l. si servus servum 27. §. si mulier 22. ff. b. t. quem tamen & Gallo Aquilio & ipso Mucio, Galli præceptore, antiquiorem fuisse, Pomponius tradit d. l. 2. §. post hoc fuerunt 39. ff. de orig. juris.

2. Derogatum fuit hac lege tum legibus duodecim tabularum, non poenam sed damni reparationem imponentibus ei, qui culpa læsisset, ut docet Razaras ad l. 12. tabul. cap. 24. tum aliis, simpliciter & in genere de damno injuria dato agentibus, qui sensus est verborum Ulpiani in l. 1. pr. ff. b. t. nam quantum ad leges attinet anteriores de hac vel illa peculiari damni dati specie agentes, veluti de arboribus furtim cæsis, nihil earum auctoritati & obligationi decessisse per subsequutam legem Aquiliam a Labæone & Paulo discimus, qui ob arbores furtim cæsas ex lege Aquilia & ex duodecim tabulis actionem ajunt dandam esse, l. 1. ff. arborum furt. cæsar. Donellus comment. jur. civil. lib. 21. cap. 3. fore in pr. vers. prior ergo.

3. Cum autem in jure nostro duplex culpa morat, puta, commissionis, & omissionis, seu in faciendo & non faciendo vel omitendo consistens, l. si servum stipulatus 91. ff. de verb. oblig. considerandum, coercitum per legem Aquiliam fuisse tan-

tum omne datum committendo seu faciendo, vel committendo & omitendo simul datum; non item illud quod sola contingit omissione, quia durum nimis foret, propter levissimam in omitendo culpam aliquem ex delicto teneri, Zoësius ad Land. b. t. n. 7. §. Vinnius select. quest. lib. 1. cap. 33. in pr. Qua ratione, si fundi usumfructum habens agrum non proscindat, vites non subserat boni viri arbitratu, aqueductus corrumpi patiatur, ex lege Aquilia eum non teneri, Ulpianus scripsit l. si cuius rei 13. §. de præteritis 2. in fine ff. de usufructu et quemad. quis utat. quibus similia occurrunt in l. qui domum 57. ff. locati. Neque uspiam in jure nostro traditum invenio, eum verbi gratia, qui animal alterius in aquam delapsum, cum posset, non eduxerit, aut medicum venire detrectantem, fabrumve ædium ruinosarum fulturam nolentem suscipere, ob damnum ea cessatione contingens ex lege Aquilia reum fieri: etsi viri boni officio conveniret periclitantibus proximi rebus succurrere, si id sine sua posset læsione. Imo ne eum quidem, qui rem dare stipulanti prosit, de nuda negligentia & omissione teneri, responsum est, d. l. 91. ff. de verb. oblig. Ex sane, si pro damno sola omissionis culpa dato, legis Aquilia actio comparata esset, frustranea prorsus ac superflua foret exactio cautionis de damno infecto, quod ex necessariæ futuræ vel refectionis omissionem metuitur, quodque, si accideret, legis Aquilia beneficio reparandum foret: cum tamen Gajus scripserit, non interposita antea damni infecti cautione, nullam de damno dato actionem competere; si vicini ædes ruinosæ in meas ceciderint, l. evenit 6. ff. de damno infecto. Ut proinde corruat argumentatio in contrarium, qua usus est Ant. Matthæus de criminibus lib. 44. t. 5. cap. 6. num. ult. quasi sine lege loquerentur; qui inter omissionis & commissionis culpam hac parte distinguunt, & simpliciter sine distinctione in legem Aquiliam levissima quoque culpa veniret, l. in lege 44. ff. b. t. cum d. lex ex aliarum legum jam adductarum argumentis restrictionem recipere debeat, ut aliis centenis accidit in locis. Neque adversantur exempla Medici bene secantis, sed deinde curationem dereliquentis, fornacarii ad fornacem obdormientis, plaustrarii ex cuius plastro lapis ceciderit, & quid fregerit ruperitve: deliquerunt namque hi omnes suscipiendo officium, ac susceptum non adimplendo. Liberum erat ipsis artem operamve suam altari non addicere: at addictam implere necesse erat: in quo dum cessant, (derelinquendo curationem, ignem non extinguendo, vel non muniendo ne evagetur dum obdormirent, lapides in plastro male componentæ ut labi possent) suscipiendo æque ac non adimplendo peccasse intelliguntur, l. idem juris 8. l. si servus servum 27. §. si fornacarius 9. et §. si ex plastro 33. ff. b. t.

4. Triâ quondam hujus legis capita fuisse, patet ex Institutionibus b. t. et l. 2. l. si servus 27. §. 4. §. ff. b. t. Primo cautum, ut qui alienum hominem alienamve quadrupedem, quæ pecudum numero est, (de quibus vide §. 1. Inst. b. t. l. 2. §. ult. ff. b. t.) injuria occideret, quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantum domino dare damnetur, pr. Inst. b. t. l. 2. ff. b. t. anno non ex tempore vulnerationis, retro computando, licet de eo dissensus fuerit, l. ais

§. 21. *§. annus 1. l. ita vulneratus 51. §. assimatio 2. ff. b. t.* Unde si quis servum alterius claudum, mancum, luscum, aliterve facto alieno vel casu mutilatum, depretiatumve necaverit, ad integri tamen servi æstimationem damnandus foret, si modo is eo anno integer aut pretiosior fuerit; etsi alter, qui prior læserat, mutilationis istius æstimationem jam domino solvisset, *§. bis autem verbis 9. Inst. b. t. l. inde 23. §. idem Julianus 3. 5. 6. ff. b. t.* Si quis servum sibi cum alio communem occidat, pro ea parte teneatur, pro qua dominus non est, *l. sed si communem 19. l. 20. argument. l. si servus servorum 27. §. item si servus 2. ff. b. t.*

5. Altero capite, (quod in desuetudinem abisse dicitur, *§. caput 12. Inst. b. t. l. 27. §. hujus legis 4. ff. b. t.*) de moribus servi corruptis actum fuisse probabile est; sic ut primum quidem caput de toto servo premitto, secundum de parte ejus nobiliore, puta, animo corrupto, tertium autem de parte minus nobili, corpore scilicet læso, methodo quadam non inconcinna conceptum fuerit: tum quia credendum non est, Romanos, qui sua & aliarum gentium experientia edocti erant, quantum publice privatimque damnosi essent corrupti servorum mores, nulla lege vel pœna coercuisse corruptentium malitiam, neque tamen legis ullius alterius hac de re commemorationem habet antiquitas: tum quia caput secundum non abrogatum, sed desuetudine innumbratum fuit; id vero contigisse ex eo merito conjeceris, quod introductum postea edicto prætorio actionem de servo corrupto, etiam contra non inficientes in duplum comparatam, movere cives Romani maluerunt, quam eam, quæ ex capite secundo legis Aquiliæ descendebat, & non nisi in inficientes in duplum dabatur, naturali ratione ducere, pinguiora sterilioribus remedia præponentes, eo fere modo, quo & Ulpianus dixit, actionem de positis & suspensis non dari in eum, qui habitavit, si id, quod positum erat, decidit et nocuerit, quasi hac actio non sufficiat; quam tamen volenti accommodari & utilem quandoque esse posse, dicam, *l. reqq. nam. 6.* Juvatque hanc opinionem Ulpianus locus in *l. doli 5. §. hac actio 2. ff. de servo corrupto*, dum ait: hac actio, (de servo corrupto) etiam adversus fustentem in duplum est, quavis Aquilia inficiantem duntaxat coerceat, ubi minus apposite Aquiliæ mentio esset, nisi & Aquilia lege de corruptis servorum moribus fuisset tractatum. Juvat & *l. dolo malo 3. §. 1. junct. l. 4. ff. de servo corrupto*; cum enim in *l. 3. §. 1.* quæreretur, an actio servi corrupti danda foret, si quis servo suasisset, ut testum ascenderet, isque parens ascenderit, ac decidens crus fregit, Ulpianus ait teneri suasorem, si dolo id fecerit, non item si culpa; Paulus ex adverso in *d. l. 4.* subiuncta statuit, *utilis lege Aquilia commodius eum teneri*; nempe, non ex tertio capite, quasi corpus læsum esset, sed magis ex capite secundo, eo quod casus d. legis tertiæ non potuit videri propositus, tanquam respiciens corporis læsionem, sed magis, ut animi corruptionem concernens. Nat. enim Ulpianus actionem de servo corrupto, quam non ad corporis mutilationem, sed tantum ad animi morumque deteriorationem pertinere certum est, *l. 1. §. persuadere et reqq. l. 2. ff. de servo corrupto*. Constat vero animi corruptio, in specie d. legis tertiæ

in eo, quod temere sese servus instigatu alieno in periculum conjecerit, testum consensendo, & ita temeritate sua domino damnum intulerit: nam & temeritas æque vitium est animi, quo servus minoris fit pretii, atque procacia, levitas, pigritia, protervia, furandi, fugiendi aliterve delinquendi propositum, *d. l. 1. §. 3. 4. 5. l. 2. ff. de servo corrupto l. 1. §. ult. l. 2. 3. ff. de adilit. edicto*. Quod autem Paulus dixit, *utilis Aquilia lege commodius teneri*, id inde est, quia, licet actio de servo corrupto pinguior in eo sit, quod & citra inficiationem in duplum detur, tamen actio ex capite secundo legis Aquiliæ, in simplum concepta, utilior in eo fuit, quod non ob dolum tantum, sed & ob levem levissimamque culpam competeret. Cum ergo Ulpianus in *d. l. 3. §. 1.* inter dolum & culpam distinxisset, ac dolo posito actionem de servo corrupto concederet, non item culpa sola posita; & uti vulgo, ita quoque in illa facti specie, non ita facilis esset animi dolosi probatio; Paulus merito in subiecta lege quarta monuit, *commodius lege Aquilia utili dominum experiri pro ista animi servilis corruptione*. Nec dubito, quin Ulpianus, & cum eo Tribonianus, in *l. 27. §. 4. ff. b. t. & d. §. 12. Instit. b. t.* asserentes, caput secundum legis Aquiliæ in desuetudinem abisse, id tantum voluerint, caput illud non abrogatum, sed minus frequentatum fuisse ob pinguiorum in duplum de servo corrupto actionem, secundum ante dicta: non tamen ita, quin, si quis vellet, si sibi crederet expedire, ex eo etiamnum agere posset; uti id eveniebat, cum morum servilium corruptio non a dolo alterius (quod in actione de servo corrupto omnino requirebatur) sed a sola culpa profuiebat. Nisi enim eo casu legis Aquiliæ actionem ex capite secundo etiamnum superesse statuas, eo deveniendum necessarium fuerit, ut existimes, Romanos magis corporis quam animi integritati in servis filiisfamilias incubuisse, imo extra omnem legis pœnam reliquisse omnem, quæ non dolo sed culpa evenisset, morum in servis ac filiisfamilias corruptionem. Nec est quod quis existimet, ad caput tertium legis Aquiliæ pertinere illam facti speciem, quam Ulpianus & Paulus tractant in dicta *l. 3. §. 1. et l. 4.* si conferas *§. ult. Inst. b. t.* ideoque Paulum in *d. l. 4.* non directam sed utilem dare ex lege Aquiliæ actionem, quemadmodum utilis datur in *d. §. ult. Inst. b. t.* cum tamen non utilis, sed directæ danda fuisset, si in capite secundo fuisset ex professo de moribus servi corrupti tractatum. Considerandum enim, si sola animi corruptio fuerit, præter quam & actio de servo corrupto inducitur, neque tamen ea ad corporis servilis læsionem pertingat, tantum ex capite secundo legis Aquiliæ actione directæ agendum fuisse, tanquam ex verbis legis: at si animi corruptio etiam corporis læsionem post se traxerit, dum ille, cui persuadebatur, ut temeritate nimia testum ascenderet, decidens, crus aut cervicem confregit, nihilominus actionem quidem directam ex capite secundo potuisse intentari, velut ob corruptos servi mores; sed tamen & utili actione ex capite tertio potuisse agi, tanquam ob dampnum, non corpore, sed suasionem non bonam, in corpus datum; eo fere modo, quo ob solius animi vitium in servo vendito non rehibitoria data, sed ex cuncto actio sufficere

visa fuit; & tamen, ubi illud animi vitium etiam ad corpus pertingebat, et corporis oberat ministerio, redhibitoria emptori ex adilitio edicto experiri concessum fuit, arg. l. ob qua vitia 4. §. 1. 2. 3. ff. de adilit. edict. nec tamen ideo minus actione emptio, arbitrio & electione emptoris, l. sciendum 19. §. dicitur 2. ff. de adilit. edict. l. ex emptio 11. §. redhibicionem 5. ff. de act. empti. De cetero verum non est, Paulum in d. l. 4. ff. de servo corrupto utilem ex lege Aquilia actionem dare: non enim ait, utili actione Aquilia; sed utili lege Aquilia teneri suasorem; id est, teneri ad lege Aquilia, quæ in casu illic proposito utilis adhuc erat, & utilis, quam ipsa actio de servo corrupto, quam Ulpianus dandam censuerat; idque, quia secundum superius dicta, æque ob culpam ac ob dolum ex lege Aquilia agi poterat, dum servi corrupti actio dolum requirit. Neque hæc de capitis secundi sententia disseruisse piget, cum illud ita explanatum sua etiam nunc non careat utilitate, si exemplo actionis de servo corrupto, quin & ejus, quæ ex primo ac tertio hujus legis capite data est, ad corruptos filitorumfamilias, monachorum, subjectorum, vassallorum, similiumque mores cum jurisconsultis & interpretibus porrigatur.

6. Tertio capite de homine vel pecude vulneratis, animalibus ceteris vulneratis aut occisis, & omni cetero damno injuria dato agitur, ut teneatur lædens, quanti res fuerit plurimi mense seu triginta diebus retro computatis, §. capite 13. & seqq. Inst. b. r. l. si servus servum 28. §. tertio autem 5. & seqq. ff. b. r. æstimatione utrobique tum in tertio capite faciendi secundum communem hominum opinionem, non item juxta peculiarem actoris affectionem, l. si servum meum 33. ff. b. r. Supra quam æstimationem præterea utroque ex capite ad id quod interest condemnatio fit; si modo certum illud sit damni illati intuitu lucrive cessantis, l. si servum meum 33. in fine pr. ff. b. r. veluti si servum tuum, quem sub pœna tradendum promiseras, aut sub cuius manumittendi conditione fueras heres scriptus, quive ipse erat ab aliquo institutus, ante quis occiderit, quam is a te traditus aut manumissus fuerit, aut jussu tuo adierit hereditatem: nam hereditatis quoque amissæ & pœnæ commissæ rationem esse habendam constat. Et si ex pari mularum unam, vel ex quadrigis equorum unum, vel ex gemellis, aut symphoniacis, aut comædis unum quis occiderit, extra perempti corporis æstimationem, ex legis præscripto faciendam, id etiam computatur, quanti deprectiati sunt, qui superavit, §. illud 10. Insti. b. r. l. ait lex 21. §. ult. l. 22. 23. pr. & ff. idem Julianus 5. ff. b. r. Nec minus operarum servi vel animalis mutilati, quibus dominus caruit, æstimatio videtur hac in lege spectanda, arg. l. ult. ff. de his, qui offund. vel deject. l. ex hac lege 5. ff. si quadrupes pauper feriat dic. Adhæc, quæ interfuert, fraudes servi commissas detegi, si servus, qui magnas fraudes in rationibus alicujus commiserat, & quæstionibus subjiciendus erat, ut fraudis participes eruerentur, ante quæstiones habitas occisus sit, l. inde Neratius 23. §. sed & si servus 4. ff. b. r. & in summa, omnia veniunt commoda, quæ intra annum aut mensem retro computandum rem læsam aut perentiam fecerant pretiosiores, d. l. 23. §. in summa 6. ff. b. r. Plane, si interesse incertum sit, nul-

la ejus-habenda ratio; quo fundamento is, qui res aliena confregit, ad æstimationem piscium, qui capi forte potuissent, non tenetur; idemque in venatoribus & aucupibus probatum fuit, l. quemadmodum 29. §. item Labeo 3. ff. b. r. arg. l. si sterilis 21. §. cum per venditorem 3. ff. de action. empti, D. Noodt libro de lege Aquilia cap. ult. in fine. Denique ex inficiatione, hanc ex lege Aquilia litem in duplum crescere, loco non uno adnotatum, l. 2. §. 1. ff. b. r. l. doli verbum 5. §. hac actio 2. ff. de servo corrupto, §. ult. Insti. de oblig. qua quasi ex contractu, l. inde Neratius 23. §. pen. ff. b. r. §. sed furti quidem 26. Insti. de action. l. contra negantem 4. C. b. r. nisi ante litem contestatam ab inficiatione desistat, qui læsit (aut etiam post litem contestatam, si minor sit & ætatis auxilio juvetur), arg. l. electio 26. §. neque heredi 5. ff. de noxal. action. junct. l. si ex causa 9. §. nunc videndum 2. ff. de minor. viginti quinque annis, aut non ordinarij convincatur probationibus, sed ex præstito per actorem jurejurando succumbat, l. eum, qui juravit 30. ff. de jurejurando.

7. Quod si quis primitus egerit ex capite tertio de homine vulnerato, eo deinceps ex vulnere defuncto, non prohibetur iterum ex primo legis ejusdem capite de occiso contendere: ita tamen, ut ex utroque judicio nihil amplius consequatur, quam consequi deberet, si initio de homine occiso egisset, l. si vulnerato 46. l. 47. ff. b. r. Hæc ita, si ex uno eodemque facto bis agatur: nam si servum meum alio tempore Titius mutilaverit, alio deinde intra annum occiderit, in posteriorem ex capite primo condemnationem haud foret imputandum id, quod ante mihi ex capite tertio agenti adjudicatum fuit: duo enim delicta sunt, l. illud quæritur est 32. §. 1. ff. b. r.

8. Si plures simul damnum dederint, adversus singulos hæc æstimationis & ejus quod interest persecutio in solidum concessa est, sic ut unus præstatione ceteri non liberentur, cum sui quisque, non alieni delicti pœnam solvat; sive constet æqualiter omnes occidisse, dum simul trabem dejecerunt hominemque oppresserunt, sive alter tenuerit occidendum, alter interemit; sive plures percusserint in rixa forte, nec appareat cujus istu læsio aut cædes facta sit, l. item Mela 11. §. 1. 2. 4. l. iia vulneratur 51. §. 1. & §. ult. in fine ff. b. r. Sic ut & summo jure dominus, cujus familia damnum dedit, singulorum servorum nomine in solidum teneatur, l. si familia 9. ff. de juridict. quamvis ex bono & æquo domino succursum sit, & id, quod in furto familia receptum est, etiam ad damnum legis Aquiliæ porrectum, ut scilicet non singulorum sed omnium nomine, velut ex uno hominis liberi facto teneatur, l. illud quæritur est 32. pr. ff. b. r. Nec dictis contrarium est, quod in actione quod metus causa plures quidem metu rem extorquentes, in solidum singuli tenentur, sed unus solius solutio ceteris prodest ad liberationem, l. item si cum 14. §. ult. l. 16. 17. ff. quod metus causa, quodque propter dejectionem ex plurium cenaculo pro indiviso habitato, singuli quidem in solidum de dejectis & effusis conveniri possunt, sed uno solvente etiam adversus ceteros ista actio perimitur, l. 1. §. ult. & ff. de his, qui deject. vel effund. unde videri posset

idem in damno per plures dato statendum esse. Istenim diversitatis ea ratio est, quod actio quod metus causa initio inspecto secundum propriam naturam suam rei persecutoria est, non ex solo metu, sed demum ex contumacia subsequente, in quadruplum crescens, §. *item actio de eo 27. Inst. de action.* ut proinde metum passus rem habens ex restitutione per unum facta, non ultra queat adversus ceteros hanc rei persecutoriam quod metus causa actionem movere; cum ex adverso creditum fuerit, legis Aquiliae iudicium penale esse, §. *his autem verbis 9. Inst. d. 1. & ex principiis juris certum sit*, rei quidem persecutionem non nisi semel fieri posse; poenae vero petitionem sapius contra diversos dari delinquentes, ut sui quisque delicti meritum subeat coercionem, D. Noodt libro ad leg. Aquil. cap. 10. in med. Et quod attinet de dejectis & effusis actionem in duplum mixtam poenalem, uno inhabitantium illic solvente reliqui liberantur, non tam ex eo, quod unum tantum culpator factum (nam & in plurium rixa cum servus laesus est aut perit uno vulnere lethali, cuius auctor certus non apparet, & cum plures trabem dejecerunt, unde homo occisus est, unum tantum factum arguitur, arg. l. *ita vulneratus 51. in fine ff. b. 1.*), quam potius, quod non adeo rigide cum illis agendum fuerit, qui principaliter ex alieno vero delicto, & ex suo tantum quasi delicto, obligabantur, quod est in dejectis & effusis, atque quidem cum iis, qui ex vero delicto proprio conveniuntur; uti id fit in legis Aquiliae actione.

9. Quod si unus servum lethaliter vulneraverit, aliter deinde ex intervallo alio vulnere eundem occiderit, siquidem vulnus a priore inflictum tale fuerit, ut certo certius inde servus periturus fuisset, utrumque ex legis Aquiliae capite primo de occiso teneri, Julianus ait l. *ita vulneratus 51. pr. & §. 2. ff. b. 1. de casu enim*, quod certum erat, vulneratum ex vulnere priore moriturum fuisse, Julianum in d. l. tractare, non facile inficias iverit, quisquis modo consideraverit, questionem ibidem secundum prima legis verba, de eo conceptam esse, *qui ita vulneratus erat, ut eo ictu certo esset moriturus*, decisionem itidem mentionem habere ejus, *cui cum mortiferum vulnus prior inflixisset, posterior ex intervallo ita percussit, ut maturius interficeretur, quam ex priore vulnere moriturus fuerat*: denique Julianum ita argumentatum fuisse, ut contenderet, lege Aquilia non solum teneri, qui ita vulnerasset, ut confestim vita privarent, *sed etiam hos quorum ex vulnere certum esset aliquem vix excessurum*. Contra vero si prior ita lethaliter vulneraverit, ut probabiliter quidem, at non certo certius vulneratus inde moriturus fuisset, aliusque deinde eundem vulnere novo examinaverit, aut ruina naufragiumve suppresserit, priorem non quasi occiderit, sed quasi vulneraverit, teneri, Ulpiano placuit, ac ipsi Juliano, l. *item Mala 11. §. Celus scribit 3. l. huius scriptura 15. §. 1. ff. b. 1.* Quod enim de vulnere non certo certius lethali Ulpianus ex Juliani mente in d. l. 15. §. 1. disseruerit, ex decisionis ratione manifestum est, quod nempe superveniens ruina passus non sit apparere, ex vulnere priore occisus sit; quae de vulnere certo certius mortifero, adeoque certissimam mortis sequelam habituro, inutiliter dicta forent.

Nec est, quod nobis regetur, tunc, cum certo certius ex vulnere priore mors imminabat, alio superveniente ac occidente, apparere certum cadis auctorem, puta, posteriorem; ac proinde priorem non tam occidisse videri, quam vulnerasse. Aliter enim procul dubio existimaverit, qui respiciat illud Juliani, dicentis, *verum esse, servum a se occisum esse tunc, cum vulnerabas, d. l. 15. §. 1. ff. b. 1. & penitus expendet, in legis Aquiliae primo capite non tam mortem aut mortis tempus, quam potius vulnus ipsum lethale vulnereque infligi tempus fuisse spectatum, sic ut non a mortis sed vulnerationis tempore annus fuerit retro computandus; quasi jam tum, cum vulnerabatur servus, peremptus fuisset, l. *annus 21. §. 1. l. ita vulneratus 51. §. 2. ff. b. 1.* Quod autem in d. l. 15. §. 1. post verba, *cum a se occisum esse tunc, cum vulnerabas*, subiungitur, *id mortuo demum eo apparuisse*, non alia de causa factum videri potest, quam quia vulnus, de quo illic agebatur, tale erat, ut certum non esset, servum ex eo moriturum. Mortuo ergo demum servo apparuit, eum illo ex vulnere occubuisse: eodem autem postmodum ruina oppresso, verum erat, supervenientem ruinam passam non esse apparere, an priore ex ictu occisus esset; & quia in dubio poenae interpretatione mollienda potius quam exasperanda erant, l. *pen. ff. de penis*, inclinandum magis fuit in id, ut prior de vulnerato potius, quam de occiso teneretur. Et, quae quaso aequitas, quae sana juris ratio patiatur, ut, qui suo facto, sua certo certius lethali vulneratione, jam se nocentem, & capiti primo legis Aquiliae obnoxium reddiderat, quippe jam tum occidens, cum vulnerabat, ob mortem indubie inde secuturam, alieno deinceps crimine superveniente nocens esse desineret, aut saltem inciperet minus nocens esse, et in minus obligatus, atque adeo flagitio alieno sublevaretur? aut quae, obsecro, iustitiae aequalitas erit, si ex lege Aquiliae sapius hominis interemti actionem peti iura permittant, ubi servo unum tantum vulnus lethale in rixa plurium incerto auctore inflictum apparet, d. l. 51. §. 1. d. l. 11. §. 2. ff. b. 1. contra vero unum tantum de occiso teneri vellent, ubi duo duorum percussorum haud ignotorum vulnera conspicua sunt certo certius mortifera, temporibus diversis eidem illata? Aliud sane suadet Icti assertio; cum enim constaret, morte rei contingere abolitionem, & accusatorem tunc posse impune desistere, observatum a Macro fuit, *si postea, quam accusator destitit, reus decesserit, non ideo magis delictum accusatoris relevari*, adeoque mortem supervenientem, sive casu, sive facto alieno, nec in totum nec pro parte excusare eum, qui ante mortem istius tertii jam coeperat nocens esse, l. *in renatus. 15. §. ceterum 4. ff. ad SC. Turpill.* Ut proinde distinctioni superiori etiamnum inherere malim, quam Julianum fingere sibi contrarium, & opinionis in l. 51. proposita, iuxta sane atque rationabilis, poenitentem, cuius tamen poenitentiae nullum vel ex Juliani confessione, vel ex Ulpiani et reliquorum adnotationibus vestigium occurrit.*

10. Actio pro damni dati coercionem ex lege Aquilia duplex est, directa alia, alia utilis. Directa domino datur, etiamsi dominium ab eo potius recessurum sit; quae ratione debitor aut venditor rei re-

Et experitur, si creditor ante moram, vel extraneus rem corripuit promissam venditamve, *l. legis Aquilia 54. ff. b. t. §. quum autem 3. in fin. Inst. de emi. vendit.* usque adeo, ut, si semel competere coeperit, duratura sit, etiamsi res, cui nocitum, postea alienata vel extincta fuerit, *l. quatenus 56. ff. de obligat. & action. l. sin autem 27. §. si homo 2. ff. de rei vindicat.* Neque tamen domino directa semper datur, sed tum demum, cum corpore & in corpus damnum datum est. Utilis ipsi quoque domino accommodata, quoties non corpore sed tantum in corpus damnum fuit, *§. ult. Instit. b. t.* quo respectu multum interesse dicitur, occidat quis, an mortis causam præbeat; in quantum scilicet occidens directa, mortis causam præbens utili seu in factum civili actione conveniendus est, *l. qua actione 7. §. Celsus 6. ff. b. t.* Quamvis in lege Cornelia de sicariis inter hæc duo nihil intersit, dum uterque, sive occiderit, sive mortis causam præbuerit, ex lege Cornelia pro homicida habetur, & ultore gladio poenam subit, *l. nihil interest 15. ff. ad leg. Cornel. de sicariis.* Sed & aliis, qui domini non sunt, utilis competit, sive tunc corpore & in corpus damnum datum sit, sive non corpore, sed in corpus; veluti usufructuario & uuario, sive dominus proprietatis sive extraneus intulerit rei fructuarie læsionem, *l. item Melio 11. §. ult. l. 12. ff. b. t. l. locum autem 17. §. ult. ff. de usufructu & quemadmodum quis utatur 1. & eleganter 7. §. si servum 4. l. arbitrio 18. §. si dominus 2. ff. de dolo.* Bonæ fidei possessori, quippe cui tantum bona fides præstare solet, quantum veritas, ubi lex impedimento non est, *l. item Melio 11. §. sed, si servus 8. l. si dominus 17. ff. b. t. junct. l. bona fides 136. ff. de reg. jur. creditor hypothecario ob damnum in pignore datum, ut saltem usque ad modum debiti consequatur, in debitum impuraturus, quæ ita impetrabit; in reliquam debitori directa actione relicta l. si dominus 17. l. qui occidit 30. §. pignori 1. ff. b. t. l. servum 27. ff. de pign. & hyp.* Non tamen commodatario, neque fulloni, similibusque, qui servandum aliquid conduxerunt, aut acceperunt utendum, si forte vestes ipsis commodatæ, aut ad poliendum datæ, per alium scissæ sint. Cum enim factum tertii iniquum casui magis fortuito, quam culpæ adnumerari debeat, quantum ad commodatarium fullonemve attinet, dum nulla plerumque cura aut diligentia consequi possumus, ne alius damnum nobis injuria det; casum autem fortuitum neque fulloni neque commodatarius præstare teatur; consequens fuit, hæc genus eorum haud interesse, ac proinde nec ad ipsos, sed magis ad dominum, hanc legis Aquiliæ actionem spectare, *l. item Melio 11. §. pen. ff. b. t. l. ad eos 19. ff. commodat. l. sed de damno 41. ff. locati.* Plane, si quæ fullonis aut commodatarii in rebus asservandis negligentia appareat, propter quam actione commodati vel locati eos conveniri placuit, juxta *d. l. 41. vix dubitandum fuerit, quin ad exemplum modumque actionis furti, utilis quoque legis Aquiliæ ipsis tribuenda sit; cum eatenus intersit eorum, rem salvam esse, arg. §. item si fullo 15. & 16. Instit. de obligat. que ex delicto.* Quo etiam solo fundamento utrique, tum fulloni, tum commodatario, actionem de pauperis a Paulo in *l. 2. ff. si quæd. paup. fec. dicatur, concessam*

Voet ad Pandect. Tom. II.

puto: ait enim, eos ista posse experiri actione, quia ipsorum interest, interesse autem, quia eo ipso quo tenentur, (puta domino) damnum videntur pati. Ut proinde illis in casibus, quibus culpa caret ac domino non tenentur, etiam non magis de pauperie quam ex lege Aquiliæ actionem habituri sint. Sed quia hodie actiones ex delictis, quatenus privato dantur, non poenales, sed rei persecutoriz sunt, magis placuit, hanc actionem commodatario etiam tunc dari, cum ipse culpa omni in re asservanda caruit, ad id ut consequatur quanti sua interest usum ante tempus, commodato appositum, non esse interversum aut impeditum. Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Hell. lib. 3. cap. 37. num. 10. & seqq.* uti & illis, qui servorum aut ancillarum operas habuerunt conductas, quatenus ipsorum interest, ministeriis haud caruisse, Grotius *d. lib. 3. cap. 34. n. 8.*

11. Adhæc utilis homini libero vulnerato actio indulta fuit, ad id quod interest, non directa, cum nemo membrorum suorum dominus sit, *l. liber homo 13. ff. b. t.* Etsi enim alibi ab Ulpiano scriptum sit, licere omnibus, atque ipsis etiam servis, naturaliter in suum corpus cavere, *l. sed si damnum 9. §. si ipse servus 7. ff. de peculio,* non tamen inde cuiusque in sua membra dominium probatur; cum vel natura illic ea intelligenda sit, cujus & Senatusconsultum Macedonianum meminit, quæ sceleris causas Macedoni foeneratori improbo dicebatur administrare, *l. 1. ff. ad enatit. Macedon.* vel Ulpianus ex mente Stoicorum loquatur, qui licitum putabant sibi mortem consciscere, si vitam sibi servitutem & supplicium, mortem vero solatium et libertatem fore crederent, sic ut nec potestas dominica hanc posset servis impedire viam sese in libertatem vindicandi. „Non est molestum servire, ait Senatusconsultum *de consolat. ad Marcianum cap. 20.* ubi si domini partem est, licet uno gradu ad libertatem transire, contra injurias vitæ beneficium mortis habeo. *Et libr. 3. de ira cap. 15.* Quid gemis demens, quid expectas, ut te aut hostis aliquis per exitium gentis tuæ vindicet, aut rex a longinquo potens advolet? quocunque respexeris, ibi malorum finis est, vides illum præcipitem locum? illac ad libertatem descenditur: vides illud mare, illud flumen, illum puteum? libertas illic in imo sedet. Vides illam arborem, brevem, retorridam, infelicem? pendet inde libertas: vides jugulum tuum, guttur tuum, cor tuum? effugia servitutis sunt, nimis tibi operosus exitus monstro, & multum animi ac roboris exigentes; quæris, quod sit ad libertatem iter? quælibet in corpore tuo vena“. Adeo autem pro homine libero vulnerato actio datur, ut non modo impendiorum in curationem, & operarum, quibus læsus caruit & in posterum cariturus est, sed & cicatricis & doloris atque deformitatis æstimatio moribus præstanda veniat, si per læsum læsamve petita sit; etsi jure Romano horum ratio habita non fuerit, dum corpus liberum proprie nullam recipit æstimationem, arg. *l. ult. ff. de bis, qui effud. vel dejec. l. ex hac lege 3. ff. si quadrup. paup. fec. dicatur.* Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Hell. lib. 3. cap. 34. num. 5. ult. Ant. Mattheus de crim. lib. 47. tit. 3. cap. 3. num. 4. Groenewegen ad d. l. ult. ff. de bis qui dejec. vel effud. Parens p. man.*

Paulus Voet ad §. 1. *Instit. de oblig. ex quasi delictis*. num. 2. Si filiusfamilias vulneratus sit, non filio sed patri utilem actionem dari placuit, ad impendia in medicos facta, & operarum estimationem, *l. item queritur* 13. §. *item Julianus* 4. ff. *locati*, *l. sed & si* 5. §. *ult. l. 6. l. 7. ff. b. t. cum duobus* 52. §. *socium* 16. ff. *pro socio*, quod & in filiis annis viginti quinque minoribus hodie receptum est. Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib. 3. cap. 34. num. 7.* Sed &, si occisum injuria proponas, utili actioni, patri dandæ, locum fore, colligi potest arg. *l. qua actione* 7. §. *si quis* 4. ff. *b. t. collatio legum Mosaic. & Roman. tit. 1. quod plenius docet D. Noodt tract. de lege Aquilia cap. 2. vers. quicquid tamen*. Nec dubium, quin ex usu hodierno latius illa agendi potestas extensa sit: in quantum ob hominem liberum culpa occisum uxori & liberis actio datur in id, quod religioni judicantis æquum videbitur, habita ratione victus, quem occisus uxori liberisque suis aut aliis propinquis ex operis potuisset ac solitus esset subministrare, Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib. 3. cap. 33. num. 4. 5. 6. Gomezius resolut. tom. 3. cap. 3. num. 37. Besoldus delib. jur. ad Pand. b. t. quest. 2. Cravetta part. 1. concl. 119. n. 6. Ant. Matthæus de crimin. lib. 48. tit. 5. cap. 7. n. 11. & 12. Paulus Voet ad d. §. 1. Instit. de oblig. ex quasi delictis. n. 2. in pr. Berlichius conclus. part. 4. conclus. 18. n. 21. & seqq.* Qua in re concurrat si forte uxor, parentes, liberi, alter alteri præferendus non est; sed magis unicuique in id, quanti sua interesse docet, actio danda; tum quia singuli non de poena, sed damno sibi illato reparando contendunt; tum quia hæc actio uxori, liberis similibusque non qua occisi heredibus adeoque jure hereditario, sed qua læsis ex facto occidentis datur; sic ut & illis accommodanda veniat, qui defuncto heredes esse ab intestato non potuerunt, vel occisi hereditatem, utpote suspectam, noluerunt adire, arg. *l. si vero plures* 5. §. *hec autem actio* 5. ff. *de his, qui effud. vel dejec.* D. Joh. a Somenen de jure novæcar. cap. 15. num. 7. Groenewegen ad §. 1. *Instit. de oblig. ex quasi ex delicto*, Besoldus *delib. juris ad Pand. b. t. quest. 2. Confer Castillo Sotomayor de usufr. cap. 49.*

12. Competunt vero hæc actiones directæ vel utiles adversus eos, qui damnum dederunt; etiam maritum aut uxorem, cum non infamant, *l. pen. ff. b. t. & illos, qui, cum prohibere potuissent ac debuissent damni illationem, illud inferri passi sunt, l. in lege Aquilia* 44. §. *l. 1. l. 45. ff. b. t. quive opem rulerunt facientibus, aut fieri jusserunt, l. liber homo* 37. ff. *b. t. vel sese damnum dedisse confessi sunt, si de damno dato constet, sed auctor hæcenus incertus fuerit; adeo ut adversus emissam confessionem deum ad inficias ire volens, audiendus non sit, nisi ipse docuerit confessionis errorem ac falsitatem, l. inde Neratius* 23. §. *ult. l. 24. 25. ff. b. t. In heredes lædentes Aquilia agi displicuit, quia creditum fuit poenales hujus legis actiones esse, nisi lis cum defuncto contestata fuerit, vel aliquid ex dolo ejus ad heredes pervenerit, §. *hi autem verbis* 9. *Instit. b. t. l. inde Neratius* 23. §. *banc actionem* 8. ff. *b. t. Ceterum ex quo nostris ac aliorum moribus obtinuit, non poenalem amplius, sed rei persequutoriam esse, etiam post inficiationem, hanc le-**

gis Aquiliz actionem, exemplo ceterarum ex delictis descendentium ac læsis accommodatarum, sic ut solam damni vere illati & ejus quod interest estimationem actor consequatur, Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib. 3. cap. 32. num. 17. 18. Ant. Matthæus de crimin. lib. 47. tit. 3. cap. 3. num. 4. Groenewegen ad §. ult. Instit. b. t. & ad l. 20. §. 4. ff. de petit. hered. Paulus Voet ad d. §. ult. Instit. b. t. num. ult. consequens fuit, heredes quoque ad integri damni reparationem hodie obligatos esse, licet neque lis cum defuncto contestata fuerit, neque quicquam ex dolo culpave defuncti ad eos pervenerit, nec bona defuncti solvendo sint, nisi heres delinquentis impetrato inventarii beneficio adierit hereditatem, quippe quo casu non magis læsis, quam aliis quibuscumque defuncti creditoribus, ultra vires hereditarias obligatus foret, Grotius *Manud. ad jurisprud. Holl. d. lib. 3. cap. 32. num. 22. 23. Groenewegen ad l. unic. C. ex delictis defuncti. in quantum hered. teneantur in fine. Leeuwen cens. forens. part. 1. lib. 3. cap. 1. num. 2. Sed & ubi plures læserunt, uno damna in solidum reparante, reliquos læso non ultra nunc teneri, verius est, utpote qui dolo faceret, indemnitate iterato petens, quam jam ab alio per actionem rei persecutoriam adeptus erat, Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holland. lib. 3. cap. 34. num. 12. Interim præter damni reparationem, læsis præstandam, insuper vulnerantibus atque aliter lædentibus multæ variz singulorum prope locorum statutis inveniuntur impositæ, de quibus Leeuwen censur. forens. part. 1. lib. 5. cap. 21. Ad de Placita Ordin. Gener. 6. Sept. 1661. in vol. 2. placuit Holland. pag. 2669. & 25. Novemb. anni 1662, vol. 3. pag. 599. Placita Ordin. Zelandiæ 27. Novembr. 1654. d. vol. 2. pag. 2407. circa quas multas ambigendum haud videtur, quin delinquentium morte evanescat earum exactio; & ex adverso in casu plurium simul lædentium ita unusquisque etiamnum hodie in solidum multandus veniat, ut unius præstatione ceteri non liberentur. Sande decr. Frisic. lib. 5. tit. 9. definit. 5. Berlichius conclus. pract. part. 4. conclus. 11. n. 19. & seqq.***

13. Quamvis autem vulgo in delictis affectus maleficia distinguere soleat, §. *placuit* 7. & §. *pen. Instit. de obligat. qua ex delicto*, ac secundum illud Senecæ libr. de ira, idem delictum in duobus non eodem modo afficiat, si alter per negligentiam admisit, aliter curavit ut nocens esset. Hæc tamen in lege par doli & culpæ, etiam levissimæ, omnisque imprudentiæ, imperitiæ, infirmitatis ratio est, eademque coercitio, §. *ac ne* 3. & seqq. *Instit. b. t. l. in lege Aquilia* 44. & passim ff. *b. t. eo modo, quo & in contractibus doli & culpæ præstationem recipiuntur id receptum est, dum nihil interest, dolo an culpa læsio interceserit, ad eum effectum, ut damnum reparatur: nam etsi Romanis placuerit, poenalem aliquo modo esse legis hujus actionem, eam tamen magis ad indemnitatem, quam ad ultionem pertinuisse, Ulpianus docet, l. item apud Labonem* 15. §. *si quis servò* 46. ff. *de injuriis*.

14. Sed quo magis hæc damni injuria dati materia illustretur, operæ pretium fuerit, præcipuas tum ex legibus tum ex moribus enumerare factorum species, quibus damnum culpa datum creditur; quibusque ex adverso, tanquam jure vel casu datum, extra

legis poenam est. Sunt autem (ut ordo quidam in recensendo servetur) qui tenentur, dum in munere versantes, aut alter in re per leges licita, per occasionem ejus dolo vel imprudentia vel imperitia damnum intulerunt. Sunt, contra quos actio datur, quia auxilio, impulsu, hortatu, consiliove eorum lesio facta est. Sunt, qui ex petulantia; sunt denique qui variis aliis factorum culpandarum speciebus nocentes, directis vel utili legis Aquiliæ conveniuntur actione.

15. Ad primam classem merito magistrum retule-  
ris, qui cum modicam discipulos castigandi haberet  
potestatem, sævitia hñia ac puniendi acerbitate  
modum excessit; veluti in specie a Juliano propo-  
sita, qua tutor puero discendi, ingenio, filiofamilias,  
parum bene facienti quod demonstratum erat, for-  
ma calcei cervicem percussit, ut oculus puero per-  
funderetur: neque enim dubium, quin & præcepto-  
ris & alterius cuiuscumque sævitia nimia culpe ac-  
censenda sit, l. *sed & si quemcumque* 5. §. *alt.* l.  
6. 7. ff. b. t. l. *item queritur* 13. §. *item Julianus*  
4. ff. *locati*, arg. l. *si constante* 24. §. *si maritus*  
5. ff. *solutio matrimonii*. l. *locum* 17. §. 1. ff. *de*  
*usufr.* & *quemad. quis utat.* Sed & magistratus,  
qui, licet adversus resistantem violentibus quid fa-  
cere jure licito & jure honoris possint, quod ad  
vindictam majestatis publicæ respiciat, nec ad da-  
mni æstimationem obstricti sint, si servus jussu ipso-  
rum pignori captus sese suspendit, dum juris exe-  
cutio injuriarum habere non intelligitur, tamen ex le-  
ge Aquilia teneri possunt, quoties magistratus sui  
inducia injuriosum quid contra bonos mores fecerint,  
quo alteri nocitum, l. *quemad.* 29. §. *magistr.* 7.  
ff. b. t. l. *eamque cum edili* 13. ff. *de peric. & com-*  
*mod. rei vend.* arg. l. *injuriarum* 13. §. *is qui* 1. l.  
*nec magistr.* 32. l. 33. ff. *de injuriis*, l. *cominot* 3.  
§. 1. ff. *quod metus causa*. Gubernatorem quoque  
navis aut nautas, quorum culpa navis in retia pisco-  
torum aut scapham alterius vel navim impacta, da-  
mnum dedit, dum in potestate eorum erat, ne id accide-  
ret: nam si vel fune rupto, vel tempestatis violentia id  
extra culpam nautarum contigisset, tantum abest, ut A-  
quiliæ locus foret, ut ne tunc quidem, cum vi ventorum  
navis impressa esset in funes anchorarum alterius, &  
nauta funes præcidissent, actionem dari oportere  
respondum sit, si nullo alio modo, quam præcis funi-  
bus, explicare se nauta potuerint, d. l. *quemad.* 29.  
§. 2. 3. 4. ff. b. t. l. *item queritur* 13. §. 1. 2.  
ff. *locati*. Quæ tamen de damno sine culpa navi-  
gantium illato per navigiorum collisionem paulo aliter  
hodiernis legibus nauticis definita sunt; etenim  
si citra culpam navis anchora teneri desinat, ac fla-  
tuare incipiens damnum inferat alteri navigio etiam-  
nem ex anchora stanti, domini navis ita lædenti-  
s & damnum propriam ferre tenentur, & partem di-  
midiam damni navigio ex anchora stanti illati. Idem-  
que est, si navis navigans impressa sit navigio alteri  
ex anchora stanti, ac ei nocuerit: si modo magister  
navis impingentis cum sociis nauticis jurato asserat,  
se culpa carere, nec culpa ab adversario doceatur.  
Sed si navis navigans de die vel de nocte, serena  
vel turbulenta tempestate, itidem sine culpa navi  
alteri naviganti impressa nocuerit, damnum utrique  
illarum navigio æqualiter utrumque ferendum est. Ut  
& damnum commune erit, si sine culpa magisteri

index anchoræ, ex qua stat navis (*den Dobber of*  
*Borje*) amotus sit, & dum alterius indicis resti-  
tuendi occasio nondum fuit, damnum inde navi alteri  
illatum fuerit. Plane in his omnibus probata culpa,  
solum culpe reum ad universi damni reparationem  
condemnari oportet: in culpa autem est, qui ab ini-  
tuo indicem anchoræ jacta non addidit, vel amotum  
casa non mature restituit: quive navigio alteri vado  
hærenti propinquam habens navem propriam ex an-  
chora stantem, ita ut damnum merito metuatur, ne-  
que periculi amovendi causa stationem suam mutare  
vult, utcumque admonitus, neque magistro navis fun-  
do hærentis permittit, ut is navis vado non hæren-  
tis stationem suo suorumque labore mutet. De his  
vide *Placitum nauticum Philippi Regis ult. Octob.*  
*anni 1563. tit. van. Schepen des malikander bescha-*  
*digen art. 1. 2. 3. 4. 5. vol. 1. plac. Holl. pag. 817.*  
*Witbuische Zee recht art. 48. 49. 50. Hug. Gro-*  
*tium manud. ad jurisprad. Holl. libr. 3. c. 38. num.*  
*18. & seqq. Neostadium Cur. supr. decr. 48. 49. Jac.*  
*Coren obserr. 40. Responsa Jurisc. Holl. part. 1.*  
*consil. 108. Vinnium ad Peckium de re nautica ad*  
*l. 5. ff. de lege Rhod. de jactu. Et bellum juridicum,*  
*caso 49. ubi etiam adstruitur, damno per collisionem*  
*navium in mari dato, non modo navis ipsius,*  
*sed & merclum ea vecturam damnum æqualiter ferri*  
*oportere, si culpa desit; sed in fluminibus contin-*  
*gente navium collisione, damnum quidem navium*  
*communitè ferri, sed merces, navi tali vectas, in*  
*totum suis perire dominis, nec gravare dominum*  
*navis sine culpa nauta impingentis. Qua occasione*  
*notandum ulterius, dominos navium in portu ex*  
*anchoris stantium, aut finibus alligatarum & mutas*  
*contritione damnum patientium, actionem ejus damni*  
*nomine intentare non posse, sed quemque suum de-*  
*bere pati damnum, velut casum fortuitum rei suæ*  
*illatum, secundum depositionem per turbam mercato-*  
*rum, quæ est in Paltaco Hollandico par. 2. tit.*  
*1. pag. 36. & seqq. De rebus vero piscatoris, &*  
*reliquo piscationis apparatu scisso, fracto, quid juris*  
*sit hodie, confer placita de halecum piscatione, pro-*  
*hibentis, ne quis clavem navigii sui ita junctum*  
*habeat, ut retia exposita et adhasere queant, neve*  
*aliorum simul piscantium retia finesve præcladat,*  
*placit. Philippi Regis 9. Martii 1560. Ordinum Hol-*  
*land. 19. Aprilis 1567. & 12. Maii. 1629. Vol. 1.*  
*Placit. Holl. pag. 684. & seqq. Nec dubium, quin*  
*ad damni reparationem hodie ex superiore juris Ro-*  
*mani fundamento condemnandi sint, qui inflatis velis*  
*nec satis tempestive demissis, portum ingredientibus,*  
*munitioni vel navibus aliis aut piscatoribus nocue-*  
*runt. Vide decretum Delegatorum Hollandia Ordinum*  
*4. Martii 1643. vol. 1. plac. Hollan. pag. 1264. quive*  
*per aquas piscationis ergo elocatas navigantes, a re-*  
*lictio ac destinato navigationibus spatio sponte defle-*  
*chunt, atque ita in expositum piscationis apparatum*  
*incidentes, damnum dant. Vide decretum anni 1554.*  
*28. Maii vol. 2. placit. Holl. pag. 2071. quive per*  
*loca vadosa navigantes, vadorum peritos assumere*  
*pro more recepto neglexerunt, si vado navis hærens*  
*rimosa facta fuerit, ac merces ea occasione corrupt-*  
*æ, arg. l. item queritur 13. §. si magister 2. ff. lo-*  
*cati, placitum Philippi Regis de re nautica anni 1563. tit.*  
*van Schip-brekinge art. 1. & 9. vol. 1. pl. Holl. pag. 814.*  
*& 816. Responsa Jurisc. Hal. part. 1. consil. 310.*



16. Quibus autem casibus damnum reparandum est, solummodo illud spectatur, quod in continenti illatum fuit, non quod postea ex nova causa, licet prioris occasione supervenit: qua ratione, cum navis impressione navigii alterius sic exarmata esset, ut classem reliquam sequi non posset, atque inde a piratis hostibusve interciperetur, damnum quidem armamentorum navis dejectorum, at non illud quod piratarum interceptione datum fuerat, sarcindendum esse, a suprema Curia judicatum fuit, teste Groenewegio ad Gro. ii. *manuduct. jurispr. Holl. l. 3. c. 34. n. 18.* Et, si forte navis onusta mercibus ex collisione mersa sit, in quaestione, an merces aestimandae veniant, quanti emtae sunt, an quanti in loco destinato vendi possent, an media quidam aestimatio viri boni arbitrio facienda sit, dijudicandum videtur ex eo, an ante interitum jam maxima ex parte iter emensum, ac periculum superatum, an contra adhuc superandum fuerit, & quo usque; ut pro rata ejus aestimatio mersarum mercium viri boni arbitratu instituitur. Vide Neostadium Curia. *supr. decis. 68.*

17. Pertinent etiam ad hanc ludentium classem cisiarii seu carrucarii, qui, dum ceteros transire contendunt, cum evertunt ac damnum dant; temperare enim debuerant, *l. item quaritur 13. pr. ff. locati.* Plaustrarius, cujus ex plastro, dum male composuit lapides erant, lapis delapsus quid rupit vel fregit, *l. si servus servorum 27. §. si ex plastro 33. ff. b. t. cujusve plastrum in clivo ductum, non casu, sed culpa plaustrarii, cessim ire coepit, atque ita nocuit; cujus notabilem casum Alfenus exhibet, l. si ex pagis 52. §. in clivo 2. ff. b. t. Adde tit. 1. de pauperie.* Mulio, qui cum plus justo onerasset quadrupedem, in cau a fuit, quod quadrupes collapsa onus evertendo in alium, damnum dedit, *l. 1. §. itaque 4. ff. si quadrup. paup. fecisse dic. quare aliquid animal plus justo onerando effecit ut illud sub onere deficiens collapsusque membrum aliquod ruperit, l. si servus servorum 27. §. Et si mulum 23. ff. b. t. aut, cum ipse onus nimium subisset, dejiciendo illud, rem alterius in propinquo oppressit; vel etiam ipse cum onere prolapsus lesionem rebus alienis intulit, sive plus justo sese oneraverit; dum in ipsius arbitrio erat ita se non onerare; sive non nimium quidem oneratus, negligentius tamen per lubricum transierit, *l. qua actio 7. §. sed si quis 2. ff. b. t. Tonsor eo in loco tendens, ubi ex consuetudine ludebatur, vel ubi transitus frequens erat, si cum pila quidam luderent, ea vehementius percussa in tonsoris manus dejecta sit, & sic servi, quem tonsor radebat, gula, fuerit adacto cultello praecisa, l. item Mela 11. pr. ff. b. t. Et si enim non male dicitur, eum, qui se tonsori, periculoso in loco sellam habenti, commiserit, de se queri oportere, *d. l. 11. non tamen inde excusata videri potest major illa tonsoris culpa ac imprudentia, in loco non tuto attem profitentis; dum novum non est, ut in concurrente duorum culpa is teneatur, cujus culpa major conspicitur, arg. l. laetos 11. Et 13. ff. de peric. Et commodo rei vendi 1. 1. §. ult. l. 2. ff. ne qui cum, qui in jus voc. vi eximat. neque etiam culpa in totum caret, qui se imperito dedit medico curandum; quem tamen ex imperitia male curantem, habiturus esset sibi hac lege devinctum, ut alibi dictum.***

18. Adhuc putator, aut machinarius, (qualis forte qui in machina elevata operatur ad oppositionem ejus, qui de plano opus facit; *l. si ut cer. o 5. §. sed interdum 7. ff. commodati*), qui prope viam sive publicam sive privatam ramos amputatos, aut itabes, aliamve materiam dejiciens, antequam mature proclamasset ut evitari casus posset, trai seuntibus nocuit; aut, cum non prope viam putaret, vel operatur, dolo malo immittit in eum, quem videt transeuntem, quive ex alto sese praecipitans, super alium venit, eumque occidit, *l. item Mela 11. §. si plures 4. l. si putator 31. ff. b. t. §. item si 5. Instit. b. t. junct. l. in lege Cornelii 7. ff. ad leg. Cornel. de sicariis.* Quibus non absimiles, qui foveas ursorum cervorumve capiendorum causa faciunt, laqueosque ponunt, si in laqueos foveasque animal alienum ciderit, aut aliter damnum datum sit: nam si hac in itineribus facta sint, neque denunciatum fuerit, actioni huic locus foret; sin alias, ubi id fieri solet, contra dicendum, *l. qui foveas 23. pr. Et §. 1. l. 29. pr. ff. b. t.*

19. Fornacarius quoque, qui ad fornacem obdormivit, si ignis negligentius custoditus villam exusserit, cum vel ignem extinguere debuisset, vel ita munire, ne evagaretur, *l. si servus servorum 27. §. si fornacarius 9. ff. b. t. ut & qui secundum pacietem communem furnum habens, ac ignem iniecit, ut inde paries exustus sit, d. l. 27. §. si furnum 10. ff. b. t. quique in stipulam suam vel spinam, comburendae ejus gratia, ignem immisit, si is ulterius evagatus ac progressus alienam sylvam vel segetem vel vineam, laserit, aliqua ipsius primi ignem immittentis apparente negligentia, dum forte die ventoso id fecit, aut non observavit, ne ignis longius procederet: nam si omnia, quae oportuit, observaverit, vel subita via venti longius ignem produxerit, culpa caret, *l. qui occidit 30. §. in hac 3. ff. b. t. l. 1. C. b. t. Amplius qui, selopeto in avem tecto stramineo aut a cervo spicillum aut feni insidentem disposuit incendium excitavit. Andr. Gayl. libr. 2. observ. 22. num. 7. & generaliter, qui culpa sua causam incendio dedit, d. l. si servus servorum 27. §. item si arbutum 7. §. Et 1. ff. b. t. etiamsi illud deinde latius serpens proximioribus remotioribusque vicinis damnum intulerit: neque enim dubium, quin de omni detrimento, ex probata prima culpa profluente, teneatur, *d. l. 30. §. 3. ff. b. t. l. capitalium 28. §. incendiarii 12. ff. de punit. l. qui ades 9. ff. de incendi. ruin. naufr. Andr. Gayl. lib. 2. observ. 22. num. 1. 2. 5. Hugo Grotius manuduct. ad jurispr. Holl. libr. 5. cap. 38. num. 3. Responsa JCor. Holl. part. 1. consil. 258.***

20. Orto autem in adibus, sive per domum sive per conductorem inhabitatis, incendio, disputatum varie ab interpretibus, utrum inhabitanti incumbat onus probandae diligentiae propiae, an vero locatori vicinisve, incendio illo ulterius evagante lapsis, culpa probatio imponenda sit. Sunt, qui inhabitantem onere probandi gravant, eo quod incendia plerumque fiunt culpa inhabitantium; eumque nisi a culpa sese purgaverit, condemnandum arbitrantur, Fachinorum controvers. libr. 1. cap. 87. Sande decise, Frisic. lib. 3. tit. 6. defin. 9. in fine, Mollerus semetip. lib. 4. cap. 31. Vinnius relect. quest. lib. 1. cap. 33. Magis tamen est, aut in dubio probandi necessitas in loco.

torem aut vicinos damni reparationem ab inhabitantibus prosequentes rejiciatur. Non ea quidem ratione, quod incendia casibus fortuitis a nemine præstandis, adnumerata legimus, §. *item. in, cui 2. Insti. quib. mod. re contrah. obligat. l. ii, ut certo 5. §. quod vero 4. ll. commod. l. contractus quidam 25. ll. de rog. juris*, cum id ærissimè verum tantum sit, quatenus serpenctia latius, damnum vicinis dant, & aliquin culpa inhabitantium incendia fieri plerumque credantur. Sed potius, quia secundum certa juris principia auctori (quales hic lesi) incumbit probandi provincia, sic ut, eo intentionem non firmante, reus absolvendus sit, licet nihil ipse præstat, *l. qui accurrere 4. C. de edendo, l. verius 21. ff. de probation. Atque insuper affirmanti, non neganti, probatio impendenda, dum factum negantis nulla pro rerum natura probatio est, l. actor 23. C. de probat. l. asseveratio 10. C. de non numer. pecun. l. ei incumbit. 2. ff. de probat.* negat autem inhabitans, se culpam admisisse, ajunt auctores. Quibus accedit tertio, quod quisque bonus in dubio ac diligens præsumi debet, donec contrarium probatum fuerit, *l. merito 51. ff. pro socio*, hac præsertim in specie, in qua inhabitans, sive dominus sit, sive inquilinus, primus ante alios damnum ex sua debet negligentia metuere, ædium quidem ipsarum, si dominus sit; illarum autem & invectorum, si conductor. Foventque hanc sententiam Matth. de Affiliis *desir. 57. Andr. Gayl. lib. 3. observ. 21. Mascardus de probation. concl. 894. num. 17. Et seqq. Mysingerus. cont. 6. observ. 83. Bouldus de lib. juris ad Pand. b. r. num. 5. Christinus ad Leg. Moeb. tit. 8. art. 12. num. 3. Argentræus ad consuet. Britan. art. 599. Zoësius ad Pand. l. locati num. 25. 26. Berlichius part. 4. conclus. præf. 25. n. 76. Et seqq. Perezus ad l. C. de locato num. quadam 23. quam alii nonnulli tum demum admittunt, cum a pluribus una domus pro diviso habitata est, ac ignoratur, cuius ex parte incendii origo sit, Sando *d. lib. 3. desir. Fris. t. 6. defn. 9. Menochius de arbitrar. jud. lib. 2. casu 390. n. 12.* Nec hisce sic adstructis recte regeritur, quod iam ante concessum fuit, incendia inhabitantium culpa plerumque oriri, *l. 3. §. cognoscit. 1. ff. de offic. præf. vigillum, l. si vendita 11. ff. de peric. et commod. rei vend.* probandi vero onus eum gravare, contra quem præsumtio est. Considerandum enim, indefinitam esse orationem illam, qua incendia dicuntur plerumque fieri culpa inhabitantium. Cum ergo indefinitam enunciationem in contingentibus (id est, illis, quæ necessaria non sunt, sed esse & non esse possunt) non universali sed tantum particulari orationi aequipollere, tradant constanter dialectici, ac in aperto sit, inhabitantes quædam posse culpa vacuos esse; non alius assertionis iustus sensus est, quam incendia plerumque fieri culpa alicujus ex inhabitantibus; & quidem, non specificè culpa hujus aut illius hominis æqui, longa minus culpa omnium & singulorum, ut perperam vult Vinnius; sed velut in individuo vago, ut loquantur; Qualis vaga, ac certam ad personam non determinata præsumtio, neminem in specie aut præcipue premens, neminem quoque in specie ad onus probandi potest obligare: ne evenisset, innocentem subinde condemnari in probatione deficientem: sed magis, quod de dolo dicitur, designari scilicet debere personam, quæ dolum fecit,*

nec in eo auctorem oportere vagari, dohincque singulari de persona probandum esse, non præsumendum, *l. sed et ex dolo 15. §. ult. l. 16. ff. de dolo quotiens 18. §. 1. ff. de probation. l. dolum 6. C. de dolo, l. dolum 10. Cod. de rescind. vendi.* idem & in culpa videtur servandum, dum ratio justitiæ non magis aliena ex culpa quam ex dolo alieno, alium puniri permittit. Quibus adde, specialia derogare generalibus *l. in toto jure 30. ff. de regul. juris*, adeoque, licet in vago contra inhabitantium aliquem præsumtio culpæ militare credatur; tamen, si de singulis quærat, specificæ præsumtio, secundum ante dicta, erit, unumquemque eorum diligentem fuisse, donec contrarium demonstratum fuerit, atque ita petletur vis omnis præsumptionis istius generalis, per potentiorē aliam specificam, pro diligentia cujusque in dubio stantem. Animadvertendum denique, Jurisconsultos aperte satis definisse, sine culpa patrisfamilias posse incendium oriri; neque, si servorum negligentia factum esset, continuo dominum in culpa hærrere, *d. l. 11. ff. de peric. et commod. rei vend.* sed posse noxæ dedendo defungi, *l. servus servorum 27. §. Fraculus ait 11. ff. b. r. nisi negligens fuisset in eligendis servorum ministeris, quibus demandata ignis cura, d. l. 27. §. si fornacarius 9. et 11. ff. b. r.* Non etiam dictis adversatur Antonini rescriptum, quo dispositum, conductorem gregis, qui gregem aiebat a latronibus abactum esse, casum præstare non cogi, si probari possit, abactionem citra suam fraudem contigisse, *l. si quis domum 9. §. Imperator 4. ff. locati.* Cum ista facti species a nostra penitus diversa sit; dum hic constat de incendio, illic non ita de abactionis facto; hic disquiritur, cujus culpa incendium exortum sit, quod nulli poterat utilitatem præbere, sed tantum nocere: ibi, an prædonum abigatu, an fraude conductoris grex non apparet: cum ipse conductor potuisset lucri particeps fuisse, patulus forte cum abactoribus in præda partem: unde & ob similem rationem creditori assenti, se pignus amisisse, fides non fuit adhibenda, sed in id quod interest eum condemnari placuit, si non manifestis rationibus se perdidisse probasset, *l. si creditor 5. C. de pignorat. act.* Ut proinde a disparatis male fiat illatio. Ne dicam, probationem abunde censeri bonam fidem conductoris, ac doli defectum, dum ea diluit fraudis argumenta, quæ contra ipsum ab auctore, gregis abacti domino, adducta sunt; eo modo, quo & criminum rei heredesque eorum, innocentiam ostendere perhibentur, *l. si is, qui 2. Cod. qui testam. fac. poss.* quos tamen absolvendos esse constat, si nihil sufficientis accusator attulerit, quo reus convincatur, *l. ult. §. ult. ff. de bonis vir. qui ante sententiam.* Denique nec hesitationem facere oportet, *l. 1. §. ult. Et ll. seqq. ff. de his, qui offud. vel deiecerim*, ubi, licet unus tantum deiecerit, omnes tamen actione de deiectionis & effusis teneri debent, si non probeant, se culpa carere; unde videri posset concludendum, licet ex unius tantum facto incendia oriri possint, omnes tamen, atque adeo præcipue inquilinum ipsum de incendio oportere in solidum condemnari, si non probeat, a se culpam abuisse. Respondendum enim, ex eo quod unus deficiendo læsit atque ita vere deliquit, nullum alium actione ex lege Aquilia tanquam ex vero delicto conveniri posse præter eum qui deiecit. Sed quia inquilini omnes, dum

communiter & pro indiviso habitabant, in quadam erant culpa omissionis, quod non arcerint a suo conaculo talem, qui deiecit, jure singulari ista negligentia species, in admittendis hospitibus temere deicientibus consistens, a legislatore Romano copit haberi pro quasi delicto, ut tuta commeanibus esset publica via, cum alioquin vulgo impunitum esset alios bona fide intra suum conaculum recipere, nec quisquam teneretur ex delictis eorum, quos hospitio exceperit, si eorum opera atque ministerio de cetero usus non sit, sive illi furtum damnumve fecerint, *l. licet 6. §. in factum 3. ff. nauis cap. stabul. ut recepta restit.* sive quid deiecerint aut effuderint, si modo non illic, qua vulgo iter sit, *l. 1. §. parvi 2. ff. de bis, qui effud. vel deiecer.* Cum autem communiter idem conaculum inhabitantes omnes & singuli homines temerarios arcendi jus haberent, ac proinde id non facientes, omnes ac singuli istius culpæ, quasi delictum constituentes, rei effecti essent, hinc iniquum non fuit, lasso concedi potestatem actione de deiectionis adversus unum ex pluribus inquilinis, quem elegerisset, ita tamen, ut electum solum non gravaret istius quasi delicti nomine exacta pœna, sed is a reliquis actione pro socio aliave simili recuperaret id omne, quod supra suam solvisset partem, *d. l. 1. §. ult. & l. seqq.* quæ aliter obtinent, si plures vere deliquerint: tunc enim quod unus ex delicto communi solvit, non repetit a reliquis in totum aut pro parte, sed potius ceteri etiam pœna afficiendi, dum nulla delicti societas atque communia est, *l. item Mela 11. §. sed si plures 2. ff. b. t. junct. l. 1. §. plane 14. ff. de tut. & ration. distrab.* Quibus consequens est, a pluribus, qui omnes & singuli quasi deliquerint, uti id ex subsecuta deiectione constat, quique ob id in solidum singuli non ex aliena sed sua culpa, quasi delictam faciente, conveniuntur; perperam argumentum transferri ad inquilinum, necdum nocentem probatum, & sæpe culpa carentem (juxta *l. si vendita 11. ff. de peric. & comm. rei vindic.*) neque aliorum quorumvis penes se receptorum facta aut delicta præstare obstrictum, in solidum damnandum, nisi se culpa vacare probet.

21. Plane si exorti incendii tempore non nisi unum in adibus fuisse propinas: cum presumtio adversus inhabitantes nata in ejus solius caput tunc quadret, nec amplius generalis sed specialis ex accidenti sit; vix ambigendum, quin illo casu eandem onus probandi gravaturum sit. Idemque dicendum, si conductor contra legem locationi adjectam, ne certo ædium loco ignis strueretur, ibidem extraxerit, & illo ex loco prima probetur incendii origo. Nam quod dicitur, eum teneri, etiam si casus admisit incendium, *l. videamus 11. §. hoc 1. ff. locati*, non alio sensu recipiendum est, quam quod teneatur, etsi forte insolita ventorum vi aliove simili casu inopinato, ignis ille, alioquin innoxius, damnum dederit. Quo modo etiam, cum id actum esset *ut in villa urbana fanum componeretur*, conductor composuisset, deinde servus igne. Mlato se occidisset, conductorem ex locato teneri Labeo dixit, quia ipse causam præbuit inferendo contra conductionem, *d. l. videamus 11. §. ult. ff. locati*, quo nomine alioquin, si pactis talis de igne aut fumo certo locis non habendo non fuisset affecta, nullus teneretur *d. l. 30. §. 5. ff. b. t.* De cetero, si ædes fulmine tectas locatar ducatur, aut

aliter constet, non occasione ignis vel fœni contra pactum habiti, sed aliter ædes arsisse, absolvendum foret, velut extra culpam positus incendii istius contemplatione.

22. Similiter inter eos, qui in re licita versantur, merito numerantur, qui contra violentiam alterius sese tuerunt, *l. scientiam 45. §. qui, cum h. ff. b. t. l. 2. §. 4. C. ad leg. Cord. de sicar.* qui tamen, si modum excesserint, Aquilæ rei sunt. Latronem sibi insidiantem, furem nocturnum occidere licet; diurnum, si telus se defendat, si modo id cum clamore testificetur, *§. injuria 2. Instis. b. t. l. itaque 4. pr. & §. 1. ff. b. t. l. si pignore 54. §. furem 2. ff. de furtis, l. nec timorem 7. §. 1. ff. quod metus causa*, si tamen periculum latronis effugere sine cade ejus quis possit, si furi parcere sine suo periculo, nec id fecerit, legi Aquilæ se reddit obnoxium, *d. §. 2. Instis. b. t. l. sed & si 5. ff. b. t. l. furem nocturnum 9. ff. ad leg. Corn. de sicariis.* Confer Ant. Matthzum *de crim. lib. 48. t. 5. cap. 2. numer. 7.* aliosque, quos citat. Groenewegen *ad l. 4. ff. b. t.* Sed & qui sui defendendi causa lapidem in adversarium mittens, non eum, sed alium prætereuntem percusserit, tenetur, *l. scientiam 45. §. qui cum aliter 4. ff. b. t.* Et quamvis pro rerum suarum defensione moderamen inculpatæ tutelæ jura probent, *l. 1. C. unde vi, l. quod est 3. §. cum igitur 9. ff. de vi & vi armata*, eadem tamen aut volutus infligi furi, vim non primitus inferenti, illicitum est. Unde cum tabernarius in semita noctu supra lapidem lucernam posuisset, & quidam præteriens eam sustulisset, eumque tabernarius consecutus retineret, lucernamque reposceret, ille vero flagello, quod in manu habebat, tabernarium verberare cepisset, ut se mitteret, atque ex eo rixa majore orta, tabernarius tandem ei, qui lucernam sustulerat, oculum effodisset; definitum fuit, tabernarium, si id data opera fecisset, videri damnum injuria dedisse; si non data opera, non obligari: culpam enim penes eum, qui prior flagello percussit, residere. Plane si ab eo non prior vapulasset, sed cum ei lucernam furto subductam eripere vellet, rixatus fuisset, tabernarii culpa factum videri, eumque ex tertio legis Aquilæ capite de oculo, etsi non data opera effosso, teneri, *l. si ex plagis 52. §. tabernarius 1. ff. b. t.*

24. Cum vero artis imperitia in illo, qui artem venditat aut proficitur, culpa adscribitur, *l. si quis domum 9. §. Colus 5. ff. locati*, uti & infirmas; dum affectare nemo debet id, in quo vel intelligit, vel intelligere debet, imperitiam suam vel infirmitatem alteri periculosam futuram, *l. Idem juris est 8. §. 1. ff. b. t.* consequens est, ut hæc quoque lege teneantur medici, pharmacopolæ, obstetrices, imperite secantes, perperam medicamenta propinantes, supponentes, infundentes, pro medicamentis venena dantes. Sicut enim medico imputari eventus mortalitatis non debet, ita quoque præteritis humane fragilitatis delictum decipientis in periculo homines vana medicina faciendæ instantia innoxiam esse, fas non est, *l. qua actio 7. §. Colus 6. & ult. l. 1. §. 9. pr. & §. 1. ff. b. t. §. interdictum 7. Instis. b. t. d. l. 9. §. 5. ff. locati, l. illicitas 6. §. rixat 7. ff. de offic. præsidis.* Adhuc artifices, qui non rei vitio, sed imperitia sua confregissent rem, cui artem impendebant: sive calicem distretum, si-

clendum, seu perforandum, sive geminas includendas aut insculpendas, sive columnas aut dolia aut tigna atqueque ses ponderosas transportandas, curandasve susceperint, l. si servus sarorum 27. §. si calicem 29. & §. ult. ff. b. t. junct. l. item quatuor 13. §. si gemmas 5. l. si menses 25. §. qui columnam 7. ff. locati. Illi quoque, qui per imperitiam aut infirmitatem impetum mularum sustinere non potuerunt, aut equorum, quibus vehabantur, l. idem juris 8. §. 1. d. si ex plagis 52. §. in olivo 2. ff. b. t. §. impetu 8. Inst. b. t. l. 1. §. sed & si 5. ff. si quadr. pauper. sec. dic. Hugo Grotius *manuduct. ad jurispr. Hol. libr. 3. c. 38. num. 15.*

24. Denique ad hunc prius ordinem ludentium eos jure reduxeris, qui in exercitationibus ac ludis illicitis occupati, dum non satis observabant aut temporis aut loci, aut personarum rationem, damnum dederunt; vel scientes prudentesque luserunt, etsi tunc nec loci nec tempore nec personarum intuitu culpa in iis argui posset. Itaque si quis, dum jaculis ludit vel exercitatur, transuentem alterius servum traiecerit; si quidem id a milite in eo campo, ubi solum est exercitari, admissum sit, nulla culpa ejus intelligitur: sin alius tale quid admiserit, culpe reus est: idemque juris est in milite, si is alio in loco, quam qui ad exercitandum militibus destinatus erat, id ipsum admiserit; vel in loco quidem declinato, sed data opera in eum jaculatus sit, §. itaque 4. Inst. b. t. l. item si 9. §. ult. l. 10. ff. b. t. Similiter, etsi in publico certamine, publica collatione, pugillatu, aut paneratio (id est certamine ex lucta aut pugillatu mixto; vel tali in quo certantes, certis haud adstricti modis viam ad victoriam quocunque sibi parant modo. Calvinus in *lento*, verbo *paneratio*). D. Noodt *trakt. de lege Aquil. cap. 7. in fine*) adversarium occidens, ex hac lege reus non fit, quia gloria causa & virtutis, non iniuria gratia videtur damnum datum: tamen si jam cedentem, eoque sese victum proflitemem, occiderit, vel extra stadium aut palastram quid tale admissum sit, Aquilia locum esse, Ulpianus scripsit, l. qua actione 7. §. si quis in collatione 4. ff. b. t. Cujacius lib. 11. *observ. cap. 20. in fine*. Nec longe ab hac facti specie recedit illa, qua, cum pila complures luderent, quidam ex his servulum, cum pilam percipere conaretur, impulsit, & ita cadens servus crux confregit: etenim ita demum cum eo, cujus impulsu servus ceciderat, Aquilia experiri dominus potest, si data opera animoque nocendi impulsio facta sit: cum alloquin casu magis quam culpa damnum videatur datum, l. si ex plagis 52. §. ult. ff. b. t. Et quamvis publice laticia aut festivitatis temporibus stramenta incendere, perque ea ardentia transilire, res licita fuerit: adeo ut, si duo stramenta ardentia transilientes concurrerint, ac alter cadendo flamma consumtus sit, agi cum altero nequeat: tamen, si intelligatur, suffocatum ab altero data opera eversum fuisse, recte eo nomine agi, Paulus monuit, l. scientem 45. §. cum stramenta 3. ff. b. t. obtinuit autem potissimum mos ille per stramenta ardentia transilire, tempore Palliorum, seu festo in honoris Palis, pastorum Deo, unde & quidam montis Palatii denominationem petunt, instituto: quippe in quo post sacra peracta coenasque paratas pastores per ardentis stipulæ crepitantis acervos membra strenua celeri tra-

jiciebant pede, ut ait Ovidius; quem de hisce palliis tractantem pluribus vide *Factorum lib. 4. uti & Rosinum Antiquit. Roman. lib. 4. cap. 8. post. med. D. Noodt trakt. ad leg. Aquil. cap. 7. in med.*

25. Sunt insuper, qui utili hujus legis actione teneantur, dum eorum impulsu, auxilio, hortatu, consiliove damnum datum est. Si quis enim alterius impulsu seu protrusione, dum reprimere sese non potuit, tertio nocuerit, non ipse, sed solus impellens cavendus est, l. qua actione 7. §. proinde 3. ff. b. t. Nec dubium, quin solus plaustris superioris moderator teneatur, si cum plaustra duo in clivo ducerentur, superius culpa plaustrarum cessante ille coeperit, & in plaustrum posterius incidens effecerit, ut illud quoque retro radiens puerum obtereret, l. si ex plagis 52. §. in clivo 2. ff. b. t. sicuti & is, qui canem irritavit, ut aliquid morderet, sive canem tenuerit irritans, sive non, l. item Mela 11. §. item 5. ff. b. t. aut equum percussit, si is dolore concitatus adstanti alteri crux calce confregerit, l. 1. §. generaliter 7. ff. si quadrup. paup. sec. dic. quive animal immisit in pratum alterius, si id nocuerit depastione, l. ult. C. b. t. l. qui servandorum 14. §. ult. ff. de praescript. verbis, vel boves alterius in angustum coegit locum, eoque effecit, ut deicerentur, l. boves alienos 53. ff. b. t. aut servum alterius in insidiis deduxit, ut ab alio occideretur, l. item si 9. §. si servum 3. ff. b. t. fervore suasit alio, ut is arborem conscenderet, vel in puteum descenderet, si is in ascendendo aut descendendo mortuus, aut aliqua corporis parte laesus sit, §. ult. Inst. b. t.

26. Subnectenda denique plurimum factorum species, quae vel a petulantia vel ab imprudentia vel a nocendi proposito ac dolo profectae, utili vel directae leges Aquiliae actioni pro damno dato locum faciunt: veluti, si quis alium de ponte dejiciat, ut submergatur; puerumve saxo illidat, l. qua actione 7. §. pon. ff. b. t. si semet ipsum ex alto praecipitans, super alium venerit, eumque occiderit, l. in leg. Coen. de sicar. si servum equitanti, concitato equo, fecerit in flumen praecipitari, l. item si observat 9. §. si servum 3. ff. b. t. si, cum una plures equitarent, unus ex his in tuum equum irruens, te aut equum tuum dejecerit, & ita tua aut equi tui crura fracta sint, l. ult. ff. b. t. si ancillam virginem maturam aut immaturam compresserit; l. inter liberos 6. ff. ad leg. Jul. de adulter. l. si stuprum 25. ff. de injuriis; si equum alterius coegerit, & in equas suas geniturae suscipiendique fatus gratia admiserit, l. si quis uxori 52. si quis asinum 20. ff. de furtis, si praegnans mulier, aut equa, pugno percussa eiecerit, l. si servus servorum 27. §. si mulier 22. ff. b. t. si servus alterius agrotus leviter percussus, inde perierit; cum aliud alti mortiferum esse soleat, l. qua actione 7. §. sed si quis 5. ff. b. t. si alienas apes exusserit, aut fumo facto fugaverit necaveritve, d. l. si servus servorum 27. §. si cum apes 12. l. si quis fumo 47. ff. b. t. si panno rubro armenta concitaverit, l. in furti 50. §. ult. ff. de furtis, §. interdum 11. Inst. de oblig. qua ex delicto, si mulas aut equos alienos nimis agitaverit, l. qui inulam 50. §. qui mulas 2. ff. locati, si animal alienum in suo depascens violentia nimia expulsum mutilaverit, l. Quintus Mucius 59. §. 11. b. t. si aprum laqueo alieno captum laxaverit, & in naturalem dimiserit libertatem, l. in lo-

queum 55. ff. de acquir. rer. domin. si faciem alieno servo objecerit, eumque adusserit, l. si servus servorum 27. §. si quis igitur 6. ff. b. t. si servum vestibus spoliaverit, & is inde frigore enecatus sit, vel eum incluserit, aut alimenta ei adferri prohibuerit, ut sane extingueretur, l. qui servandorum 14. §. 1. ff. de præscrip. verb. §. ult. Inst. b. t. l. item si obtineat 9. §. si quis hominem 2. l. quemadmodum 29. §. magistratus 7. ff. b. t. Adhuc, si quis alienas vestes inquinaverit aut consciderit, l. item Mela 11. b. pen. l. si servus servorum 27. §. si quis vestimenta 18. ff. b. t. l. 1. §. 1. ff. b. t. l. 1. §. 1. ff. de extraord. crim. nummos, ut perirent, e manu excusserit, d. l. 27. §. si quis de manu 21. ff. b. t. calicem alterius argenteum in profundum abiecit, l. qui servandorum 14. §. sed & si 2. ff. de præscrip. verbis, mercium suarum servandorum gratia alienarum jactum fecerit sine causa, tempestate necdum satis urgente, d. l. 14. pr. ff. de præscrip. verbis, fructus immaturos decerpserit, maturosve collectos in terram projecerit, ut corrumpenterent, l. si servus servorum 27. §. si olivam 25. & 26. ff. b. t. lolium aut avenam in segetem alienam seu terram consitam, iniecerit, d. l. 27. §. & ideo 14. ff. b. t. frumento arenam aliudve simile, cujus separatio difficilis, miscuerit, d. l. 27. §. item si quis 20. ff. b. t. vinum spurcaverit, vel effuderit, vel acetum fecerit, aut quid ei indiderit miscueritve, quo naturalis bonitas vini corrumpeteretur, d. l. 27. §. cum eo plano 15. ff. b. t. §. capite tertio 13. in fine Inst. b. t. arbores alienas ceciderit aut extirpaverit, l. 1. l. fursum 7. §. si quis radicibus 2. ff. arborum fursum carer. l. 1. C. b. t. l. si mercor 25. §. ipse quocumque 5. ff. locati, l. denique 13. ff. quod vi aut clam navem venaliciarum mercium perforaverit, d. l. 27. §. si navem 24. ff. b. t. funem, quo navis religata erat, præciderit, l. quemadmodum 29. §. si funem 5. ff. b. t. protecta aliena, etsi nullo jure supra suam aream emissas, resciderit, d. l. quemadmodum 29. §. si protectum 1. ff. b. t. fores effregerit, adificium demolierit, d. l. si servus 27. §. si quis adificii 31. l. qui domum 50. ff. b. t. l. leges 2. C. b. t. parietem idoneum sustulerit, l. scienciam 45. §. ult. ff. b. t. aqueductum diruerit, d. l. 26. §. si quis aqueductum 32. ff. b. t. fistulas, quibus aqua ducitur, alieno parieti sic applicatas habuerit, ut inde damnum parieti daretur, l. si fistula 18. ff. de servit. præd. urban. Chirographum alienum, aut testamenti tabulas, rationes, allaque similia deleverit; quippe quo casu utili hac actione legatariis & heredibus, aliisque, quorum interest pecuniarie, devinctus foret, l. si quis testamentum 41. l. 42. ff. b. t. l. qui tabulas 27. §. ult. l. quidam 32. §. ult. ff. de furis, si modo post aditionem hereditatis contigerit tabularum testamenti desectio: nam si ante aditam hereditatem id factum esset, actioni doli locum fore, verius est, l. si quis tabulas 35. ff. de dolo. Adde t. de dolo malo. Pertinent huc denique doliorum cerevisiariorum confractioes & combustiones, quibus occursum variis placitis. Vide Placit. Hal. vol. 3. pag. 939. 940. nocturnæ grassationes vitrorumque excussiones, variis, etiam arbitrariis poenis coercenda secundum placita, vol. 1. Placit. Holl. pag. 519. & regg. vol. 2. pag. 2407. vol. 3. pag. 531. qualia vitia, utinam solius ætatis, non etiam sæpe naturæ

essent; ut de Nerone Suetonius; cujus maligno hæc in parte mores adscribere libet, ut quisque rei turpitudine considerata, meliora probet atque sequatur. "Post crepusculum, inquit cap. 26. statim ar-  
"repto pileo vel galero, popinas inibat, circumque  
"vicos vagabatur ludibundus, nec sine perniciæ ta-  
"men, siquidem redeuntes a coena veterare, ac  
"repugnantes vulnerare, cloacisque demergere as-  
"sueverat; tabernulas etiam effringere et expilare,  
"ac sæpe in ejusmodi rixis oculorum & vita per-  
"iculum adit, a quodam laticlavio, cujus uxorem  
"attractaverat, prope ad necem casus."  
27. Vidimus, quibus in casibus ob damnum injuria datum Aquilia agere permittum sit. Cessat vero jus experiundi hac actione, si nullum vere damnum datum sit, etiamsi forte illicitum de cetero factum appareat. Qua ratione non hac, sed injuriarum potius actione tenetur, qui servum loris aut virgis aut pugnis cædendo, nullo eum pretio viliores reddiderit, deteriorerive, l. servus servorum 27. §. rapisse 17. ff. b. t. quemadmodum furti, non hujus iudicii, reus est, qui fructus jam maturos decerpserit, aut sylvam cædam intercepit jam maturam, d. l. 27. §. si olivam 25. 26. 27. ff. b. t. Sed & si puerum quis castraverit, cum non deteriores ita fecerit, sed pretiosiores, cessante Aquilia injuriarum aut ex-  
dilitio foret editio agendum, d. l. 27. §. & si puerum 28. ff. b. t.

28. Præcipue vero & Aquilia & omnis alia actio deneganda venit, quoties damnum jure datum probatur; veluti, si servum quis occidat in adulterio deprehensum, l. qui occidat 30. ff. b. t. l. marina 24. ff. ad l. l. de adul. aut ledit eum, a quo vim propriis in ædibus patitur, Grotius manud. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 34. n. 10. aut propria in navi, nocturnis præsertim temporibus, & locis suspectis. Vide Responsa Juris. Holl. part. 1. consil. 223. & part. 4. consil. 150. aut latronem sibi insidiantem, aut furem nocturnum, vel diurnum telo sese defendentem, cum ei parcere sine suo periculo non posset, interficit, secundum ante dicta. Hocque in numero habendus etiam, qui vicinas ædes intercidit, ne ad suas incendium perveniret, siquidem ad ædes vicinas incendium jam pervenerit: neque enim injuria fecisse videri potest, qui se tueri voluit, cum alias non posset, neque damnum dedisse adibus, etiam sine deiectione aque incendio perituris, l. si alius fecerit 7. §. et & alia h. ff. quod vi aut clam, l. quo naufragium 3. §. quod ait 7. ff. de incend. ruina naufrag. nave, rate, expugn. Plane, si ad ædes dejectas haud pervenerit incendium, deicientem actione rei persecutoria, puta, interdicto quod vi aut clam, teneri, verius est, d. l. 7. §. 4. ff. quod vi aut clam, at nequiquam hac ex lege Aquilia, quam creditum fuit etiam tunc, cum in simplum concipitur, non rei persecutoriam, sed poenalem esse, l. si quis fumo 49. §. ff. b. t. junct. §. bis autem 9. Inst. b. t. Adde D. Noodt ad leg. Aquil. cap. 19. Groenewegen ad l. 49. ff. b. t. Andr. Gayl. lib. 2. observ. 22. n. 3. & quæ scripti ad r. de lege Rhodia de jactu n. pen.

29. Simili modo nec hac, nec ulla alia actione coercendum damnum solo casu fortuito sine culpa datum, cujus exempla varia in superioribus adducta sint. Vide l. quemadmodum 29. §. 2. 3. 4. l. si es

plagis 52. §. ult. ff. b. t. l. eum, qui 5. C. ad l. Cornel. de sicariis, quibus addi potest, si quis, dum duos pugnantem separare allaborat, alterutrum vulnerat absque vulnerandi seu lacerandi proposito, Christianus ad leg. Moebl. t. 2. art. 31. in pr. nec dubium, quin damno per casum dato illud quoque, quod ab infante aut furioso inferitur, accensendum sit, l. sed & si 5. §. & ideo 2. ff. b. t. l. infans 12. ff. ad leg. Cornel. de sicariis. Quamvis haud pratermittendum videatur, quandoque casum pro negligentia & culpa in jure poni, ac damna dici casu data, dici & casus fortuitos homicidii, qui ab ira subitanea profecti erant, ac incendia fortuita, quae a negligentia processerant; ad oppositionem eorum, quae dolo atque proposito facientis contingunt, „ l. qui ades 9. ff. de incendi. ruin. naufrag. l. absentem 5. §. ult. l. aut facta 16. §. eventus 8. l. capitalium 28. §. incendiarii 12. ff. de penis „ Vinnius select. quast. lib. 1. cap. 33. fere in pr. „

50. Potest autem cum actione ex lege Aquilia concurrere accusatio ex lege Cornelia de sicariis, quoties dolo occisus homo proponitur: sicut iudicio criminali nullum ex intentato prius iudicio civili fiat praedictum, l. inde Neratus 23. §. si dolo 9. ff. b. t. §. liberum 11. Instit. b. t. Quibus non adversatur Paulus, l. interdum 4. ff. de publicis iudiciis, cum praedictum fieri, non aliud ibi denotet, quam, ex iudicio civili, quod prius finitum est, exemplum sumi, ut iudices in criminali iudicio considerent etiam atque perpendant adhibitae antea civili in lite probationes. Confer Ravardum tract. de praedictis lib. 1. cap. 1. 2. Et de hoc iudiciorum ex lege Aquilia, itemque Cornelia, concursu, Ulpianus quoque meminit libro decimo octavo ad edictum, in l. sed & si 5. pr. ff. b. t. dum de eo, qui alium se ferro petentem occidit, disserens ait; qui autem, cum posset apprehendere, maluit occidere, magis est, ut injuria fecisse videatur, ergo & Cornelia tenebitur. Nec ulla ratio sufficiens est, cur pro Cornelia substituitur Aquilia, cum Jurisconsultus illic id tantum monstrare intendat, utrum injuria an jure cedens facta sit: injuria autem occidit, qui vel dolo vel culpa hominem necat. Tenetur ergo in casu istius legis occidens ex lege Aquilia, tanquam talis, qui injuria peremit. Sed ne quis existimaret, tantum ex lege Aquilia teneri eum, qui latronem furemve, cum apprehendere posset, obruncavit, Ulpianus amplius addit, eum quoque Cornelia teneri; positus nempe legis Corneliae terminis habilibus: quod abunde innuitur particula & ergo & Cornelia tenebitur. Quo modo etiam in d. l. 23. §. 9. ff. b. t. idem Ulpianus eodem libro 18. ad edictum scripsit, si dolo servus occisus sit, & lege Cornelia dominum agere posse constat; id est, non tantum ex lege Aquilia, sed amplius, etiam ex lege Cornelia. Nec est, quod excipias, non semper eum, qui injuria occidit, ex lege Cornelia reum esse, sed demum, si dolo. Nam, quanquam id verissimum est, non tamen ideo sequitur, perperam interpretationem Ulpiani fieri, dum eum intelligimus positus terminis habilibus doli: cum eodem quoque modo in §. liberum 11. Instit. b. t. generaliter & indefinite dicatur, l. liberum esse ei, cujus servus occisus fuerit & ex iudicio privato legis Aquiliae damnum persequi, & capitalis criminis eum reum facere; nulla facta doli & culpe distinctione; Voss. ad Pandect. Tom. II.

quam tamen uti isti textui aliis ex legibus accommodari oportere certum est, ita ratio nulla suppetit, cur non eandem Ulpiani locus ex eodem Ulpiano restrictionem potius admittat quam emendationem.

51. Civilia quoque plura iudicia cum hoc conjungi posse, veluti injuriarum, arborum furtim casarum, servi corrupti, ac alia his similia, expeditum est. Praecipue vero & depositi & commodati & locati & pro socio & pignoratitia actionis cum hac ex lege Aquilia descendente concursus juris nostri placuit auctoribus, l. unde queritur 7. §. 1. l. in rebus 18. §. si vero autem 1. ff. commodati, l. qua actione 7. §. ult. l. sed & si 18. l. si servus servum 27. §. si fornicarius 9. §. Proculus 11. & §. pen. l. qui tabulas 42. ff. b. t. l. item queritur 13. pr. l. si mercor 25. §. ipse quoque 5. l. qui insulam 30. §. qui mulas 1. §. vulneraveris 43. ff. locati, sed si ex causa 47. §. 1. & 11. seq. ff. pro socio, l. qui servum 34. §. hinc 2. ff. de obligat. & act. Adeo ut, si prius istis actum fuerit actionibus mere rei persecutoris, haec ex lege Aquilia quantum ad rem quidem tollatur, non autem quatenus poenalis est, & actor, hac agens post illas, hoc minus consecuturus sit, quam ceteris ex causis experiendo jam adeptus est, d. l. unde queritur 7. §. 1. ff. commodati. Quod et vult d. l. qui servum 34. §. ult. in fine, ff. de oblig. & act. in cuius fine delenda videtur particula non, ac legendum simple locum haberi, propter verba praecedentia, satis aperte definitiva, actionem ex lege Aquilia remanere in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius est. Facietque huc argumentum ex l. 1. ff. arborum furt. casar. Neque his contrarium existimari debet quod tali in concursu laesus alterutra jubetur actione contentus esse, l. sed & si 18. ff. b. t. l. sed actione 50. ff. pro socio, l. si mercor 25. §. ipse quoque 4. l. si vulneraveris 43. ff. locati, l. in rebus 18. §. si vero autem 1. ff. commodati. Non enim aliud eo ipso significatur, quam quod non possit actor altera actione rem iterum persequi, quam jam priore fuerat iudicio adeptus; uti id ex ratione, quae in d. l. 50. ff. pro socio, subjuncta invenitur, abunde patet, dum ibi altera jubetur laesus actione contentus esse, quia utraque actio ad rei persecutionem respicit, sic ut in legis Aquiliae actione jurisconsultus non poenam, sed nudam consideraverit rei persecutionem, dum altera actorem voluit contentum esse; ne alioquin si altera alteram non perimeret, bis idem actor contra bonam fidem consequeretur; quod tum metuendum, ubi actione secunda ex lege Aquilia nil amplius, quam poenam, subducta re, petit, juxta d. l. 34. §. ult. ff. de oblig. & act. Quo modo etiam, concurrente conditione furtiva & pro socio actione, cessare actionem pro socio responsum fuit, si ex causa furtiva conditio facta esset; sed cum limitatione, nisi si post conditionem adduc pluris interis agentis, leg. sed si ex causa 47. pr. ff. pro socio.

## TITULUS III.

De his, qui effuderint vel dejecerint.

## SUMMARIUM.

1. Quales actiones competant ob dejectionem vel ef-

fusionem; qua sit utilitas actionis de dejectis; cui detur, & contra quos? cur inhabitationes conneantur? quid, si plures inhabitent? An contra hospitalem seu viatorem receptum? an contra studiosum, ex cujus museo quid dejectum? quis teneatur, si quis coenaculariam exercuerit, & quid illud sit?

2. Quis conveniendus, si ex filiofamilias aut servi inquilini coenaculo quid dejectum sit?
3. Ad quid tendat hac actio jure Romano & moribus?
4. Ad quid agatur, si homo liber deiectione laesus vel occisus sit, jure civili & bodierno; & quidnam tunc agere possint?
5. Quo in loco, & quo tempore, unde debeat dejectum esse, ut locus sit actioni de dejectis?
6. Quid sit actio de positis & suspensis, cui, contra quos, ad quid detur? etiam ei locus est, si positum deciderit ac nocuerit, quoties laesus putat eam sibi adhuc expedire.
7. Inquilinus hic conventus actionibus regressum habet adversus eos, qui dejecerunt aut posuerunt.

1. Non privatim modo, sed & publice interest, ut tuta, & sine damni metu, commeantibus via sit, l. 1. §. 1. ff. b. r. tuta vero non est, si quid illic deiciatur aut effundatur, ponatur aut suspendatur, ex quo contingere lesio posset. Qua de re edictum praetoris ad viarum securitatem propositum est, in duas divisum partes, arg. l. si vero 5. §. hoc edictum 7. ff. b. r. Indeque duplex actio prodita, quarum prima est de dejectis & effusis. Etsi enim in aperto sit, plures ob deiectionem effusionemve actiones adversus eos, qui dejecerunt aut effuderunt, comparatas esse, qualis est ex lege Aquilia, injuriarum, quin & accusatio tanquam ex crimine extraordinario, maxime, si quis fimo corrupto transeuntem perfuderit, l. 1. §. 1. ff. de extraordinar. criminib. utile tamen fuit, hunc quoque de dejectis & effusis induci; cum in ea necesse non sit, personam, quae deiecit, designari. Est enim hac actio ex quasi delicto, competens ei, qui ex deiectione vel effusione damnum sensit, ejusque heredibus, in perpetuum: contra inquilinum, non item heredes ejus, l. si vero 5. §. hac autem 5. ff. b. r. sive proprias sive alienas ades gratis aut ex conducto inhabitantem, etiam horrearium, aut apothecae conductorem, vel qui in hoc duntaxat conductum locum habet, ut ubi opus faciat, vel doceat, ex cuius coenaculo vel loco conducto quid dejectum vel effusum fuit, §. 1. Instit. de oblig. qua quasi ex delicto l. 1. §. hac in factum 4. & §. pen. l. si vero 5. §. si horrearius 5. ff. b. r. vel sponte cecidit, cum ante positum aut suspensum esset; nam & hoc pro dejecto aut effuso magis haberi, Ulpianus auctor est d. l. 1. §. quod cum 5. ff. b. r. Licet ipse nec dejecerit, nec posuerit; cum culpa ipsius non in deiectione consistat, sed in eo potius, quod aut malignos, aut negligentes intra domus suae vel coenaculi septa receperit, quos jure suo repellere poterat, quorumque ideo culpam tenetur praestare, l. si quis absentis 5. §. si quoque 5. ff. de oblig. & act. d. §. 1. Instit. de oblig. qua quasi ex delicto, l. 1. §. pen. l. si vero 5. §. 1. & 3. l. pen. §. 2. ff. b. r. Hospes plane seu viator hac actione non tenetur, quia non

ibi habitat, sed tantisper hospitatur, tantumque inter habitantem & hospitem interest, quantum inter domicilium habentem & peregrinantem d. l. §. pen. ff. b. r. quod ipsum etiam vult Ulpianus in l. si vero 5. §. si quis 1. ff. b. r. cum ait, sed & si hospitaculi habeat, solus tenebitur; quibus in verbis subaudiri debet repetitio maxima partis in anterioribus propositae; aut sensus sit, eum, qui cauponam exercet, solum teneri, si maximam partem hospitaculi seu cauponae, ad hospites excipiendos comparatae, sibi habeat. Atque ita non erit opus deletionis huius periodi, quam sine sensu esse (Jufacius ait lib. 21. observ. 1. in fine, cui tamen facile assentior delenti in d. §. 1. sed si quis coenaculi, ipse solus tenebitur, non tam, quia sensum verba non habent, (nam & hic subaudiri potest, maximam partem) quam quia in verbis prioribus is casus jam definitus erat. Si plures simul unam domum inhabitent, si quidem pro diviso, actio in eum solum danda, qui inhabitat illam partem, unde effusum est: sin pro indiviso, in unumquemque in solidum agi. potest, auctoris arbitrio, sed ita, ut solutione per unum facta reliqui liberentur ab eo, qui laesus est, praeiudicium deinde damni partem, societatis iudicio vel utili actione, ei qui solvit, l. 1. §. ult. & ll. seqq. ff. b. r. quod & tunc obtinebit, cum pro diviso quidem plures inhabitant, sed dejectum quid est ex medio coenaculi, id est loco illo, in quo omnes conveniunt, aut in quem distinctae singulae adium partes exitum habent, l. si vero 5. §. in eorum 2. ff. b. r. quod & vestibulum commune dicitur, de quo l. arbor 19. §. 1. ff. commun. divid. vel commune & promiscuum plurium cellarum iter, l. quis sit fugitivus 17. §. apud Calium 15. ff. de adilit. edificio. Aut cum quis coenacularium exercens, (id est; notante Gothofredo, totas domos conduens, ut singula deinde coenacula locet inquilinis questus gratia) modicum sibi hospitium retinuit, residuum pluribus locavit: omnes enim tenebuntur, quasi in hoc coenaculo habitantes, unde dejectum effusumve est, l. si vero 5. §. si quis gratias 1. in fine ff. b. r. Aliud dicendum, si coenaculariam exercens ipse maximam coenaculi partem sibi habeat, quippe qui solus teneretur; uti &, qui gratias dedit habitationes libertis & clientibus vel suis vel uxoris, aut modica amicis suis hospitaliola distribuit d. l. 5. §. 1. ex quibus praemissis non male collegeris, si quid ex studiosi cubiculo dejectum fuerit, non ipsum hac actione teneri, sed inhabitantem; cum plerumque hic maximam adium partem sibi habeat, etsi coenaculariam exerceat, modico tantum hospicio in usum studiosi cedente; nec studiosum satis apte inquilinum, sed magis hospitem dixeris, quippe studiosorum causa peregrinantem, arg. d. l. 1. §. pen. l. 5. §. 1. ff. b. r. junct. l. cives 7. C. de incolis, aut. habita C. de filiis pro patre. Ant. Matthaeus de obligationib. disputat. 29. n. 12.

2. Filiofamilias seorsim a patre habitante, non pater sed filius ipse conveniendus est, si quid ex filii coenaculo dejectum sit §. pen. in de obligat. qua quasi ex delicto, l. 1. §. si filiofam. 7. ff. b. r. Quin &, si servus habitator sit, in dominum neque noxalis actio danda, quia nihil ipse servus deliquit; neque de peculio, quia nulla ex negotio gesto obligatio est; sed ipse servus officio iudicis extra ordi-



nem coeuscendus, d. l. 1. §. cum servus 8. ff. b. t. Plane si cum domino servus moretur, & ex domino coenaculo quid ipse deiecerit, si quidem domino insciente, noxae deditione poterit dominus conventus liberari, l. 1. pr. l. si vero 5. §. prator ait 6. ff. b. t. sin eo sciente & patiente, non noxali iudicio dominus, sed suo nomine condemnandus foret, arg. d. l. 5. §. positum 10. ff. b. t.

5. Tendit hæc actio ad id, ut præstetur duplum damni dati, si illud rebus æstimationem recipientibus illatum sit, d. §. 1. *Insr. de obl. qua quasi ex delicto*. in quo cum hæc ab actione legis Aquiliæ distet, quæ plerumque in simplex est, ex incitatione damnum in duplum crescit, quemadmodum & in eo, quod sic ex culpa aliena condemnatio fit, utrumque probabiliter ob publicam viarum utilitatem, l. 1. ff. *hac in factum* 4. ff. b. t. consequens est, ut actionum harum termini haud confundendi sint, quod tamen fieret, si vulgata servaretur lectio legis 5. §. cum autem 4. ff. b. t. in qua proinde pro verbis, cum autem legis Aquiliæ actione propter hoc qui condemnatus est, reponendum esse, cum autem in factum actione &c. monuit D. Noode probabilium lib. 1. cap. 10. Hodie tamen non in duplum, sed tantum ad damni reparationem dari solere hanc actionem, post alios notat Groenewegen ad d. §. 1. *Insr. de obl. qua quasi ex delicto*.

4. Quod si homini libero per defectionem vel effusionem nocitum sit, cuius quidem ex populo intra annum popularis actio datur, sed læso ipsi in perpetuum, ad impendia in curationem facta, & æstimationem operarum, quibus læsus caruit & in posterum cariturus est, nulla cicatricum, deformitatis, dolorisve habenda ratione, l. 1. pr. l. 5. §. 5. l. ult. ff. b. t. d. §. 1. *Insr. de obl. qua quasi ex delicto*. quorum tamen etiam rationem haberi oportere moribus hodiernis, si desideretur, tit. præcedente dictum fuit. Si liber homo inde perierit, ad quinquaginta aureos actio in factum comparata est, eaque annalis & popularis: dummodo sciamus, ex pluribus desiderantibus hanc actionem ei potissimum dari debere cuius interest, vel qui affinitate cognatione defunctum contingit, l. 1. si vero 5. §. hæc autem 5. ff. b. t. ut, puta, uxori, liberis, quos etiam hodie non præcise ad aureos quinquaginta agere obtinuit, sed ad id, quanti iudici æquum videbitur ob victum, quem occisus potuisset iis probabiliter præbere, Groenewegen, & Parens p. mem. Paulus Voet ad d. §. 1. *Insr. de obl. qua quasi ex delicto* n. 2. Quales etiam hæc petendo non videri se gessisse pro herede, dicitur plenius tit. de *acquir. vel omit. hered.*

5. Nihil autem interest, quo tempore defectionem sit, de die, an de nocte; nec utrum ex ædibus an ex navi, quo casu utilis actio contra magistrum est, l. pen. pr. & §. §. *reg. ff. b. t.* nec denique, utrum publicus locus sit, an vero privatus, si modo soleat illac eo tempore, quo deiecit, iter vulgo dari, l. 1. §. parvi 2. ff. b. t. arg. l. si putatur 51. ff. ad leg. Aquil. Proinde, si quis deiecerit in eo loco, quo vulgus nunc dumtaxat incipit iter facere, cum antea non soleret, cessat hæc actio, l. 1. §. 2. ff. b. t.

6. Altera est actio de positis & suspensis, competens cuius ex populo, & heredi, non qua heredi, sed qua uni ex populo, l. si vero 3. §. ult. ff. b. t. ad-

versus inquilinum, vel eum, qui vacuis in ædibus quid poni vel suspendi passus est, etsi ipse non posuerit; etiam contra dominum, cuius servus posuit, si ipse id sciens, positum patiatur, sic ut tunc non noxali iudicio, sed suo nomine conveniendus sit, d. l. si vero 5. §. prator ait 6. §. ait prator 8. & §. positum 10. ff. b. t. non contra heredes, d. l. 5. §. ult. ff. b. t. ad poenam decem aureorum, d. l. 5. §. 6. §. 1. *Insr. de obl. qua quasi ex delicto*, dummodo primo quidem positum suspensumve fuerit supra locum illum, qua vulgo iter fit, in suggrunda protectove, d. l. 5. §. 6. & 9. ff. b. t. unde, cum pictor in pergula clypeum vel tabulam expositam habuisset, aut amphoram ex reticulo suspensam, eaque excidisset, actionem hanc summo jure non competere palam est; quia neque in suggrunda neque in protecto, adeoque non supra illum locum quo vulgo iter fit, quicquam positum aut suspensum fuerat: ad exemplum tamen hujus actionis utilem actionem dari oportere, Servius respondit d. l. 5. §. pen. ff. b. t. Sed & secundo necesse, ut periculose positum sit; id est, ita positum, ut & probabilis decidendi metus sit, & possit positum, si cadat, nocere, d. l. 5. §. 6. & 11. ff. b. t. Quod si id, quod positum fuerat, ceciderit, actioni de dejectis & effusis utili contra inquilinum, vel ex lege Aquilia contra ponentem, locus est, l. 1. §. quod cum 3. d. l. 5. §. pen. ff. b. t. neque tamen eundem inficias, quia & post casum actio de positis & suspensis supersit; cum Ictus dicat, *coerceri eum, qui positum habuit, sive nocuit id, quod positum erat, sive non nocuit*; nocere autem posita aut suspensa non soleant, nisi cadendo, d. l. 5. §. prator ait cuius 12. ff. b. t. Quod autem in d. l. 5. §. si id 12. ff. b. t. subiungitur, si id, quod positum erat, ceciderit, & nocuerit, in eum, qui habitaverit, hanc actionem non competere; non eo sensu accipiendum est, quasi ea prorsus denegata esset; sed potius, quod plerumque non expediat post casum, ea agi; quasi hæc actio non sufficiat, dum ex eo, quod decidit, sæpe plus damni contingit, quam est in poena decem aureorum hac actione petendorum. Proinde si tam exigua ex casu læsio illata sit, utili de dejectis actione ne decem quidem aureos læsus consequi posset, quia jam expedit etiam post casum actio de positis & suspensis, recte per eam decem aureorum poena petetur. Unde & in verbis sequentibus dicti §. 12. Servius dicitur respondisse, ad exemplum hujus actionis de positis & suspensis, oportere dari actionem, scilicet utilem, si pictor non in suggrunda protectove, sed in pergula, adeoque non supra viam, clypeum aut tabulam positam habuisset, eaque excidisset, & nocuisset transeunti.

7. Quoties autem inquilinus propter ea, quæ per altam dejecta vel suspensa sunt, quid solvere coactus fuit, actione in factum contra ponentem vel deicientem regressum habet, d. l. 5. §. cum autem 4. ff. b. t.

## TITULUS IV.

## De noxalibus actionibus.

## SUMMARIUM.

1. De acquirentibus noxalium actionum: jus singulare est, si servus injuriam intulerit.

2. Recensentur delicta privata, in quibus actio noxalis locum habet. Non datur, si crimen publicum, vel extraordinarium, vel populare a servo commissum sit; nec, si ex privato delicto criminaliter extra ordinem agatur.
3. Non etiam datur, si ex servi contractu obligatio descendat, licet tunc dolus servi intervenierit, nisi minor dolo servi latus sit. An & ex quasi delicto?
4. Quibus detur noxalis actio? An fructuario, cui servus fructuarius nocuit? an uni ex pluribus servi dominis; et quid juris, si pluribus nocitum sit?
5. Datur contra dominum servi. Quis conveniri possit, si servus jam manumissus aut alienatus sit?
6. Quinam sint effectus noxae deditiois, et quid si non dominus noxa dederit? An et quando noxalis actio contra bona vel mala fidei possessorem, fructuarium, creditorem jus pignoris in servo habentem, commodatarium, similesque dari possit?
7. Recensentur casus, quibus quis noxali actione conveniendus liberari nequit noxa dando. An, si domino sciente et patiente servus deliquerit, directa et noxalis actio contra dominum detur, et an altera alteram tollat? quid, si unus dominum sciverit, alter ignoraverit? quid si omnes sciverint?
8. Recensentur casus, quibus neque damnum reparandum, neque servus noxa dandus, sed reus a iudicio noxali liberandus est.
9. Quid juris, si plures servi simul deliquerint? quid si servus unus sapius deliquerit, et dominus ab uno conventus, damnum reparaverit, aut servum agentis noxa dederit? potest exhibito familiae servorum, ut agnoscat servus, qui latus: quo in loco noxalis actio movenda sit?
10. Olim noxalis actio etiam ex filifamilias delicto dabatur, bodie non. Quo modo, et quo usque bodie parentes et domini ex liberorum famulorum et ancillarum delictis regulariter teneantur? Ius singulare, quod insolatores (Bleekers) et collum caniculariorum conductores ex factis famulorum et ancillarum teneantur? et quousque pater, cujus filius puellam pregnantem fecit, respectu alimentorum ac dotis?

1. **N**oxales actiones generaliter quidem non ex delictis tantum servorum, sed & ex factis animalium, quin & ex eo, quod res nosræ inanimatae rebus alienis damnum intulerunt, oriuntur, l. prator ait 7. §. hoc editum 1. ff. de damno infecto, sed cum jam ante de obligatione ex factis animalium seu pauperie descendebat actum sit in tit. si quadrupes paup. noxales hic in specie dicuntur actiones, quæ nascuntur ex delictis servorum, pr. et §. seqq. Instit. de noxal. action. Etsi enim melior quidem conditio nostra per servos nostros, at non deterior fieri potuerit, l. melior 133. ff. de reg. juris, tamen ne servorum alienorum malitia læsi penitus in damno hærent, ex æquitate receptum fuit, aut damnum ipsis reparari debere, aut ipsos servos maleficii causa noxae dedî, & in hoc servos deteriorem posse facere dominorum conditionem, l. 1. §. quod igitur 15, in

fine ff. de vi et vi armata, sic ut actionum harum vis ea ac potestas sit, ut condemnatis liceat deditioem ipsius corporis, quod deliquerit, evitare litis æstimationem, l. 1. ff. b. t. eo excepto, quod, intentata noxali injuriarum actione, in arbitrio domini sit, utrum litis æstimationem sufferre velit, an servum noxae dare, an verberandum eum exhibere, ut ita verberibus satisfiat ei, qui injuriam passus est, l. sed si unius 17. §. cum servus 4. ff. de injuriis.

2. Ut autem noxali actioni locus sit, servi delictum sequitur, idque privatum, veluti furti, injuriarum, rapinæ, damni injuria dati, pr. et §. sunt autem 4. Instit. b. t. d. l. 1. ff. b. t. aut cum aliud quid simile dolo servi factum est, quod in contractum aut quasi non cadit, l. si quis affirmavit 9. §. et, si servum 4. ff. de dolo, puta, si servi alieni mores corrumperit, l. doli verbum 5. §. pen. ff. de servo corrupto, si falsum modum dixerit, cum mensor esset, l. si duobus 3. §. ult. ff. si mensor fals. mod. dicitur. si arbores furtim ceciderit, l. si servi 2. C. b. t. si in jus vocatum vi exemerit, dolove ejus factum sit, quo minus quis iudicio se sistat, l. 1. §. 1. ff. non quis eum, qui in jus voc. vi eximat, l. 1. §. pen. l. 2. ff. de eo, per quem fals. oris quo minus quis iudicio se sistat. Neque vero publicum crimen, neque extraordinarium, a servo perpetratum, noxae deditioi locum facit; sed magis ipse servus accusandus est, eumque in finem a domino exhibendus, l. si criminis 2. C. ad exhibendum, ac ab eodem, si ita videatur, defensum, condemnandus, ut legitimis aut arbitrariis plectatur penis, si nocens deprehendatur, l. pen. in fine C. b. t. l. quis sit fugitivus 17. §. noxae 18. ff. de edilit. edicto, l. si cuidam 2. C. de accusationibus, arg. l. 1. §. 1. ff. de penis. Sed & in popularibus actionibus, si servi a dominis non defendantur, nec penam pecuniariam solvere domini eorum parati sint, cessante noxae deditioe, corpus torquendum est, l. prator ait 3. §. pen. ff. de repulso violato, l. si quis id 7. §. in servos 3. ff. de iurisdic. junct. l. 1. §. ult. ff. de penis, imo, cum ex delictis privatis furti, rapinæ, injuriarum, vel civildem agi possit vel criminaliter, si quis extra ordinem penam publicam exerceri velit, noxae dationi locus non est, arg. l. ult. ff. de injuriis, l. ult. ff. de privatis delictis, quibus etiam in casibus, si puniti penæ suæ supersint, dominis suis restituendi sunt, d. l. ult. ff. de injuriis.

3. Ex contractu vel quasi si oriatur obligatio, non noxalis, sed de peculio actio est, l. 1. ff. b. t. licet delictum quoque versetur, seu dolus servi in contrahendo interveniat, l. ex contractibus 49. ff. de oblig. et action. eo excepto, quod, si servus dolo minorem in contrahendo circumvenierit, nec ex servili peculio possit minori res salva esse, servus noxae dandus sit, aut verberibus castigandus, l. quod si minor 24. §. si servus 5. ff. de minor. 25. annis. Quasi delicta quod attinet, videndum, utrum ipse servus quasi deliquerit, an vero verum ipse delictum perpetraverit, sed tale, ut inde dominum quoque ex quasi delicto faceret obligatum. Etenim, si vere deliquerit, puta, deficiendo ex conaculo per dominum habitato, vel furtum committendo in nave, cum opera ejus in nave exercenda dominus uteretur, dominus de defec. & effusa actione, aut exercitoria ex quasi delicto

conventus, liberari potest servum delinquentem noxam dando; cum ignoscendum ei videatur, quod quasi servorum propriorum opera usus sit, quasi in domestico quodam malo, *l. unic. §. pen. ff. furti adversus nautas camp. stabular. l. 1. in pr. l. si vero §. §. prator ait §. ff. de his, qui effud. del. defecer.* Sin servus ipse quasi deliquerit, dum ipse conaculi habitator est; & ex conaculo ejus quid dejectum effusumve fuit; nec noxalis, nec de peculio, nec ulla alia actio in dominum eo nomine datur; non de peculio, quia nihil a servo gestum, seu contractum est; non noxalis, quia non ex delicto proprio servi obligatio venit: sed extra ordinem officio judicis servus erit corrigendus, quia culpa non caret, *l. 1. §. cum servus §. ff. de his, qui effud. vel defecer.* eodem modo, quo & olim pater ex quasi delicto sui filii, seorsum habitantis neque de peculio neque noxali conveniri poterat, sed cum ipso filio agendum erat, *l. si quis abientis §. §. is quoque §. in fine ff. de oblig. et action.* Sane si servus per suum vicarium navem exercuerit, & vicarius in eam damnum dederit, laeso perinde in dominum actio danda foret, ac si servus ipse liber, & hic vicarius servus ejus esset, adeoque, quasi liber homo ex quasi delicto obligatus esset ob propriorum servorum delictum; ut proinde de peculio servi sui ad noxam dedere vicarium teneatur, *leg. si in re 19. §. ult. ff. b. t.*

4. Sunt autem actiones hae noxales qualitates dejectitiae directarum actionum, ideoque vel civiles vel pratoriae, prout directarum origo ex civili aut pratorio jure est; *§. sunt autem §. Instit. h. t.* licet ipsa noxae dandi facultas ex lege 12. tabularum jam olim competierit, *pr. Instit. si quadrup. paup. fecisse dic. & dantur illis, quibus aliquin directae ex delicto hominis liberi fuissent dandae, etiam usufructuario, qui servus fructuarius nocuit; quippe qui hic non pro domino sed pro extraneo habetur, l. is, qui usufructum 18. l. 19. §. 1. ff. b. t. l. sed si unus 17. §. si servus §. ff. de injuriis.* Si plures laesi, singulis pro sua parte quantum ad litem aestimationem, etsi noxae deductio tanquam individua etiam uni in solidum facienda sit, *l. si servus 27. §. 2. ff. ad leg. Aquil. l. si in re communis 16. ff. b. t.* Non tamen ipsi domino servi competunt; usque adeo, ut, si plurium communis servus in re unius domini damnum dederit, non noxali actione, sed communi dividundo vel familiaris circumspecta judicio agendum sit, ut damnum reparetur, aut parte cedatur: licet sic effectui inspecto hae actiones quodammodo noxales sint, *l. si servus communis §. ff. de furtis, l. si servus 27. §. 1. ff. ad leg. Aquil. l. cum servus communis 43. ff. b. t.*

5. Instituentem vero contra dominos servi (vel animalis, juxta tradita in *str. si quadrup. pauper fec.*) damnum dantis; & eos quidem novissimos, non praeitos, cum noxa caput sequatur: nisi dolo malo, evitandi hujus judicii causa, possidere desiderint hi quondam domini; quo casu in actoris arbitrio est, pristinum an novum dominum vel ipsum servum manumissum convenire malit, ita ut electione alterius alter liberetur, *§. omnis autem §. Instit. b. t. l. de illo 24. 25. 26. ff. b. t. l. 1. §. et cum 12. ff. de quadrup. pauper. sec. dic.* quo tamen casu si manumissus aut novus dominus ad defensionem se of-

ferat, pristinus exceptione se jure tenebitur; eo quod electionem hanc prator introduxit, ne eluderetur actor, *d. l. 26.* Si plures sint domini, singuli in solidum conveniri possunt, sive possideant, sive dolo desiderint possidere; ut totum servum, non solum partem suam, defendant, *l. si plurium §. l. si servus communis §. l. electio 26. §. bis consequens 1. l. si plurium §. ff. b. t.* An & quo modo contra non dominos dentur, ex seqq. apparebit.

6. Finis harum actionum est, ut damnum reparetur, aut servus noxae datur, secundum ante dicta. Cujus deditionis effectus est, non tantum, quod plenissima per eam contingat liberatio, si modo id, quod ex delicto servi ad dominum pervenit, simul reddatur, *§. dominus §. Instit. b. t. l. pen. C. b. t.* & servus a domino noxae datur nulli jure pignoris obligatus; nam si appareret, eum pignoris vinculo nexum esse, actioni doli locus foret, *l. si quis affirmavit §. §. §. si servum §. ff. de dolo (de cujus legis lectione varia, Confer Rerardum l. 3. var. c. 7.)* quodque servus sic noxae datus, novo domino damnum resarcierit, liber fiat, *d. §. 3. In b. t.* sed & quod servi aut animalis dominum transeat in eum, cui noxae datur, *d. §. 3.* si modo noxae dans dominus fuerit. Nam si bonae vel malae fidei possessor sit, aut fructuarius, aut creditor jus pignoris habens, aut commodatarius, aut precario tenens, aut depositarius, non plus juris transferre potest, quam ipse habet, *l. nemo plus juris §. ff. de reg. juris, adeoque nec dominum l. si nulli 27. §. 1. ff. b. t.* Considerandum enim, domino quidem praesente, & apperente ac parato servum defendere, non hos enumeratos, sed solum dominum noxali posse judicio conveniri; cum, quantum ad hoc edictum attinet, domino servire & in ejus potestate esse intelligatur, maxime si copiam habeat recuperandi hominis, *l. si servus depositus 22. pr. §. §. 1. 2. ff. b. t.* & hac ratione caveatur, ne multiplicentur lites, quippe quae prius contra possessorem morte, iterum postea contra dominum vel actione intentata vel opposita exceptione movendae sunt; in quantum dominus servum per hosce non dominos noxae datum vindicare summo jure non prohibetur, sed doli mali exceptione repellitur donec litis offerat aestimationem, vel, si possidere aliquo casu coeperit, publiciana actione convenitur, *l. bona fide 11. 12. 13. l. si noxali 27. §. 1. l. 28. ff. b. t.* Domino autem vero non apperente, aut non praesente, aut praesente quidem, sed defendere nolente, adversus hos omnes recte agitur, adeo ut, ipsis defensionem suscipere nolentibus, prator pignoris persecutionem aut usufructus alterius juris similis actionem denegatur sit, *l. si ex duobus 17. §. si plures 1. l. electio 26. §. ult. l. 27. pr. ff. b. t. l. si cum usufructuario §. ff. si ex noxali causa agatur quemadmodum. sav.* imo quia bonae fidei possessor, durante bona fide, pro domino est, nec verus dominus quari potest per eos, qui hunc dominum esse arbitrantur; hinc ipsum noxali judicio teneri, dominum non teneri, responsum est, *l. bona fide 11. ff. b. t.* Quod ergo Ulpianus in *l. si servus servorum 27. §. servi §. ff. ad leg. Aquil. ait, servi occidentis nomine dominum teneri, eum vero, cui bona fide servus non teneri, recte de eo casu acceperis, quo verus servi dominus jam innotuit & praesens est, sic ut cum eo experundi potestas sit. Et quod idem alibi scripsit,*

actionem de servo corrupto contra bonæ fidei possessorem non dari, l. 1. §. 1. ff. de servo corrupto, id inde est, quia illa in eum demum est comparata, qui mores serviles dolo corrumpit, qualis dolus in bonæ fidei possessorem, durante bona fide & opinione quod re sua abutatur, non cadit.

7. Sunt tamen casus, quibus dominus noxæ deditione defungi nequit, sed totum tenetur damnum reparare, veluti si dolo malo dominus servum possidere desiderit, ut ante dictum: si servum suum esse, vel se possidere, per mendacium negaverit, l. quotiens 21. §. prator ait 2. ff. b. t. l. 1. §. interdum 15. ff. si quadrup. paup. fec. quo tamen casu nec heredi nec in heredem ex mendacio actio est; & pœnitentia locus usque ad litem contestatam, l. electio 26. §. pen. ff. b. t. si condemnatus quadrimestre spatium condemnatis indultum elabi passus sit, l. item venient 20. §. idem recte ait 5. ff. de pœnit. heredi, si servus post litem contestatam ab alio occisus sit, nec dominus velit adversus occidentem actiones cedere, l. 1. §. pen. ff. si quadrup. paup. fec. si servus publicani in vestigalibus exigendis rapinam admittens non exhibeatur, l. 1. §. ult. ff. de publican. & vestigal. si servus depositus depositario factum fecerit, aut quis certum servum emi mandaverit, & is emtus mandatario res subdlexerit, licet deponens vel mandans ignoraverit, eum furem esse, l. si servus 61. §. quod vero 5. ff. de furtis, si servus pignori datus ab eo, qui non ignorabat eum furem esse, creditori res eripuerit, l. si servus 31. ff. de pignor. actione, si dominus se in potestate sua habere fateatur, & nec exhibeat servum, nec absentem defendat, l. si servus depositus 22. §. dominus 3. ff. b. t. si domino iubente, vel sciente nec prohibente, cum id posset, damnum a servo datum fuerit, cum ita directis ipse actionibus teneatur l. pen. C. b. t. l. si servus sciente 2. l. 3. 4. ff. b. t. etsi non sit eundem inficias, quin dominus suo nomine directæ actioni sic obnoxius redditus, insuper noxali iudicio servi sui nomine conveniri possit, ut litis æstimationem præstet, aut servum suum noxæ det: sive jusserit, ut servus delinquat, sive non jusserit, sed cum posset, non prohibuerit. Etenim si solummodo non prohibuerit, cum id posset, manifestum non modo domini, sed & ipsius servi delictum est; quippe cum hoc casu servus sua sponte fecerit, & nulla pressus jussione domini, nulla etiam parendi necessitate potuerit excusari, adeoque nec dubium esse potuit, quin & directæ actioni & noxali locus esset, l. 2. §. 1. l. in delictis 4. §. cum dominus 2. ff. b. t. Sed & si jussus domini intervenisse proponatur, tamen si tunc parendi necessitas servum a delicto videatur excusare, d. l. 2. §. 1. ff. b. t. l. ad ea 157. l. si damnum das 169. ff. de reg. jur. delicto autem servili debiciente noxale quoque iudicium deficiat: tamen ob auctoritatem legis 12. tabularum Ulpiano post Marcellum & Julianum placuit, cum actione directæ noxalem servi nomine contra dominum jubentem permitti, d. l. 2. §. 1. ff. b. t. iustissima sane ratio; tum ne melioris alioquin conditionis esset manifestus improbiusque ex jussu auctor delicti, quam qui conviventibus oculis delinqui permisit: tum quia in iis, quæ facti atrocitatem habent, servi ne ex eo quidem, quod ex parendi necessitate facinus commiserint, venia digni sunt, l. servus non in 20. ff. de

oblig. & act. d. l. ad ea 157. ff. de reg. jur. Adde D. Noodt tract. de lege Aquil. cap. 10. pag. 48. infra 49. 50. Sive autem directæ actione dominus conventus fuerit, noxalis evanescit; sive noxali prius agatur, directæ perit, l. in delictis 4. §. cum dominus 2. ff. t. nec contradicit Ulpianus in d. l. 2. in fine ff. b. t. dum ait, dici posse etiam servi nomine cum domino agi posse noxali iudicio; ut quod datur Aquilia adversus dominum, non servum excuset, sed dominum oneret. Etenim & hoc sat grave domini onus est, quod pluribus actionibus actoris arbitrio conveniri possit, etsi electione unius altera pereat. Firmatque hanc legem sententiam, quod, auctore Paulo, & eodem Ulpiano, in dominum, qui scivit, ac contra quem noxali iudicio actum est, amplius directæ actio detracta noxæ deditione dando non sit, l. in delictis 4. §. ult. ff. b. t. atque insuper, si dominus, quo sciente peccatum est, servum peccantem alienaverit, sique cum emtore noxali fuerit actum iudicio, conveniri amplius venditor non possit, l. noxalis autem 7. §. 1. ff. b. t. Aliter, quam obtinet, si plurium servus omnibus scientibus deliquisset: cum enim perinde tunc sit, ac si singuli delictum perpetrassent, altero convento ac solvente, alter liberatus non est, l. si plurium 5. ff. b. t. & si ex duobus dominis uno sciente, altero ignorante servus deliquerit, ac ante cum eo, qui nesciebat, actum sit, adhuc cum sciente in id quod deest agi potest, l. si communis 9. l. si ex duobus 17. ff. b. t.

8. Sunt & e converso casus, quibus dominus nec damnum reparare cogitur, nec servum aut animal noxæ dare; scilicet si bona fide servum alienaverit aut manumiserit, prout ante dictum, si pro derelicto habuerit, l. quemadmodum 33. §. Julianus 1. ff. b. t. si ante litem contestatam dominus mortuus sit; cum contra heredes locus non sit noxalibus actionibus, nisi quatenus servi aut animalis, quod nocuit, possessores sunt, l. noxalis autem 7. junct. l. pen. §. ult. ff. b. t. l. 1. §. ult. ff. si quadrup. paup. fecisse dic. si ad eum, cui nocitum est, servus ante litem contestatam pervenerit: secus si post, l. si alienus 37. ff. b. t. §. si servus 6. Inst. b. t. sive in totum, sive pro parte tantum ad eum pervenisse proponatur; non enim contra socium huic actioni, sed communi dividendo locus est, l. si servus communis 8. l. cum servus communis 41. ff. b. t. Adhuc, si non dominus alienum servum suum esse in iure confessus, solverit, l. electio 26. §. si servum 3. ff. b. t. si cum domino quasi conscio actum fuerit actione directæ, & is absolutus sit, nam tunc ad noxale iudicium recurri nequit; etsi pendente lite mutare liceat, & pro directæ noxalem movere, l. in delictis 4. §. ult. ff. b. t. si reus servum pendente lite in sua potestate habere desiderit sine sua culpa factove, l. si quis a multis 14. §. ult. l. quotiens 21. pr. l. pen. ff. b. t. si ante litem contestatam servus mortuus sit, etiamsi dominus ante servum interitum desierit eum dolo malo possidere, si modo in lite suscipienda nullam moram fecerit, l. electio 26. §. si is, quem 4. l. 39. §. ult. l. 42. §. 1. ff. b. t. l. 1. §. plane 13. ff. si quadrup. paup. fecisse dicatur. Si lapsum sit tantum temporis spatium, quo & directæ actioni præscribitur ex civili aut honorario jure: adeoque si directæ temporales sint ve-

Alei de vi bonorum raptorum, hæ quoque noxales tales erunt, *l. pen. C. b. t. sin illæ perpetuæ*, harum quoque duratio perpetua est, veluti ex furto, aut damno legis Aquiliæ: & ad actiones noxales ex hujusmodi causis descendentes, restringendum est, quod generalius assertum invenitur in *l. pen. §. ult. ff. b. t. actiones noxales perpetuas esse*.

9. Si plures servi simul delictum commiserint, vel omnes noxæ dandi sunt, vel sic pœna præstanda, quasi unus homo liber deliquisset, *l. quod ait 51. ff. b. t. l. 1. pr. & tot. tit. ff. si familia furum fecisse dic.* Si servus unus plura commiserit, delicti nomine conventus dominus litis æstimationem præstiterit, adhuc reliquorum delictorum nomine iudicio noxali obnoxius manet, *l. qui pluribus 20. ff. b. t. contra*, si servus ex uno delicto noxæ datus sit ei, qui primus sententiam obtinuit, reliquæ extinguuntur actiones noxales, tam contra noxæ dantem, quam contra accipientem; sic ut occupantis melior conditio sit, non ejus, qui prior egit, sed qui prior sententiam obtinuit, *l. si quis a multis 14. d. l. 20. ff. b. t.* Neque his adversatur *l. 1. in fine, junct. l. 2. ff. si ex noxali causa agat: quemadm. cav.* ubi noxæ deditus perinde haberi videtur, ac si venditus esset, adeoque reliquis suis non peremta actiones noxales. Non enim aliud lex vult, quam eum, qui noxali iudicio conventus cavit, *servum in eadem causa sinti*, non intelligi in eadem causa servum stitisse secundum Oñilum, si eum sistat alteri noxæ datum, quia tali noxæ deditio ceteris noxalem perimi actionem, Oñilus putat, *d. l. 1. in fine*, sed alio jure Romanos uti secundum Paulum, *auctorem d. legis 2. & per illam noxæ deditioem*; quæ post cautionis hujus interpositionem sequitur, noxæ deditam *servum ex præcedentibus causis non liberari*, id est, ex causis, quarum intuitu prætor jam fuerat aditus, & cautio de servo in eadem causa sistendo jam intervenerat; sed talem noxæ deditioem venditionis loco esse, & noxam perinde caput sequi, ac si servus venditus fuisset. Quod longe diversum est a præsentis quæstione, neque impedit, quominus, si bona fide servus noxæ datus sit ei, qui primus sententiam obtinuit, reliquæ noxales extinguantur actiones, tam contra noxæ dantem, quam contra accipientem, atque ita secundum jam probata melior occupantis conditio sit. Eodem modo, quo id in actione de peculio quoque receptum est, *l. si vero adhuc 10. ff. de peculio*. Si noxali iudicio acturus aut servum non recognoscat, aut nomen non teneat, sciat tamen ex cuius domini familia servus sit, recte actione ad exhibendam familiam experitur, ut ex præsentibus noxium agnoscat: designandus enim servus est, cuius nomine actor agere vult, *h. in hac 3. §. si quis noxali 7. ff. ad exhibend.* Non quovis autem in loco noxale iudicium intentari, aut dominus ad suscipiendam servi defensionem adigi potest, sed illic tantum, ubi deliquisse arguetur, *l. ult. ff. b. t. l. si cui 7. §. pen. ff. de accusation.*

10. Ceterum olim filijsfamilias etiam delinquentibus, noxalis in patrem actio erat; cuius vestigia in pandectis sunt, *leg. noxali iudicio 33. & ll. seqq. ff. b. t.* Sed jure novo id mutatum, *§. ult. Inst. b. t.* Hæc quamvis apud nos, multasque gentes alias, nullus servorum unus sit, utilitatem tamen suam præbent etiamnum hodie pleraque, quæ de noxalibus

iudiciis fuere in antecedentibus tradita: errant enim toto cælo, qui noxæ deditioes ab usu recessisse putant; cum & animalia pauperiem facientia noxæ dari pro damno posse ad id, ut plenissima contingat liberatio, *tit. 1. dictum sit*; usque adeo, ut ne ob præcedentem quidem infanticionem, qua nostrum esse vel a nobis possideri negabatur, quod nocuerat, nunc noxæ dandi facultas impedita censeatur. Groenewegen ad *l. 22. §. ult. ff. b. t. & de navigiis*, quandoque pro noxæ relinquendis per exercitores, jus traditum *tit. 2. de lege Aquilæ*. Quod autem attinet delicta per famulos hodiernos aut filios in sacris paternis positos perpetrata, operæ pretium fuerit paucis exponere. Ac primo quidem admonendi sumus, dominos ac patres in solidum teneri ex delictis famulorum ac filiorum, etsi aut nulla aut longe minor merces famulo debita sit, quoties illi deliquerunt in officio aut ministerio cui a patre dominove fuerunt præpositi; cum his imputandum sit, quod negligentium aut malignorum operas ministerio certo aut officio addixerint, arg. *l. ult. pr. ff. de custod. & exhibiti. reorum, l. si servum 27. §. si fornicarius 9. ff. ad leg. Aquil. l. 1. pr. & §. pen. l. quantæ 12. §. 1. 2. ff. de publicianis, l. unic. pr. & §. 1. & ult. ff. furti adversus man. caup. stabularios, l. ult. ff. nuptæ caup. stabularii ut recepta restituant, Dan. Mollerus semestr. lib. 4. cap. 18. Henr. Kinschot respons. 108. num. 8. 9. (in editione ann. 1655. Francisc. Kinschot respons. 37. num. 8. 9.) Carpzovius *defin. forens. part. 4. constit. 43. defin. 7.* Andr. Gayl. *tract. de pignoration. observ.* 5. Paulus Voet ad *§. 6. Instit. b. t. num. 3. in fine*. Adde *tit. navis caup. stabul. ut recepta restit.* ac extra id, cui a dominis aut parentibus fuerunt præpositi, si deliquerint, dominis ignorantibus, aut scientibus, sed prohibere non valentibus, domini ultra mercedem adhuc debitam, uti & parentes, obligati non sunt; sed ipsi famuli ac liberi ex delictis suis conveniendi, ac si ex suo non solvant impositas sibi pœnas pecuniarias, arbitrariis ob inopiam pœnis coercendi, arg. *§. ult. Instit. de noxali act. tit. C. ne filius pro p. eo quod suos delicta auctores tenent*, quisquam alieni criminis successor constituitur, *l. crimen 26. ff. de panis*, adeo ut ne quidem usque ad legitimam filio cessuram pater executionem pati debeat, quippe quæ non vivo, sed mortuo demum parente, debita est, Carpzovius *defin. forens. part. 4. constit. 43. defin. 6.* Hugo Grotius *manud. ad jurisprad. Holl. lib. 3. cap. 1. num. 48. 49. & cap. 38. num. 9. Leeuwen cens. forens. part. 1. lib. 2. cap. 12. num. 3. 4. 5. Ant. Faber Cod. lib. 4. tit. 9. def. 2. Jul. Clarus recept. sentent. §. fin. quart. 86. num. 3. Tuldenus ad tit. C. ne fil. pro patre n. 6. nisi propter utilitatem publicam, aliæve justam causam, aliud municipali vel provinciali lege cautum invenitur. Quo modo insolutores (Blacksters) ex facto liberorum, famulorum, aut ancillarum, adversus leges insolationis delinquentium, pati debere pœnæ pecuniariæ executionem, sancitum ab Hollandiæ Ordinibus 5. Martii 1610. vol. 1. placit. Holl. pag. 1220. idemque in collum cuniculorum per Hollandiam conductoibus (Dynamajers) sancitum, quoties famuli ipsorum aliquæ domesticæ occidunt canes eorum, quibus venandi jus est, aut venenata per colles spargunt, 1. Junii 1650. vol. 1. placit.**

Holl. pag. 1396. & seqq. Adde placitum de venatione 12. Martii 1674. art. 62. vol. 3. pag. 622. Similiter si filius, puella vitata, prolem progenuerit, patrem hæcenus obligatum efficit, ut is nomine filii sui, nullum licet patrimonium possidentis, alimenta partui teneatur subministrare, cum & liberos naturales a parentibus alendos esse, ratio naturalis dicat, arg. l. si quis a liberis 5. §. utrum 2. 3. 4. ff. de agnosc. & alendis liberis, junct. l. pen. ff. eod. tit. Ant. Faber Cod. lib. 4. tit. 9. defin. 3. Carpovius defin. forens. part. 2. constit. 10. defin. 20. Tuldenus ad tit. C. ne fil. pro patre num. 5. Sim. van Leeuwen cons. for. part. 2. lib. 1. cap. 11. num. 8.

Plane puellam ipsam vitatam dotare, si filius tantum in ære non habeat, pater cogi nequit: cum enim nec propriam suam filiam naturalem dotare quisquam teneatur, etsi in culpa sit, quod eam genuerit, ut sit. de jure dotium dicitur; absurdum foret, eum ad dotem peregrinæ puellæ dandam adigi, ex qua soboles illegitima filio nata est, Cristinæ vol. 3. decr. 17. num. ult. Tuldenus d. loco. Groenewegen ad l. 1. C. ne fil. pro patre, Leeuwen. d. loco. Nec aliud sentit Faber Cod. lib. 4. tit. 9. defin. 3. etsi aliter a Sabaudiz Senatu commemoret judicatum esse.

## LIBER DECIMUS.

### TITULUS I.

#### Finium regundorum.

##### SUMMARIA.

1. Quid sit actio finium regundorum? qui olim judices fuerint in finium questionibus?
2. Cur hac actio magis stricti juris, quam bona fidei aut arbitraria sit?
3. Cur hac & familia erciscunda ac communi dividendo actiones duplices dicantur?
4. Quo sensu dicantur mixta, & an dentur actiones mixta partim in rem & partim in personam?
5. Non habet locum hac actio, si via publica aut publicum flumen sit intermedium inter duos agros, nec in adibus; an in hortis?
6. Datur hac actio dominis, & aliis, qui habent jus in re; non tamen male fidei possessoribus; an socio contra socium, si communis & proprii prædii fines turbati sint?
7. Tendit ad id, ut fines quomocunque turbati restituantur, remotis vel repositis iis, ex quibus positis, aut amotis confusio nata erat. Si fines pristini restitui commodè nequeant, per adjudicationem novi fines constituuntur: & singulare, quod hoc judicio adjudicatio pluribus pro indiviso fieri possit; cuius ratio redditur.
8. Petuntur etiam præstationes personales. In quibus illa consistant?
9. Quibus modis fines probentur; & de oculari inspectione, quo modo ea faciendæ sit? deque præsumtionibus circa fines.
10. Quales fines considerandi sint in restitutione? & quid juris, si pendente hac lite alteruter voluerit quid ex finibus usurpare?
11. Quamdiu duret actio finium regundorum? An & quanto tempore olim & jure novo finium præscriptio fieri poterit?
12. De spatio intermedio inter confinia, & alterius foras, puteum, implantata, inadificata, etc. item inter duas ades privatorum, vel ades privatorum & borrea publica &c.

1. Quoties agrorum ad dominos diversos pertinentium fines confusi sunt, sive casu, sive confinium aut tertii facto, comparata est finium regundorum actio, quæ est stricti juris, duplex, mixta, quæ primario contenditur inter confines de spatio quinque pedum, seu finibus agrorum regundis & discernendis. Quale judicii genus ex lege quidem duodecim tabularum coram tribus arbitris, at ex lege Manilia coram uno, ventilandum fuit. Cicero lib. 1. de legibus. Nec improbabilis est Cujacii opinio, fratres seu sodales arvales, qui Deorum Terminorum sacerdotes erant, olim finalibus in questionibus judices fuisse, Cujacius lib. 11. observo. cap. 5. Confer Rosinum antiquit. lib. 2. cap. 20. de Deo Termino, ibique Demsterum in notis, & lib. 3. cap. 6.

2. Stricti juris hæc actio creditur, eo quod nuppiam bonæ fidei aut arbitrariis invenitur adnumerata; & fructus in ea demum veniunt ex judicis officio post litem contestatam, sic ut ante percepti nominatim condicendi sint, l. sed & loci 4. §. post litem 2. ff. b. t. quod actionum stricti juris indicium est, arg. l. videamus 38. §. si actione 7. junct. l. usura vicem 34. ff. de usuris, non, quod in actionibus stricti juris fructus ante litem contestatam percepti nunquam veniant: etenim & in conditione indebiti, & in conditione causa data, causa non secuta, & in aliis variis stricti juris judiciis, quibus repetimus id, quod nostrum aliquando fuit, fructus ante litem contestatam perceptos adjudicari, patet ex d. l. 38. pr. et §. 1. et seqq. ff. de usuris, sed potius, quod illa actio bonæ fidei dici nequeat, in qua fructuum (usurarum præstationem in bonæ fidei iudicii imitantium) ratio ante litem contestatam habenda non est, arg. l. usura vicem 34. ff. de usur. Dissent. Bachovius tract. de action. disput. 6. ibes. 4. & ad Treutlerum vol. 1. disp. 19. ibes. 2. lit. C. Nec est quod objiciatur, fructuum intuitu idem in finium regundorum judicio, quod in familie erciscunda obtinet actione, receptum esse; dum Paulus, non solum in finium regundorum, sed & familie erciscunda judicio præteriti quoque temporis fructus venire, monet l. non solum 56. ff. famil. ercis. Etiam fructuum respectu comparatio inter hæc duo ju-

dicta in eo est, quod utrobique præteriti quoque temporis fructus veniantz sed, an id ex officio judicis fiat, an vero, quia & quando nominatim petiti sunt, non illic declaratur; nec dubium est, quin in stricti quoque juris judiciis actor fructus ante litem contestatam perceptos consequi possit, si specialiter pro iis etiam egerit, non consecutus, si nominatim non petisset, arg. *l. parium* 10. ff. de *usufructu*. Neque satis apte a familia erciscundæ & communi dividundo judiciis (quæ bonæ fidei esse constat ex *actionum autem* 28. Inst. de *actionibus*.) ad hoc nostrum finium regundorum argumentum produxeris: cum superiora duo judicia ideo bonæ fidei sint, quia in iis quædam societatis imago apparet, imo & gestionis alienorum negotiorum, dum is, qui communia tractat, partem sua partem aliena gerit, idque ex certa scientia, ac sæpe etiam cum conjuncta gerendi voluntate; unde & cum judicio communi dividundo ac familia erciscundæ concurrere posse negotiorum gestorum actionem, sequenti titulo demonstratur. Nulla vero talis societatis aut negotiorum gestionis similitudo in finium regundorum actioneprehendi potest; quippe in qua suam quisque partem agri sui finiumque vindicat, quam nunquam habuit cum confine communem, quamque confinis alter vel ut suam bona fide possedit, vel ut prædo mala fide, atque ita neutro in casu tanquam communem, Vinnius ad §. 28. Inst. de *actionibus* num. 6. Bachovius de *actionibus* d. disp. 6. lib. 4. Heukelman ad *Fand. b. t. num. 5*. Frustra vero sunt, qui arbitriam hanc putant actionem esse, quia & rei vindictio talis est, pro qua rei vindicatione hanc esse actionem, Paulus scripsit, *l. 1. ff. b. t.* Quam enim non procedat hujusmodi conclusio, vel inde manifestum est, quod & familia erciscundæ & communi dividundo actiones, atque ipsa etiam hereditatis petitio, pro rei vindicatione sunt, *l. item Labeo* 22. §. pen. ff. *famil. ercisc.* *l. hereditatis* 7. C. de *petit. hered.* quas tamen ideo non arbitrias, sed bonæ fidei esse, extra dubium est, §. *actionum autem* 28. Inst. de *actionibus*. Sed nec movere debet, quod in *l. sed et loci* 4. §. *sed et si* 3. ff. b. t. scriptum sit, si quis iudici non pareat in succidenda arbore, vel edificio in fine posito deponendo, parveo ejus, condemnabitur, & hæc ipsa sit actionum arbitrariorum natura atque descripti, dum arbitrarie appellatur, in quibus, nisi arbitrio iudicis in, cum quo agitur, actori satisfaciatur, veluti rem restituatur, vel exhibeat, vel solvat, condemnari debeat, §. *præterea* 31. Inst. de *actionibus*. Non enim in d. *l. 4. §. 5*. iudex per modum arbitrii, sed per modum definitivæ sententiæ jusserat succidi arborem, aut ædificium partemve ejus deponi, cum nihil aliud esset, per quod fines agrorum confusi erant, quam vel arboris plantatio vel domus ædificatio, secundum *l. hæc actio* 2. ff. b. t. ac proinde cessatura esset confusio hoc ipso, quo arbor aut domus amota fuisset. Quod si confinis iudicatus parere nollit, & adimplere factum excisionis arboris, aut depositionis ædificiorum, condemnari debebat, non ad illam depositionem, aut excisionem, sed ad id quod interest, factum illud, ad quod condemnatus fuerat confinis, implendum haud fuisse, sicut id evenit in omnibus faciendi obligationibus, arg. *l. si quis ab alio* 13. §. *si quis* 1. ff. de *re iudicata*.

Voci ad *Pandect.* Tom. II.

3. Duplex autem hæc actio dicitur, æque ac sequentes duæ familia erciscundæ & communi dividundo, eo quod in ea singulæ personæ duplex jus habent, puta, agentis, & ejus, cum quo agitur, *l. iudicium communi* 10. ff. b. t. & par causa omnium videtur, *l. in tribus* 13. ff. de *iudiciis*, sic ut & singuli, tanquam actoris simul ac rei partem obtinentes, duplex calumniæ iurjurandum præstare compellantur, se scilicet non calumniæ causa litem intendere, nec calumniæ causa ad iniicias ire, *l. inter coheredes* 44. §. *qui familia* 4. ff. *famil. ercisc.* & procurator in his judiciis ad agendum datus, ad defendendum quoque datus videatur, duplici cautela interponenda, *l. si defunctus* 15. §. 1. ff. de *procur.* etsi, quantum ad iudiciorum ordinem attinet, placuerit eum, qui prius ad iudicium provocasset, actorem videri, *d. l. 13. ff. de iudiciis*, unde & ei probandi onus videtur debere imponi, tanquam actori arg. *l. 1. §. 1. ff. famil. ercisc.*

4. Mixtam hanc, & duas duobus titulis sequentibus propositas, Imperator ait §. *quoddam* 20. Inst. de *actionibus*. nec immerito; cum in rem simul & in personam sint. In rem quidem, quatenus unusquisque sociorum, coheredum, confinivæ rem suam, seu partem suam jure domini ad se pertinentem persequitur, ac vindicat; confinis nempe partem agri sui, terminorum confusione per continem alterum nullo jure possessam; socius aut coheres rei communis portionem tantam, quanta ei jure domini per additionem hereditatis, legati titulum, aut alium modum similem rerum communiones introducentem, quesita fuit. Unde & finium regundorum actio pro rei vindicatione esse dicitur, *l. 1. ff. b. t. & coherere controversia proprietatis*, *l. si quis* 3. C. b. t. & vindictio ea fieri, *l. 1. C. b. t. familia quoque erciscundæ iudicium ex rebus constare*, ad oppositionem personalium præstationum actione personali pendarum, *l. item Labeo* 22. §. pen. ff. *famil. ercisc.* In personam vero, quatenus præstationes personales simul his persequi licet divisiis judiciis ac obtinere: sic ut actor intendere possit, adversarium sibi ex obligatione præstare quid debere: quarum etiam præstationum inquit tantum est, quod creditum fuit, ex quasi contractu actiones familia erciscundæ ac communi dividundo nasci; hanc forte etiam ex quodam d. l. ito, si terminos confinis ipse movisse doceatur. Ipsam namque rerum communem quasi contractum esse, erroneum est; cum id nec ratio juris nec leges dissentiant; & aperte satis Imperator declarat, tum demum & eatenus tantum, ex quasi contractu has proficisci actiones, cum; & in quantum, ideo communi dividundo iudicio alter alteri tenetur, quod unus solus fructus ex re communi percepti, aut necessarii in eam impensas fecit, aliusve factis similibus sese socio aut socium sibi efficit devinctum, §. *item si Inst. de oblig. quæ quasi ex contractu nasc.* quibus adde ex eventu, si partis adjudicatio ad fines novos evidentiores constituendos facta sit, ac ejus adjudicationis intuitu condemnatio ad portionis adjudicatæ pretium sit subsecuta, *l. hæc actio* 2. §. 1. *l. 3. ff. b. t.* Confer Vinnium *relat. quest. lib. 1. cap. 34. in pr.* Neque tamen propterea existimandum est, æque in rem & in personam has actiones vere comparatas esse, sed magis videri, ut loquitur Imp. in d. §. *quoddam* 20. Inst.



de action. Cum in personam ex quasi contractu non nisi per quandam consequentiam sint, principaliter vero in rem, seu pro rei vindicatione. Quod ut apertius sit, considerandum, fieri posse, ut tantum pro rei vindicatione, adeoque tantum in rem, nullo modo in personam sint, deficientibus forte praestationibus personalibus, ac sola facienda rerum divisione aut separatione, quae pro rei vindicatione est: dum nullus confinium, sociorum, aut coheredum impensas fecit, aut fructus percepit, aut damna dedit, aliudve factum simile interposuit, ex quo obligationes ex quasi contractu descendere dictum est. Contra vero fieri haud posse, ut tantum in personam essent, & praefer personales praestaciones. nihil vindicaretur seu veniret dividendum. Quae pertinere puto, quod rescriptum est, *familia erciscunda vel communi dividendo iudicio ita damnam, si corpora maneat (seu manserint) communia, agi posse, l. familia 9. Cod. commun. utriusque iudicii, & cessare communi dividendo iudicium, si res communis non sit, l. i. ff. communi divid. Unde & si fundi, aut res aliae, quarum nomine haec divisoria competunt iudicia, perierint aut alienatae sint; in easque ante interitum aut alienationem impensae quaedam ab uno sint factae, fructusve percepti, de praestationibus huiusmodi personalibus non directum, sed tantum utile, ex bono & aequo praeter jus commune iudicium dari placuit; quasi deficiente tunc eo, propter quod primario divisoriae haec actiones introductae sunt; quod est, ut a communione vel confusione recedatur, d. l. i. l. si quis putans 6. §. quare 1. l. in summa 11. ff. communi dividendo. Frustra quoque videntur esse, qui actiones has mixtas negant, quasi summa actionum divisio duabus constaret tantum speciebus, puta, actionum in rem et in personam, nulla facta mixtarum commemoratione, §. 1. Instit. de action. Etenim, cum de natura simplicium participet quicquid mixtum est, novum in iure nostro non est, neque absurdum, ut in divisionibus proponendis speciei mixtae, tanquam sub simplicibus comprehensae, mentio praetermittatur; cujus tamen commemoratio aliis in locis est. Munerum civilium alia patrimonii esse, alia personarum, Hermogenianus scripsit, l. 1. pr. ff. de muner. & bonor. Charisius trimembrem munerum divisionem proposuit, puta, personalium, patrimonialium, et mixtorum, l. ult. in pr. ff. eod. tit. Actionum quasdam bonae fidei, quasdam stricti iuris esse, nos docet Imp. §. actionum 28. Instit. de action. neque ramen postea dubitavit arbitrarías proponere, revera mixtas, utpote partim bonae fidei, partim stricti iuris actionum naturam imitantes, §. praeterea 31. Instit. eod. tit. Nec minus a vero recedunt, quibus placuit primario in personam, secundario in rem haec divisoria iudicia esse. Quod enim ajunt, annis triginta demum his praescribi actionibus, idque actionum personalium indicium esse, l. 1. §. 1. C. de annali exceptioe, non allud inde evinci potest, quam actiones hasce personales quoque esse, (quod et ante adstructum fuit) in quantum scilicet ex quasi contractu descendunt, ac tanquam tales tricennii lapsu demum perire. At eas primario ob id in personam esse, nec illic assertum est, nec per legitimam collectionem inde deducitur: nam et petitionem hereditatis totis durare triginta annis manifestum est, ex*

ratione, quod mixtae personalis aditionis natura hoc respondere compellat, l. hereditatis 7. C. de petis. hered. quam tamen primario in rem esse, vix ambigitur. Neque plus momenti in eo est, quod Paulus tradidit, *finium regundorum actionem in personam esse, licet pro rei vindicatione sit, l. 1. ff. b. r.* cum non alia verborum istorum sententia sit, quam, quod actio ista, licet pro rei vindicatione sit, seu potissimum in id comparata, ut confines singuli confusas suorum agrorum vindicent partes finesque, tamen etiam simul in personam sit, in quantum scilicet praestaciones personales secundario in hanc quoque veniunt actionem. Firmatque hanc d. legis primae interpretationem similis plane de petitione hereditatis loquendi ratio ab Ulpiano adhibita in l. sed & si 25. §. petitio 18. ff. de petis. heredit. dum ait, *petitionem hereditatis, etsi in rem actio sit, habere tamen praestaciones quasdam personales; designans ita, eam, licet principaliter pro rei vindicatione sit, tamen etiam praestationem personalium intuitu personalem esse, tanquam quodam quasi ex contractu haecenus profluentem, ut alibi dictum sit. de petis. hered.* Non obstat denique, quod ajunt, actiones in rem contra possidentes dari §. Instit. de action. has vero mixtas, ac praecipue familiae erciscundae vel communi dividendo iudicia etiam contra non possidentes intentari, l. 1. §. 1. heredes 25. §. quantum 2. ff. familia ercisc. l. pen. ff. communi divid. Respondeo enim, inficias quidem iri non posse, quod et rei vindicatio, et aliae plures in rem actiones, adversus eos solos movendae sint, qui vel vere possident, vel iuris fictione pro possessoribus habentur, dum liti se obtulerunt, aut dolo malo possidere desierunt, idque quia in pluribus in rem actionibus de possessionis restitutione questio est, eaque per sententiam subsecutam reo iungitur, l. qui restituere 63. ff. de rei vindicat. Sed omnes omnino in rem actiones non nisi contra possidentes dari, verum non est. Nam & confessoriam ac negatoriam non modo contra possessores, sed et ipsis possidentibus indulgeri adversus non possidentes, dubio caret, l. pen. §. ult. ff. si usufructus pet. Similique modo in his familiae erciscundae ac communi dividendo actionibus placuit, eas et inter non possidentes posse sibi locum vindicare: et merito. Cum enim in hisce non tam possessionis restitutio intendatur, quam potius divisio et adjudicatio partis rerum communium, ut eam deinceps heres aut socius pro diviso solus habeat, quam haecenus junctum cum aliis habuerat pro indiviso; necesse non erat, ut conveniendus iisdem possessor esset; quippe valens abunde satisfacere desiderio achoris, et divisionem adjudicationemque rerum communium subire ac pati sine rerum ipsarum communium possessione.

5. Habet autem locum haec finium regundorum actio in praediis rusticis confinibus, aut solo rivo privato distinctis; non item, si via publica sit intermedia publicumve flumen; quippe quo casu finium confusio frustra metuitur, dum magis in confinio via publica vel flumen esse intelligitur, quam ager vicini, l. sed & loci 4. §. pen. & ult. l. 5. l. 6. ff. b. r. Uti nec in aedificiis; cum et his contingere nequeat terminorum turbatio, dum plerumque aut propriis aut communibus parietibus determinantur, d. l. 4. §. pen. ff. b. r. Quo pertinet illud Cicero-

nis in topicis; si in urbe de finibus controversia est, quia fines agrorum magis esse videntur, quam urbium, finibus regundis adigere arbitrium non possit. In hortis plane, qui in continentibus sunt adificiis, quosque urbanorum praediorum appellatione contineri placuit, l. urbana praedia 19. ff. de verbor. signif. si confusa latitudo invenitur, finium regundorum agi, nihil vetat, d. leg. 4. §. pen. ff. b. t.

6. Datur confinibus adversus confines, sive domini sint, sive fructuarii, (quibus et clericis ratione agrorum ad praebendas pertinentium merito accensus, arg. cap. ult. extra de pecunia clericor.) sive creditores pignus habentes, sive emphiteutae, sive bonae fidei possessores, cum hi omnes praedii sint jure in re, ac ex illo jure ipsorum intersit, terminorum non fieri confusionem, atque generaliter bonae fidei possessori tantum praestet bona fides, quantum veritas, si lex impedimento non sit, l. sed & loci 4. §. finium 9. ff. b. t. l. cadere 5. §. ult. ff. arborum furum cararum, arg. l. bona fides 136. ff. de reg. juris. Non tamen male fidei possessori, tum quia nulla ejus circa actionis hujus instituendae licentiam mentio in legibus est: tum quia male fidei possessor ratione rerum, quas mala fide possidet, qua talis, nullam potest actionem movere, l. si quid possessor 51. §. illud plane 4. ff. de petiti. heredit. Uti nec socio adversus socium, confusus proprii ac communis agri finibus; sed vel a communione prius recedendum, vel res propria aut communis alienanda, atque ita demum ad hoc de finibus iudicium deveniendum; eo quod nemo contra semetipsum agere potest; quod tamen contingeret, si sociorum alter vel proprii vel communis praedii intuitu finium regundorum litem moveret, d. l. sed & loci 4. §. si communem 7. ff. b. t. Difficultas interim haud levis adversus hanc de socio definitionem in eo est, quod, si verbi gratia inter te et me communes sint Titianae ades, et ex his aliquid non jure in alias ades meas proprias immisum sit, aut ex propriis tuis adibus in communes meas et tuas ades quid simile projectum fuerit; aut partes tibi mihique communis opera abs te facto in ades meas sese inclinaverit, negatoriam mihi actionem contra te indulgendam esse, Pomponius censuit l. sed si inter 27. ff. de servis. praed. urban. l. si, cum meus 14. §. 1. ff. si servit. vindic. quodque secundum Paulum et Ulpianum aquae pluviae arcendae actio inter socios admissa fuit, quoties aqua communis praedii proprio alterius praedio, aut vice versa, nocet, l. si servit 6. §. inde quaeritur 2. ff. §. 3. l. supra iter 11. §. si ex privato 5. ff. de aqua & aqua pluviae arcenda. Quibus consequens videri posset, nec finium regundorum actionem socio contra socium oportere denegari, ubi proprii ac communis praedii fines inter se turbati sunt. Sed manifesta differentiae ratio inter hanc finium regundorum reliquasque commemoratas in eo est, quod in actione negatoria, et ea, quae est aquae pluviae arcenda, unus ex sociis de jure suo proprio, tanquam a jure socii separato, contra socium experiri potest, et suam tantum causam summe propriam commodum in iudicium deducere, sic ut etiam non in solidum, sed in solam agentis partem, seu, pro sola agentis portione, condemnatio sequatur, d. leg. 6. §. 2. ff. de aqua & aqua pluv. arcenda. cum ex

adverso pluribus ex sociis unus finium regundorum actione nec agere nec conveniri possit pro sua tantum parte, adeo ut in partem fieret condemnatio; sed pro indiviso ac in solidum circa finium questionem et agendum sit, et sententia ferenda, dum praediis magis quam personis per hoc de finibus iudicium prospicitur, nec proinde personarum singularum portiones, sed praedii unius communis fines pro indiviso, in iudicando spectantur, d. l. sed & loci 4. §. si aliter 5. ff. b. t. Ant. Faber rational. ad d. l. 4. d. 7. ff. b. t. Meyerus in colleg. Argemor. ad t. ff. si servit. vind. n. 21. Cui et aliam alii addunt diversitatis rationem, ex veteri magis jure (quo finium praescriptio submotae erat, iuxta l. pen. C. b. r.) quam novo petitam; quod nempe socius ob impeditam finium praescriptionem damnum non metuit aut juris amissionem, etsi hac finium regundorum actione destituatur; cum e contrario in immisissis & protectis ex praedio communi in proprium, aut vice versa, admissa praescriptio tandem socio juris diminutionem, seu libertatis praedialis amissionem allatura esset, nisi negatoria contra socium licuisset experiri, Cujacius observ. lib. 22. cap. 53.

7. Contenditur hoc iudicio ad id, ut fines confusi regantur, l& ger unusquisque finibus propriis terminetur. Quomocumque confusio contigerit, sive inaedificatione, sive implantatione, sive stipitum lapidumque terminalium exaratione, remotione, corruptione, vetustate, sive arborum finalium extirpatione, sive fossarum intermediarum repletione, dum vel alluvio & terrae proximae subsidientia, vel inundatio et aquae impetus omnia complanavit ac deleverit vestigia terminorum; adeoque, ut in confinio edificata vel plantata tollantur ea pro parte, quae peperit turbationem, stipites lapidesque, finium indices, res ponantur, fossae latitudini pristinae restituantur ac profunditatem, l. hac actio 2. l. sed & loci 4. §. sed & si quis 3. l. si quis 3. l. si irruptione 8. ff. b. t. tot. t. ff. de termino moto. Quae limitum antiquorum restitutio si commodum fieri haud possit, novae iudice constitutio sunt; cui etiam licentia a jure data est, amovendae veteris obscuritatis gratia, per aliam regionem fines dirigendi, et adjudicatione controversiam dirimendi; adeo ut ex alterius praedio alii adjudicetur, hincque invicem pro eo, quod ei adjudicatum est, certa pecunia vicino condemnatur, l. hac actio 2. §. 1. l. 3. ff. b. t. §. penult. Inst. de officio iudicis, Hugo Grotius manud. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 28. n. 42. Et seqq. Estque illud hoc in iudicio singulare, quod non singulari modo, sed et pluribus pro indiviso fines adjudicari possint, dum forte fundus alter duorum, alter trium est, quoniam non tam pluribus unius fundi dominis, quam potius ipsi fundo, nec tam personis, quam rei, adjudicari fines intelliguntur, l. sed & loci 4. §. si aliter 5. ff. b. t. Quamvis id in ceteris fieri nequeat divisorii iudiciis (excepto casu, quo pluribus coheredibus ejusdem rei praescriptio relicta est, idque ex necessitate, l. item Labeo 22. §. 1. ff. fam. ercisc.) in quibus res non rebus adjudicantur, sed personis, sic ut res singulae singulis assignandae sint, §. si familia 4. Inst. de offic. iudicis, et merito: nam, cum familiae erciscundae, et communi dividundo iudicio principaliter id intendatur, ut recedatur a communione, discordiarum illa et negli-

gentiz matre, suum litigantes scopum haud essent assecuturi, si iudex divisionis rem eadem pluribus adjudicando induceret magis quam tolleretur communem: dum ex adverso per intentatum finium regundorum iudicium non aliud desideratur, quam ut cesset finium confusio, et ager unusquisque propriis finibus terminetur; quem litis motæ finem confines etiam tunc obtinent, cum agro ad plures pertinenti adjudicatio pro indiviso sit. Et quamvis unusquisque dominorum, quibus adjudicatio fit, eam in adjudicato portionem pro indiviso consequatur, quam et in fundo habet, d. l. 4. §. 5. ff. b. t. sicque communio per finium regundorum arbitrium introducatur; quia tamen ea non alia est, quam quæ condominis in fundo ipso seu re principali etiamnum placet, ac continuatur, apparet quoque, nihil in ea adjudicatione, fundo plurium pro indiviso facta, comprehendendi, quod confinium hoc iudicio contententium refragaretur desidio ac intentioni. Confer Cujacium *obsero. lib. 22. cap. 39.*

8. Præter ipsam finium pristinorum restitutionem, secundario insuper hoc iudicio petitur, ut id, quod interest, præstetur, damnum reparetur dolo lata vel levi culpa unius confinis datum, omnis utilitas restituitur, ac aliz quæcunque solvantur præstationes personales, d. l. 4. §. 1, 2. §. ff. b. t. §. pen. *Inst. de offic. iudicis.*

9. Ceterum appellatione finium venit proprie spatium quinque pedum, quod inter agros confines relinqui debebat liberum ab aratione, l. pen. C. t. cuius probatio variis sit modis, puta, per libros censuales & vetera monumenta, l. in finalibus 11. ff. b. t. per testes, non tantum, cum ipsi de certa sua scientia deponunt, sed & cum de auditu visuque aliorum id referunt, in quantum in antiquis non oculatis tantum, sed & a peritis tibus credendum est: etsi tales non primæ, sed secundæ notæ testes habeantur, qui de solo auditu deponunt, arg. l. in summa 2. §. idem *Labeo ait cum d. ff. de aqua & aqua p. arcend. l. si arbor 28. ff. de probat. ion.* Cujacius *libr. 3. obsero. cap. 26. Ravardus varior. libr. 1. cap. 14. Mynsingerus cont. 6. obsero. 26. Brunemannus ad l. and. ad d. l. 28.* atque insuper in fide faciendi libri censuales testibus in dubio potiores sint, l. census 10. ff. de probat. ion. Adhæc per demonstrationem finium ab eo factam, qui prædii utriusque dominus fuit, cum alterum eorum venderet, l. eos terminos 12. ff. b. t. Per ocularem quoque inspectionem, cognito situ fossarum, lapidum, stipitum, quibus soliti distinguere fines utraque parte citata ac prasente, vel per contumaciam absente: quo tamen casu consultus fuerit peritos mitti agrorum mensore, per quos patefacta rei veritate, etiam per confectam ac exhibitam, si opus, mappæ geographicæ descriptionem, a iudice deinceps litigium de finibus ex ipsorum suggestionem terminetur, dum artifices in arte credendum est, l. si quis 3. C. b. t. l. si irruptione 8. §. 1. ff. b. t. Instruções supremæ Curiz *art. 241. 242. Cassiodorus varior. lib. 3. epist. 52. Christinaus vol. 2. dec. 185. n. 3. 4. Lecuwen consura for. pars. 1. libr. 4. cap. 28. n. 2. & pars. 2. libr. 1. cap. 29. n. 27. Wassenar præc. iudic. cap. 4. num. 51. Appendix decision. Holl. post responsa iurisc. Holl. part. 3. vol. 1. pag. 17. in princ.* Neque dubium, quin in finalium quætionum decisionibus etiam præsumptiones

locum inveniunt: qua ratione agri cuiusque fines ad fossæ intermedie medietatem creduntur extensæ, si non aliud evidenter probatum sit, Hugo Grotius *manuduct. ad iurisp. Holl. lib. 3. cap. 24. n. ult.* Plura de finium probationibus vide apud Maschardum *de probationib. concl. 393. 394. & seqq. usque ad concl. 404.* Hieronymum de Monte *traci. de finibus cap. 50. & multis seqq.*

10. Restituendi vero plerumque termini, qui in potestatem fuerunt venditione designati; quippe qui præsumuntur etiamnum servati; nisi eos confinium consensu postea rursus mutatos fuisse, doceri possit, l. 1. 2. C. b. t. in finalibus 11. & 12. ff. b. t. Et pendente hoc iudicio neutri licitum ex finibus alterius quid usurpare: adeo ut, qui contra fecerit, superatus tantum agri modum amittat, quantum alteri adimere tentavit, l. si consisterit 4. C. b. t.

11. Cessat hæc actio post annorum triginta lapsum, ex quo primum contigit confusio finium, l. ult. C. b. t. l. 1. §. 1. C. de annali recepti. in quo similem esse hanc ceteris actionibus mere personalibus, supra dictum est. Nec refert quales fundi fuerint: nam etsi olim in agris limitaneis quieverit temporis cuiuscumque præscriptio secundum Theodosii Junioris & Valentiniiani constitutionem, l. ult. C. de fundis limitrophis, adeoque nec finibus ad fundos illos pertinentibus præscribi potuerit; tamen ex quo per recentius Anastasii edictum idem fuit, ut nullum jus sive publicum sive privatum in quacunque causa vel quacunque persona moveatur, quod jugi annorum quadraginta silentio sopitum atque extinctum est, l. omnes 4. C. de præscript. 30. vel 40. annor. vix est, ut non finium quoque & quætionum finalium præscriptioni locus sit. Nec adversatur rescriptum Imp. in l. pen. C. b. t. quo iusserunt, quinque finium præscriptio submotâ, finalis iurgis liberam debere peragi intentionem. Considerandum enim constitutione illa & confirmari & contineri jus vetus legis duodecim tabularum, legisque Manilæ, qua utraque præscriptio vel usucapio spatii quique pedum impedita fuit, teste Cicerone, *libr. 1. de legib.* sed cum ex illa vetusti juris comprobatione, aut saltem occasione ejus, difficultates plures in dies exurgerent, eodem adhuc anno a Theodosio, Arcadio & Honorio, nova constitutione decretum fuit, ut cum cunctis molitionibus amputatis, in finali quæstione non longi quidem temporis, sed triginta tantummodo annorum præscriptio admittatur, d. l. ult. C. b. t. Fachineus *controv. lib. 8. cap. 35. in fine.* Wissenbach *ad Land. b. t. vol. 1. d. p. 22. n. 2.* Quamvis autem finium ipsorum præscriptio olim nullo modo fieri potuerit, ac jure novo demum annorum triginta lapsu; tamen hæc impedimento non fuerunt, quominus etiam ex jure veteri cum alieni agri parte seu loco, ut loquitur l. locus 60. ff. de verbor. signif. simul quoque finium, velut accessoriorum, usucapio longi temporis possessione impleretur; veluti, si confinium unus una cum finibus seu quinque pedum spatio possedisset agri confinis partem ad spatium decem plurimumve pedum, dum ei fundamenti fines tam amplii erant a venditore monstrati, ac in possessionem partis ad confinem pertinentis inductio facta; quasi & hæc venditoris fuisset. Quo de casti agit l. 2. §. cum Sticbum 6. l. qui fundum 7. §. si fundum 1. ff. pro emore, Vinnius *selecti. quest. lib. 2.*

cap. 34. *fero in fine*. Interim de interpolatione ac mutilatione legis *pon. & ult. C. b. t.* ac quo modo utraque a suis fuerit concepta conditoribus videri potest *Cod. Theod. lib. 2. tit. 26. l. 4. & 5.* ubi Jacobus Gothofredus in *notis* ea de re prolixè.

12. Præter hanc actionem quandoque criminale de termino moto iudicium datur, de quo latius *tit. ff. de termino toto*. De cetero, quanto spatio fosse, putei, inædificata, sepes, implantata, a confinio remotæ esse oporteat, lege Solonis Atheniensibus scripta, sed Romanis quoque probata, definitum fuit, cuius verba ex *l. ult. ff. b. t.* lubet apponere, si quis, inquit lex, *sepem ad alienum prædium fecerit, infoderitque, terminum ne excedito; si muceriam, pedem relinquito: si vero domum, pedes duos: si sepulcrum aut scrobem foderit, quantum profunditas habuerit, tantum spatii relinquito: si puteum, passus latitudinem: at vero oleam, aut ficum, ab alieno ad novem pedes plantato: ceteras arbores ad pedes quinque*. Quo modo etiam lege duodecim tabularum cautum fuit, sesteritii pedis, seu duorum pedum ac dimidiati spatium inter ædes intercedere oportere ad ambitum seu circummeundi facultatem; ut pluribus docet *Ursinius select. antiqu. lib. 1. cap. 2.* Quemadmodum postea ex constitutionibus Arcadii, Honorii ac Theodosii necesse fuit, sub pœna destructionis, ut inter ædificia ac horrea publica & ædes privatorum quindecim pedum intervalla servarentur; & *Meniana* privatorum pedibus decem inter se distarent, *l. sicui 9. l. meniana 11. C. de ædificiis privatis*; cum antea ex lege Constantini privatorum ædes publicis ab horreis centum pedum spatio debuerent remotæ esse *l. 5. Cod. Theodoriani de operibus publicis*. Quid vero circa interstitia inter ædes sibi contiguas hodie servetur, vix definire potest, cum id in singulis fere regionibus imo oppidis singulis, varie legibus municipalibus definitum inveniat, teste *Groenewegio ad d. l. 9. & 11. C. de ædificiis privatis*. Confer *Cypollam de servit. præd. urb. cap. 40. Ant. Thesaurum dec. Fedemont. 115.*

## TITULUS II.

## Familiæ erciscundæ.

## SUMMARIA.

1. De divisione hereditatis, que per ipsum testatorem fit. An tunc coheredes sibi invicem præstent evictionem dividorum, si forte res aliena uni per testatorem assignata sit? Fortè divisionem a testatore factam, si qua superviens indivisa, qua proportionem dividenda sint? Alia de hac divisione ubi tractentur.
2. De divisione, qua mutuo consensu inter coheredes fit, quo modo ea fieri possit?
3. An repertorii confessio sit necessaria ad id, ut inter coheredes communi consensu divisio fiat, si coheredes omnes majores sint? quid si quidam sint minores? & de assignatione bonorum paternorum aut maternorum per parentem superventam facta liberis sine inventario.
4. An, & quando unus heredum a reliquis cogi possit ad inventarii confectiorem? & an in illud tunc referre debeas etiam ea, qua sibi a defuncto donata sit?

5. An & vivens hereditas ex consensu ipsius inter futuros heredes dividi possit? an tunc nova peti possit divisio, si defunctus priorem non reprobarerit? An etiam testator testamento suo divisionem suam hereditatis possit extraneo mandare, qui heres non sit, & quando heredes tali divisioni debeant acquiescere?
6. An divisionem deducenda prius omnia, qua hereditaria non sunt; quorum species varia enumerantur.
7. Non dividendum inter coheredes, quod pro eade defuncti quidam ex his, tanquam sanguine vel affinitate juncti, ab homicida consecuti sunt, qua occasione explicatur *l. 13. §. 1. ff. h. t.*
8. Non etiam dividenda, qua uni ex jure primogeniture vel aliter cadere debent jure præcipui; nec uni heredum prælegata; & si hac per errorem divisa sint, restitutio datur, manens in ceteris divisione.
9. Inter, nullos alios, quam coheredes, quive eorum loco habentur, hoc iudicium locum habeat. Quid agendum, si reus actorem neges coheredem esse?
10. An actor provocans hoc iudicio, fieri consensur reum coheredem esse?
11. Dantur etiam inter fiduciarium & fideicommissarium, vel filium impuberem adrogatum respectu quartæ & ceteros heredes, ut & inter emtorem parit hereditaria & heredes.
12. Nihil refert quantum ad hoc iudicium, utrum coheredes possideant, nec ne. Datur etiam inter pauciores ex pluribus; qui tamen ceteris non præjudicant. Quo modo consuevit sit heredibus dividere volentibus, si quidam diutius absentes nullum suo loco substituant ad divisionem peragendam?
13. Si plures sint heredes unius coheredis, omnes simul ad divisionem provocare debent, aut unum simul procuratorem constituere, non quidam ex his.
14. Ad divisionem provocare vel provocari nequit heres conditionalis, pendente conditione. Quid agendum ea pendente, si quidam pure, alii sub conditione instituti sint?
15. Provocare nequeunt pupilli, furiosi, &c. nec eorum tutores aut curatores; provocari tamen possunt, & tunc tutores etiam immobilia dividunt sine decreto. Quandoque & provocant, decreto impetrato, si non expedias pupillis communio, vel inter pupillos plures dividunt. Quid juris, si dividerint sine decreto?
16. Si maritus statuto prohibeatur alienare immobilia uxoris sine consensu ejus, etiam divisio prohibita videtur.
17. Divisio hereditatis, si quas impensas requirat, illa communiter de hereditate faciendæ, nisi fiant ob singularem qualitatem unius heredis, veluti ob decretum, si unus minor sit.
18. Dividi potest hereditas ejus, qui diu absuit, & ignoratur an vivat, nec ne; modo caveant qui dividunt; licet hoc ipso veri heredes non fiant, sed tantum fiduciarii possessores.
19. Quid si post testamentum fiduciariam divisionem diutius supervivisse absentem constet, & interim quidam ex possessoribus fiduciariis mortui vel nova lege a successione depulsi sint?

30. Quanto tempore debeat esse continuata incertitudo, an quis vivat, an mortuus sit, ut ad divisionem fiduciariam procedi possit?
31. Uno iudicio de duabus hereditatibus, veluti paterna & materna dividendis agi potest, licet non omnes, sed quidam tantum ad utramque concurrant.
32. Res adjudicanda singulis singula quantum fieri potest, si dividi commode nequeant; vel ei, qui licitando vicerit, extraneo etiam ad licitandum admisso, maxime si unus heredum pauper aut pupillus sit; licet statuto tantum esset, socio potest offerre electionem, an rem pretio a se aestimata, an pretium habere malit.
33. Iuden non potest inter coheredes dividere, sed uni heredi adjudicare debet partem, quam vel defunctus vel coheredes pro indiviso habent in re sibi cum alio communi: dum defunctus habuerat socium rei, vel fundi sui partem legaverat, vel unus heredum ante hoc iudicium partem suam rei hereditaria vendiderat.
34. An, et quo modo veniant in hoc iudicium res ab hostibus captae, commodatae, depositae, litigiosae, thesauri, res ex pecunia hereditaria emptae, lucra turpia, iura sepulchrorum, patronatus, servitutum? an conditionis implenda causa uni heredi data, praedia feudalitica, emphyteuticaria, adscriptorum etc. remittantur.
35. Quales in hoc iudicium veniant praestationes personales? remittit. An et unus heredum, qui solus gessit res hereditarias salarium petere possit? circa praestationes personales debent condemnationes et absolutiones fieri in omnium personis, alias non valent.
36. Nomina ipso iure divisa sunt: si unus heredum non sit solvendo, id ceteros non gravat. Si iudex singulis singula nomina adjudicaverit, non prodest nec nocet creditoribus; et si creditor unum heredem vi adjudicationis in solidum convenerit, adhuc contra reliquos agere potest, si prior solvendo non sit.
37. Si testator voluerit, vel inter heredes convenerit, ut singuli certa debita in solidum solverent, vel defunctus contractu suo unum ex pluribus futuris heredibus in solidum obligaverit, an is invitatus in solidum a creditore conveniri possit? et quid moribus? Quid agere possint coheredes reliqui, si pro sua parte hereditaria conveniantur a creditore, respectu debiti, cujus solutio uni erat imposita?
38. Pro qua parte quisque ferat onus aeris alieni, si alter mobilium, alter immobilium heres sit, paterna paterna, materna materna linea cedant, vel pro statutorum diversitate unus in quadam tantum bona successerit? remittit.
39. Qualia pacta divisioni possint adici? et in specie de pacto successionis in bona ex divisione cuique cedentia, quod in Hollandia probatum; non ita aliis in locis; et qua sit hujus pacti utilitas ac ratio? quorum bonorum intuitu talia pacta adhibeantur? An mutatio domicilii mutet vim pactorum talium circa mobilia?
30. Cessat hoc iudicium, si semel eo actum sit, ideo agere possunt heredes iudicio communi dividundo, si tantum a quarundam rerum communione resiliere velint.
31. Cessat, si unus ex re certa, alter simpliciter, unus in censensibus, alter in paganiciis, unus in mobilibus, alter in immobilibus institutus sit.
32. Potest testator ad tempus, non in perpetuum, prohibere divisionem. Possunt et creditores per iudicem intercedere, ne divisio fiat, donec ipsis solutum aut satisfactum sit; et qua sit utilitas huius intercessionis?
33. An cesset hoc iudicium, si coheredes plures communiter et pro indiviso res hereditarias possederint satis triginta annis? Quid juris, si tanto tempore pro diviso et suo nomine possederint?
34. An rescindi possit divisio, qua inter verum et falsum heredem per errorem facta est, sive privatum, sive per iudicem? Qua occasione explicatur l. 36. ff. h. t. Et quid, si verus heres divideret cum falso herede, cum non plane erraret, sed dubitaret, an is esset heres, nec ne?
35. Si inter veros heredes divisio facta sit, ob qualem lesionem rescindi tunc possit, etiam cum iudicis auctoritate facta est?
36. Variae quaestiones circa rescissionem ob enormem lesionem ex divisione natam recensentur, remittit.
37. Quandiu duret licentia petendi rescissionem divisionis ob enormem lesionem?
38. Si fiduciarius heres pendente fideicommissi conditione divideret hereditatem cum ceteris coheredibus; an fideicommissarius isti divisioni stare debeat?
39. Communi consensu a divisione facta recedi potest. An tacite recessum videatur, si post solemnem divisionem heredes perseveraverint in communi ac indivisa rerum possessione, per tempus ad praescriptionem requisitum?
40. An cum hac actione concurrere possit iudicium expilatae hereditatis?
41. An cum hac actione concurrere possit actio negotiorum gestorum, ita, ut coheres eligere possit, utra velit experiri?
42. Quo in loco iudicium familiae erciscundae intentari debeat?
43. An, et quando quadragesima pars pretii, et alia laudemia praestanda sint moribus nostris propter alienationem, quae per divisionem aut adjudicationem rerum hereditariarum similesque modos fit?

1. **E**rciscere familiam est hereditatem dividere, quam si testator non distribuerit, nec coheredes inter se de ea convenient erciscunda, iudex dividit: etsi haud sit gundum inficias, quin omnium firmissima sit ea divisio, quae per ipsum est testatorem instituta; cum ne ob enormem quidem lesionem rescindi queat, nisi lasam appareat quorundam legitimam, l. quotiens 10. C. b. t. Andr. Gayl. lib. 2. observ. 116. n. 3. Christinus vol. 4. decis. 7. n. 6. Adde libellum meum de familia erciscunda cap. 2. n. 13. 14. neque desint, quibus insuper placuit, ne heredem quidem coheredi ad evictionis praestationem obligatum esse, quoties res aliqua ex iis quae per testatorem inter heredes divisa & assignata erant, evicta est; Gomezius tom. 2. variar. resolut. cap. 2. num. 34. in med. Andr. Gayl. lib. 2. observ. 216. n. 2.

Petrus Zans de divis. bonp. lib. 1. cap. 8. num. 13. Christinaus vol. 2. decis. 179. num. 14. in fine, & ad Leg. Macbliniani. t. 16. art. 48. num. 6. Quorum tamen opinio semper suspecta mihi visa fuit, tanquam neque legibus neque ratione satis suffulta: magisque probandam credidi vulgatam in legatis simplicibus receptam distinctionem, utrum scilicet defunctus rem per divisionem personarum propinquis uxoris, ratio nulla est, cur non aequè omni casu saluum his esse deberet, quod divisione per testatorem assignatum, atque ita (ut post dicitur) praelegatum fuit, quam simplex legatum, quod omni casu conjuncte personae vel uxori praestandum esse, si alienum appareat, rescriptum est, *l. cum alienam* 10. C. de legatis. Eoque facit, quod a Papiniano traditum, si inter filios pater divisionem fecerit, & uni rem tribuerit, cuius se dominum per errorem putabat, arbitrum conjectura voluntatis non passurum, ut si partes coheredibus praelegatas restituat, nisi parati fuerint & ipsi, patris iudicium fratri conservari, *l. cum pater* 77. §. evictis 8. ff. de legatis 2. Si vero heredi prorsus extraneo res aliena obvenit ex testatoris distributione, rursus exemplo simplicium legatorum dispiciendum foret, utrum defunctus scivisset, an ignorasset, rem uni assignatam non propriam sed alienam esse: & si quidem probari posset, eum rei alienae habuisse scientiam, magis fuerit, ut coheredes ceteri pro rata de evictione teneantur, haec saltem ut vel rem illam evictam justo pretio redemptam praestent, vel in subsidium aestimationem ejus, arg. d. l. 10. C. de legatis, §. non solum 5. Inst. de legatis. Et de eo casu, quo testator scivit, accipiendus Papinianus in *l. si paterfamilias* 35. ff. b. t. Sin ignoraverit, non est quod coheredes ceteri uni ob rei unius per testatorem assignata evictionem tenerentur, cum haec rem alienam legatam eo casu praestare obstricti sint, d. §. 4. Inst. de legatis d. l. 10. C. de legatis. Confer Menochium de praesumpt. lib. 3. praesumpt. lib. 3. praesumpt. 118. n. 9. Sando decis. Ercisc. lib. 4. t. 11. def. 2. in mod. Fachineum controuv. lib. 6. cap. 63. conclus. 2. Bachovium ad Treutler. vol. 1. disp. 19. ib. 12. lit. D. Struvium ad Pand. b. t. n. 12. libellum meum de familia ercisc. cap. 2. n. ult. Quod si nonnulla inter liberos a parente divisa sint inaequaliter, pro virilibus nihilominus (aut si ad portiones inaequales generali institutionis formula heredes vocati sint, pro portionibus hereditariis institutione assignatis) distribuenda per familia erciscundae arbitrum omnia reliqua, quae indivisa remanserant, nulla considerata jam divisionum proportione, *l. inter filios* 11. l. si, cogitatione 21. C. b. t. l. qua pater 52. ff. b. t. eo quod testator officium arbitri hereditatis dividendae praeveniendo, res quasdam singulis assignans, praelegasse censetur quae cuique assignavit, *l. cum pater* 77. §. evictis praedictis B. ff. de legatis 2. l. ex facto 35. §. unde 1. ff. de de hered. Inst. quae ipsa in extraneis quoque hereditas institutis observanda sunt, ut scilicet non obstante inaequali in praelegatis portione, ad reliqua tamen bona defuncti non praelegata aequaliter admittantur, vel saltem ex quantitate praelegatorum non fiat mutatio datarum in institutione portionum, *l. quotiens volens* 9. §. si duo 13. de hered. inst. Plura circa hanc divisionem a testatore faciendam sive testamento, sive codicillis, sive actu inter vivos, varias-

quae ea occasione controversias, vide libello meo de familia ercisc. cap. 2.

2. Quantum ad eam divisionem attinet, quae mutuo coheredum consensu, sine arbitri officio fit, nullis illa legibus certis adstricta est, sed eo modo eaque ratione instituitur, quae utiliori commodiorque dividendis visa fuerit; sive placuerit, ut natu major res dividat, minor natu eligat; sive magis arriserit, distributione rerum praemissa, per sortem determinare, cui portio unaquaeque obvenire debeat; sive per factam rerum hereditariarum aestimationem mutuaque licitationem & adjectionem voluerint, rem unumquamque ei cedere, qui licitando vicisset; sive id agatur, ut penes unum jus omne hereditarium remaneat, & is ceteris certam pendat pecuniae quantitatem. De quibus itidem plura scripsi d. tract. de familia ercisc. cap. 5. Quibus adde Vinnium select. quest. lib. 1. cap. 35.

3. Et quamvis in divisionibus, quae mutuo coheredum consensu, vel etiam iudicis auctoritate fiunt, consultum omnino sit repertorium fieri, de quo plura scripsi in libello de familia erciscunda, cap. 3. cuiusque praxin habet Berlichius decis. 160. Wassenaar praed. judic. cap. 11. num. 7. & multis seqq. tamen, si inventarii confectio omissa sit, non ideo minus firma erit instituta divisio, etiam tunc, cum quidam coheredum certa quantitate pecuniaria certarumve rerum praestatione sese dimitti patiuntur, vel parens superstes bona quaedam nummosve liberis velut praefuncti parentis patrimonium assignat; adeo ut illa sine inventario facta divisio, si quidem per modum transactionis (by Vyrhoop) instituta sit, ne enormis quidem laesionis praetextu rescindi queat, ubi postea apparet longe maiorem fuisse hereditatem, arg. l. Lucius 78. §. ult. ff. ad Senatusc. Trebell. si modo liberi aut coheredes majorem sint, adeoque tales, quibus liberum est juri suo renunciare. Nam si quidam minorem essent, inventario non confecto minus firma quoque foret vice paternae maternae hereditatis facta rerum certarum aut nummorum assignatio; haec saltem, ut minores, de laesione notabiliore conquerentes, jure petant, inventario condito in melius reformari rerum assignationem, antea sine inventario inique aut captiose factam, etsi parenti superstiti, qui assignationem fecit, id haud indulgendum sit, quia ipse majorem est, & satis creditur perspectas habuisse patrimonii conjugalium vires, D. Joh. a Someren de jure novocar. cap. 6. sect. 2. n. 6. Abr. a Wesel de conjugal. societate tract. 2. cap. 4. n. 150. 151. Responsa Jurisc. Holl. part. 2. consil. 72. & part. 3. vol. 1. consil. 178. Adde Argentræum ad consuet. Brit. art. 477. gloss. 4. num. 3. 4. Ut tamen hic proplius regionum mores singulares indagandi sint: Delphis enim in Hollandia tutores pupillorum cum parente superstitute recte transigere de hereditate parentis praefuncti, non facto repertorio, si minus ampla sit substantia, vel potissimum in nominibus mercaturae consistat, at ubi facultates ampliores sunt, repertorio opus esse, testis est Neostadius Curiae supr. decis. 91. in pr. quod idem Amstelodami quoque servari, impetrata tunc sine inventario transigendi venia a Camera pupillaris praefectis, responsum esse part. 3. vol. 2. Responsor. Holl. consil. 26. n. 4. 5.

4. Quod si plures coheredes simul sese delata im-

miscuerint hereditati, alter ab altero non recte exigit inventarii confectionem; sed magis eo casu ad id contendendum, ut is, qui forte moras nescit, simul cum reliquis coheredibus, junctis operis, ad inventarii confectionem procedat, Berlichius *decis.* 160. num. 9. Aliter quam obtineret, si unus tantum ex pluribus heredibus rerum hereditariarum præcipuus possessor aut administrator fuerit, defuncto viventi ad mortem usque cohabitaverit, negotia defuncti tamenave tractaverit, atque adeo meliorem ac plenior, quam reliqui, habuerit notitiam rerum defuncti; tunc enim vel ipse repertorium facere, vel saltem omnia, quæ ad hereditatem pertinere novit, atque etiam ea ipsa, quæ forte sibi a testatore vivo donata præstendit, bona fide in inventarium referri curare debet, ad id, si refractarius sit, a ceteris coheredibus auctoritate judiciali compellendus, Chassaneus *ad consuet. Burg. rubr.* 4. §. 7. in verbis, *proximorum parentum n. 16.* Responsa Jurisc. Holl. part. 1. consil. 62. & part. 4. consil. 89.

5. Uti autem certum est, heredes posse mutuo consensu dividere hereditatem ejus, qui jam defunctus est; ita quoque vix dubitandum quin id etiam, eodem adhuc vivente, jure faciant, si is, de cujus adhuc viventis hereditate agitur, divisionem præceperit, ratamve habuerit, ac ad hæc viæ in ea perseveraverit factæ divisionis comprobatione, arg. l. ult. C. de pactis, usque adeo, ut filii, ac eorum exemplo heredes quoque extranei, frustra eandem convellere tentaturi essent, aut repetitam exigent rerum jam vere hereditariorum divisionem, l. 2. Cod. Theodoriani de familia eriscunda, junct. d. l. fin. Wamesius consil. juris civilis cent. 2. consil. 41. n. 2. 3. Jacobus Gothofredus *ad d. l. 2. C. Theodoriani b. r.* Quin imo, neque ratio neque jura refragantur quo minus moriens testamento hereditatis suæ inter coheredes divisionem demandet extraneo, id est ei, qui heres non est, heredesque jubeat ea contentos esse, dummodo neque legitima cujusquam ab illo arbitrio distribuite lædatur, arg. d. l. quotiens 10. C. b. r. neque manifesta seu enormis arbitrii istius ex gratia vel odio profecta iniquitas in aperto sit, arg. l. in propina 73. l. 79. ff. pro socio. Sic enim testatori liceat legatum arbitrio tertii ita tacite committere ut tertius sua possit voluntate interposita efficere, ut, vel ne, legatum præstandum sit, l. Senatus enim 43. §. legatum 2. ff. de legatis 1. junct. l. nonnunquam 52. ff. de condit. & demonstrat. si insuper ei a legibus concessum sit, ita legatum optionis relinquere, ut Titio ex suis, verbi gratia, equis eum leget, quem Mævius optaverit, atque ita extraneo permittere, ut statuatur, quæ res legatario cessura sit, l. ult. §. sed & si 1. C. commun. de legatis, l. pen. ff. de opt. vel elect. leg. si denique ipsa heredis institutio tacite in arbitrium tertii conferri queat, ita ut ab eo dependeat, quo minus, aut quo magis is, qui institutus est, heres sit, l. si quis Sempronius 61. ff. de hered. instit. ratio non est, cur non & divisionis arbitrium, si ita videatur, uxori forte, vel patri, aut alteri extraneo, ut viro bono, testator permittat. Responsa Jurisc. Holland. parte 1. consilio 112.

6. Quociens autem ob non divisam a testatore hereditatem ad hoc familiæ eriscunda judicium, duplex, bonæ fidei, mixtum, pro hereditate dividenda ac personalibus præstationibus tribuendis recurritur,

deducendum ante omnia, quicquid hereditarium non est; quo in numero potissimum sunt bona ad conjugem superstitem pertinentia. Confer libellum meum de familia eriscunda cap. 4. ut & ea, quæ a prioris conjugis profecta, nec jure domini acquisita ei, de cujus hereditate dividenda questio est, rebus tamen ejus mixta inventiuntur, aut pro indiviso possessa; quæque defunctus aliena tenuit ususfructus ususve jure; vel jure quidem domini velut propria; sed tamen cum onere restituendi ex causa fideicommissi.

7. Sed nec illud in familiæ eriscunda judicium venire debet, aut inter coheredes, quæ tales, dividendum, quod pro eade defuncti ab homicida uxor liberique consecuti jam sunt, aut possunt exigere. Quod puto Ulpianum velle in l. his consequenter 18. §. sed an, in 1. ff. b. r. dum ait: *sed, an in familiæ eriscunda judicium de morte testatoris, vel de morte uxoris liberorumque suorum habebunt questionem heredes, quaritur, & rectissime Pomponius ait, hæc ad divisionem rerum hereditariorum non pertinere.* Etsi enim Gothofredus in notis, & Ant. Faber in rational. *ad d. l. 18. §. 1.* existiment, in d. l. agi de vindicanda necesse defuncti, quasi officium illud non posset uni coheredum imponi per arbitrium familiæ eriscundæ, sed ad omnium onus communiter spectare, sic ut heredi non vindicanti, tanquam indigno, portio hereditaria auferenda foret, ac fisco applicanda, l. 1. C. de his, quib. ut indignis, tamen vix est ut id admittatur; cum non modo de morte testatoris, sed & uxoris liberorumque ejus ibidem agatur; & consuet. quidem, heredes debere ulcisci necem defuncti, at, ut similiter vindicare cogentur necem uxoris aut liberorum testatoris nulla lege necessitas iis imposita inveniatur. Ut proinde rectius d. legis verba accipiamus de casu, quo testator, aut uxor, liberive testatoris, homines liberi, deiectione, vel effusione, vel ab animalibus ferocioribus illic, quæ vulgo iter fit, habitis, vel alio simili modo occisi sunt, quo nomine comparata est ad aureorum quinquaginta pœnam actio de dejectis & effusis, l. 1. §. sed cum 5. l. si vero 5. §. hoc autem 5. ff. de his, qui effusi vel deieci. vel ad ducentos aureos in factum actio ex ædilitio edicto, l. quæ vulgo 42. ff. de ædilit. edict. quam actionem in hoc judicium non venire, merito Pomponius responderat; eo quod populares actiones, qualis est de dejectis & effusis ob hominem liberum occisum heredibus, quæ talibus non dantur, ideoque, nec ad rerum hereditariorum divisionem pertinent, d. l. 5. §. 5. & si uxorem liberove occisi una cum extraneis heredibus institutos proponas, uxor plane liberique heredibus ceteris in tali actione intentanda deberent præferri, dum præferendi dicuntur illi, quorum interest, vel qui affinitate cognationeve defunctum contingunt, d. l. 5. §. 5. eademque ratio est, si non testator, sed uxor ejus liberive occisi sint; cum & tunc popularis actio, in qua movenda testator ipse aliis anteponendus fuisset, heredibus, quæ talibus, competere non potuisset; nec illi, si extranei fuissent, ullam ex capite defuncti prælationem agendi ante alios sibi vindicare; sed magis hic quoque potiores censeri debent, qui uxori occisi liberive testatoris interemitis sanguinis aut affinitatis vinculo conjuncti sunt, d. l. Quo & facit, quod alibi 1. de acquir. hereditate,



lation tradatur, eos, qui has similesque intendant actiones, penamque consecuti sunt, nec pro herede se gessisse, nec hereditariis effici obnoxios omeribus.

8. Sed & ante divisionem omnem deducenda, quæ jure præcipui ex lege municipali ad unum debebant pervenire, sive ex primogenituræ prærogativa, sive ex alia qua simili ratione: uti & quæ secundum DD. viri boni arbitrati præcipere debet ex paternæ vel maternæ hereditate filius, cuius industria singulari admodum auctum apparere defuncti patrimonium, de quo Groenewegen ad §. 2. *Inst. per quas pers. cuique acquir. n. 4.* Adhuc prælegata, quippe quæ iis solis adjudicanda, quibus a testatore data sunt; adeo ut, si forte pluribus coheredibus simul res una prælegata sit, etiam universis simul pro indiviso adjudicari interrim debeat, donec novo iudicio communi dividendo visum fuerit, dirimere rei prælegata communionem, *l. item Labea 22. §. 1. ff. b. r. judet. §. item si 3. Inst. de oblig. qua quati ex contractu nasc.* Neque dubium videtur, quin coheres, qui per errorem passus est inter se reliquosque coheredes dividi res sibi soli jure præcipui competentes restitutionem in integrum impetrare possit adversus factam rerum talium divisionem, ad id, ut reddatur aut suppleatur, quod uni solummodo debitum, perperam inter omnes divisum est, rata in ceteris manente rerum hereditarium communium distributione, *Wamesius cont. 2. consil. juris civilis 47. n. 19. Christinaus vol. 2. dec. 152. n. 3. Groenewegen ad l. majoribus 3. C. communia utriusque judic. n. 6. D. Joh. 2. Someren de jure novicorum cap. 6. sect. 2. num. 6. in fine, Wassenaar pract. judic. cap. 11. n. 123.*

9. Datur hæc actio illis, qui probare possunt, se coheredes esse; cum inter solos coheredes constatat, quippe nullis competens quam iis, qui desiderant a rerum hereditarium recedere communione; cuius generis communionem inter nullos alios, quam coheredes, vel qui loco heredum censentur, eosve representant, inveniri, expeditum est: in quo a petitione hereditatis, inter verum falsumque heredem agitando, differt. Quod si reus actor coheredem negat, videndum, utrum actor possideat hereditatem, cuius divisione litem movet, nec ne. Nam si in possessione sit, infictio rei de qualitate actoris, ac jure hereditario ei competente, impedimento non est, quo minus familia eriscunda iudex tunc cognoscit diducetque, num heres sit, quem adversarius negat talem esse, sic ut eo casu actor per præjudicium ad movendam primarius hereditatis petitionem remittendus haud sit. Sin possessione careat, magis est, ut ab hoc familia eriscunda iudicio interim exceptione præjudiciali depulsus, jubeatur suum prius asserere jus hereditarium per intentatam hereditatis petitionem, *l. 1. §. 1. ff. b. r.*

10. Actor sane eo ipso, quo alium hac ad divisionem actione interpellat, non potest non videri eundem agnoscere & fateri sibi coheredem, arg. *l. 1. pr. ff. b. r. etsi enim Ant. Faber ad l. qui familia 37. ff. b. r. in rationalibus*, inter fateri & supponere distinctionem adhibeat, ajens, cum, qui familia eriscunda agit, non tam fateri, quam supponere, adversarium esse sibi coheredem; quia non fateatur qui errat, nisi jure ignoraverit, *l. non fateatur 2. ff. de confessis*, tamen, cum infectus iri nequeat, quia erroneus

Voss ad Pandect. Tom. II.

confessio judiciale interim pro veritate, ac iudicatio habenda sit, donec detectus error iudicis probatus, ac adversus eum ex capite justii erroris restitutio in integrum impetrata fuerit, arg. *l. 2. ff. de in integr. restitut. l. certum 6. §. pen. ff. de confessis*, junct. *l. inde Noronius 23. §. ult. l. 24. l. 25. ff. ad leg. Aquil. vix est, ut non etiam actor durante hac familia eriscunda actione dici debeat confessus, reum, quem vocavit, sibi coheredem esse: licet adversus erroneam confessionem ei postea subveniendum sit. Neque repugnat *d. l. qui familia 37. ff. b. r.* cum vel delenda ibi sit particula *non*, ac legendum, eum, qui familia eriscunda iudicio agit, confiteri adversarium sibi esse coheredem; ut id suadent Græci, in lib. Basilic. 42. t. 3. l. 37. vel intelligi lex possit de reo ad divisionem provocato, qui respondens actori, non videtur de ejus intentione confiteri, *l. non utique 9. ff. de exceptioibus*, neque est, quod quem offendant, in *d. l. 37.* de eo tractari, qui agit; cum in iudiciis duplicibus, quale & hoc est, reus simul actor sit: *l. iudicium communi 10. ff. finium regund. l. 2. §. in familia 3. l. inter coheredes 44. §. qui familia 4. ff. b. r.**

11. Nihil autem refert, ex testamento, an ab intestato; jure civili, an pratorio; directi, an fideicommissarii heredes sint, *l. 2. l. sed & ejus 24. §. 1. ff. b. r.* Usque adeo, ut & utile iudicium inter fiduciarium ac fideicommissarium exerceri possit, quatenus vel fiduciario quarta Trebellianica salva esse debet, vel is non totam hereditatem, sed solam partem restituere rogatus est, sic ut prius quidem actione ex testamento fideicommissarius ad restitutionem experiat; hoc vero deinceps iudicio ad divisionem, *l. si ex arse 40. ff. b. r. quæ iudicium utile etiam inter heredes ceteros & adrogatum datur respectu quartæ impuberibus ex D. Pii constitutione tribuitur*, licet quartæ istius intuitu adrogatus proprie nec heres civilis sit, nec bonorum possessor seu heres pratorius, *l. per familia 2. §. 1. ff. b. r.* Quid quod nec dubitandum videtur, quin & inter emtorem hereditatis, qui partem emit; ceteroque venditoris coheredes, utili actioni locus sit: tum, quia emtorem hereditatis vicem heredis obtinere placuit, *l. venditor 2. §. cum quis debitori 18. ff. de hered. vel act. vendita*, tum quia utilem quoque hereditatis petitionem ei & in eum competere, receptum fuit, *l. nec ullam 13. §. quid, si 4. §. si quis sciens 8. & 9. l. et, qui 54. ff. de poss. hered. ac generaliter obtinuit, utiles actiones illis casibus emtori hereditatis dari, quibus directe venditori, *l. si cum amore 16. ff. de poss. l. emtor 5. C. de red. vel act. vendita.**

12. Similiter non interest, utrum hereditatem possideant, nec ne; cum in hoc iudicio non factum, sed jus spectetur, quod quicque habet, nec ex possessione, sed magis ex jure domini, per hereditatis additionem quasito, hoc iudicium nascatur, *l. 1. §. 1. l. heredes ejus 25. §. quantum 2. l. fundus 51. §. ff. b. r.* Nec, utrum inter omnes coheredes, an inter pauciores ex pluribus hoc iudicium accipiatur, *l. per familia 2. §. dubitandum 4. ff. b. r. arg. l. etsi non 8. in pr. ff. communi dividundo*; ut tamen in casu, quo inter pauciores ex pluribus hoc substat iudicium, reliquis eo ipso non præjudicetur, quo minus ipsi postmodum vel petitione hereditatis a tertils possessoribus, in quos alienata res heredita-

rix, eandem recuperent, *l. inter coheredes 44. §. si coheredes 2. ff. b. t. vel etiam familiae erciscundae actione adversus eos, inter quos prius actum fuerat, experiantur, ad id, ut de novo hereditatis totius divisio peragatur; cum unusquisque eorum, quibus ex prima inter pauciores instituta distributione res obvenierunt, possideat pro indiviso vel quorum, nunc demum agentium, portionem, l. coheredibus 17. C. b. t. eoque forsitan alipianum repexisse existimem, dum ait, causa cognita etiam amplius quam semel familiae erciscundae iudicio agi posse, l. filia 20. §. familia 4. ff. b. t. Confer Ant. Fabrum C. lib. 3. tit. 25. de fin. 5. Sed, ne per coheredum quorundam sive casu sive consulto contingentem absentium diuturniorem, res hereditariae cum heredum praesentium detrimento manerent communes, atque ita discordiarum & negligentiae duraret occasio ac mater, consultum praesentibus est, non ut sequester publicus desideretur, per quem hereditas administraretur; uti voluit Papon lib. 15. tit. 7. art. 4. sed potius, ut eliquem aut aliquos, absentium vicem in divisione familiae subituros, auctoritate publica iudiciali petant substitui, quo universale inter omnes omnino coheredes tum praesentes tum absentes a substitutis publicis representatos, familiae erciscundae iudicium ad finem perducatur, non ultra deinde per absentes repetendum, Responsa Jurisc. Holl. part. 3. vol. 2. contr. 155. in fine.*

13. Quod si pluribus ex coheredibus unus sit mortuus, etiam hereditas ejus de hereditate defuncti quasita adversus ceteros defuncti coheredes hoc iudicio experiundi potestas est; ita tamen, ut omnes simul velut unum defunctum representantes, agere teneantur, aut unum simul procuratorem constituere; cum non possit in partes iudicium scindi, l. si familia 48. ff. b. t. l. lice: in popularibus 42. §. si plures 6. ff. de procuratoribus. Quamvis, permittendum non sit, plures coheredes simul eundem procuratorem dare, quoties ipsi inter sese divisorio hoc iudicio contendunt; quoniam res expediri non potest circa adjudicationes & condemnationes, d. l. 42. §. 6.

14. Sunt tamen, qui ad divisionem provocare nequeunt, inter quos primo loco occurrunt heredes sub conditione instituti; ea enim etiamnum pendente cum hereditatem adire nequeant, l. si, qui heres 13. ff. de acquir. vel omitt. hered. & inter eos solos, qui heredes sunt, hoc datur iudicium; consequens est, eos non modo frustra petere rerum divisionem, quarum domini necdum facti sunt; sed ne per eos quidem, qui pure erant in partem vocati, posse interim ad divisionem in incertum conditionis eventum urgeri, quotiens pure alios, alios sub conditione institutos concipimus. Quamvis haud videatur eundem inficias, quin medio tempore inter eos, quibus pure delata fuit hereditas, hoc iudicium suscipiatur, salvo jure ejus, qui sub conditione heres est, ubi ea deinceps existit. Si enim & tunc, cum pure omnes instituti sunt, inter pauciores ex pluribus (secundum antedicta) actio haec exerceri possit, intacto reliquis suo agendi iure, l. per familia 2. §. dubitandum 4. ff. b. t. junct. l. coheredibus 17. C. b. t. ratio non est, cur non idem hoc quoque in casu videretur permissum. Praesertim, si consideres, etiam heredem pure scriptum, cui coheres sub con-

ditione adjectus fuerat, interim ex esse hereditarias posse actiones exercere, perinde ac si solus heres esset; ita tamen, ut vel coheredi, post eventum conditionis, victorix communi communicare teneatur, vel ipsi coheredi libera deinceps esse debeat experiundi potestas pro sua parte, l. si heres unus 7. ff. b. t. Confer Gomezium variar. resol. 1. cap. 2. num. 15.

15. Non etiam recte divisionem petunt pupilli, minores, prodigi, mente capti, alique similes; uti nec tutores eorum aut curatores; sed provocationem tenentur expectare, si maiorenibus eorum coheredibus a communione recedere consultum visum sit; quo casu provocati hoc suscipiunt iudicium efficaciter tutores & curatores, ac ad divisionem tam immobilium quam mobilium jure procedunt, etiam non impetrato ad id decreto, etsi inter alienationum species rerum quodque communium divisio numeretur, & vulgo non valide alienatio rerum ad eos pertinentium, qui sub tutela vel cura sunt, sine magistratus decreto fiat, l. pen. C. de praeiis & aliis reb. minor. sine decreto non alien. l. 1. §. 2. l. si pupillorum 7. pr. ff. de reb. ear. qui sub tut. vel cura sunt. Frustra namque hoc casu decretum postularetur, aut expectaretur, ubi nunquam praetor illud posset denegare, cum in communione vel societate invitus nemo perdurare compellatur, l. uli. C. communi divid. Plane, si manifesto doceatur, pupillis, minoribus, reliqui que alieno arbitrio regendis, non expedire communionis continuationem, dum forte coheredes majorenes, aut negligentes admodum sunt, aut molesti rixosique, nihil impedit, quo minus tutores aut curatores decreto impetrent dividendi licentiam, atque ita ipsi coheredes pupillorum majorenes hoc provocent iudicio ad divisionem, arg. l. si conveniri 14. in fin. ff. pro socio, Sando decisi. Frit. libr. 2. tit. 9. de fin. 21. & de prohibita alienat. part. 1. cap. 1. §. 3. num. 31. 32. Menochius de arbitrar. iudic. libr. 2. casu 171. num. 34. & seqq. Montanus de iur. cap. 33. num. 149. & seqq. Sed & cum inter solos minores res aut hereditas communis esset, inter eos tamen ex decreto causa cognita interposito, ac interveniente tutorum aut curatorum auctoritate, fieri posse divisionem, quoties id evidens suadet minorum utilitas, rescriptum est, d. l. pen. C. de praeiis & aliis reb. minor. sine decr. non alienand. Quin imo, cum sine decreto, sola tutorum auctoritate, ex bona fide plures inter pupillos divisio intercessisset, & aequalitatem per omnia constaret servatam esse, sic ut nullus ea divisione videri posset minus sua portione possidere, nullam ulterius familiae erciscundae actionem ulli coheredum oportere concedi, Paulus respondit, l. Lucius 38. ff. b. t. Quod autem in l. inter pupillos 20. ff. de auctor. & cons. tut. generaliter divisio videatur fieri potuisse sine decreto, mirum non est, cum ea lex Scaevola sit, qui vixit & scripsit, ante quam oratione Severi inductum fuit ad alienationes rerum pupillarum decreto opus esse.

16. Quod si statuto cautum sit, ne ullas maritus; vel, ut Ultrajecti, ne maritus impollis sine uxoris assensu rerum uxoriarum immobilium faciat alienationem; dicendum fuerit, eum nec ad hereditatis uxori delatae divisionem sine ejus consensu posse provocare; cum divisio quoque alienationis

species sit; & re ipsa contineat dominii translationem, sive divisione in partes, sive rerum adjudicatione, familia erciscunda judicium absolvetur, Rodenburch *de jure conjugum* tit. 2. cap. 3. num. 8. p. mibi 225.

17. Tendit hæc actio ad id, ut res hereditatis antea communes dividantur, secundum mores legionis, aut coheredum voluntatem, arg. l. i. *judicem* 21. ff. *communis divid.* Confer Grotium *manuduct.* ad *jurisprud.* Holl. lib. 3. cap. 28. num. 12. et seqq. & hæc cujusque propriæ pro parte divisa; idque communibus omnium coheredum impensis, si quæ propter divisionem faciendæ sint; sive sponte omnes ad divisionem processerint, sive unus reliquos invitos familia erciscundæ judicio provocaverit; cum æque tales impensæ necessariæ censi debeant, atque ea, quæ in bonorum proscriptionem, & generaliter venditionum explicandarum gratia, aut inventarii constitutionem erogata sunt; qualia velut ipsam hereditatis quantitatem ipso jure minuunt, prius inde deducenda, atque ita demum patrimonii quantitas estimanda est, arg. l. *quantitas patrimonii* 72. ff. ad leg. *Falcid.* l. ult. §. in *computatione* 9. C. *de jure deliberandi*, Johan. Papon lib. 15. t. 7. art. 3. Boerus dec. 51. n. 16. Hugo Grotius *man. ad jurispr.* Holl. lib. 3. cap. 28. num. 14. 15. Responsa Juris. Holl. part. 4. consil. 318. eo excepto, quod impensæ pro impetrato decreto aut aliter, non propter ipsam divisionem, sed ob coheredum quorundam minorenitatem erogata, solos minores, non item ceteros debeant heredes gravare, d. consil. 318. in fine.

18. Non aliter tamen divisio regulariter faciendâ, quam si constiterit, defunctum esse eum, de cujus familia erciscunda contenditur; tum quia nulla viventis hereditas est, ac non entis nullæ affectiones sunt; l. 1. ff. *de hered. vel act. vend.* tum quia eorum demum hereditas potest dividi, quorum hereditas peti potest, l. 2. pr. ff. b. t. Quod si quis diutius absens fuerit, neque quicquam certi de eo relatum sit, atque adeo incertum prorsus, post diligentem inquisitionem, utrum superstes etiamnum sit, an fatis functus; inter interpretes non satis constat, an, & post quanti temporis spatium ad ejus tanquam defuncti hereditatem dividendam procedere liceat. Sunt enim, quibus placuit, ne post annorum quidem triginta lapsum, ex quo quis absens cepit, atque ignorari, divisionem permittendam esse inter eos, qui hereditatem ejus ex testamento vel ab intestato jam spe devorarunt; sed auctoritate publica oportere bonis absentis curatorem constitui, Responsa Juris. Holl. part. 1. consil. 227. moti ex eo, quod nemo in dubio ante annum centesimum, velut finem vitæ longævi hominis, mortuus præsumatur, arg. l. *an usufructus* 56. ff. *de usufruct. et quemad. quis usat.* & is, qui mortem alterius asserit, id ipsum probare debeat, Christinzus ad Leg. *Mechl.* tit. 16. art. 26. num. 2. Quodque nemo hereditatem adire aut repudiare queat, quamdiu incertus est, an testator mortuus sit, nec ne, l. i. qui heres 13. §. si quis t. ff. *de acquir. vel omitt. hered.* l. nec nos prateritis 4. C. *de postliminio revertit.* nec ullum circa hereditatem nondum aditam esse possit familia erciscundæ judicium, d. l. 4. C. *de postlimin.* l. 2. pr. ff. b. t. Quo fundamen-

to etiam legibus *Mechliniensibus* tit. 16. art. 26. cautum invenitur, ubi alter ex parentibus moritur, relicto unico filio vel nepote peregre agente, de quo nihil certi est, vivatne, an mortuus sit, licere superstiti, eorum bonorum, quæ ad peregrinantem devolvuntur, indicem conficere, atque ita in eorum possessione remanere, tanquam legitimum eorum administratorem, modo idonee caveat: neque antea ad divisionem compelli posse, quam heredes peregrinantis eum e vita decessisse, documentis probaverint. Plerisque tamen rectius visum fuit, hereditibus, ex testamento vel lege ad successionem absentis vocatis, post diutinam absentiam & vitæ incertitudinem permittendum esse, patrimonium hujusmodi absentis non possidere tantum, sed & inter se dividere pro rata, cautione scilicet interposita in casu, quo absens aliquando postliminio reversurus esset; sic ut interim non tam vere heredes censendi sint, quam potius fiduciarii possessores, aut bonorum absentis curatores, Joh. Papon, lib. 15. tit. 7. in append. art. 1. & 4. Choppinus ad *leges Andium* lib. 3. tit. 2. num. 4. Grotius *manuduct.* ad *jurisprud.* Holl. lib. 1. cap. 10. num. 8. Charondas *en res memorables du droit Francois*, verbo *l'absent* *entore*. Sande decr. *Erisic.* lib. 4. tit. 9. *defini.* 8. Mollerus *semestrius* lib. 2. cap. 45. in pr. Quod & juris Romani fundamentis conveniens videtur, dum heredi sub conditione instituto permittitur, conditione pendente, res hereditarias possidere, si substitutis aut aliis, ad quos deficiente conditione hereditas perventura est, caveat de restituendo in casum conditionis deficientis, l. *inter omnes* 12. & 13. ff. *qui satisd. cog.* Nec hisce adversantur, quæ pro opinione priore sunt superius adducta: quod enim attinet argumentum ex d. l. 56. *de usufruct.* & *quemad. quis usat.* non aliud ea asseritur; quam hominem posse vivere centum annis, sed quicquid possibile est, de eo non statim præsumendum, quod & eventurum sit; cum non ex eo, quod rarissime, sed ex eo, quod frequenter accidit, præsumptiones desumenda sint: rarissimum vero sit, ac proinde nec verisimile, vitam hominis nunc ad eam usque ætatem productum iri. Unde &, quoties de hominum singulorum vitæ questio est, longe breviori tempore, quam centum annis, unumquemque superfuturum præsumtio est, ad ineundam legis *Falcidie* computationem, l. *computationi* 63. ff. ad leg. *Falcid.* Quod vero allegatum est, nec adiri nec dividi posse hereditatem ejus, de cujus morte non constat, d. l. 4. C. *de postliminio revertit.* l. 1. §. 1. ff. *de acquir. vel omitt. heredit.* Id decisionem superiorem non subvertit; cum verum quidem sit, nullam nisi ejus, quem defunctum constat, hereditatem adiri & dividi pleno jure posse; sed non ideo fiduciaria bonorum possessio pro diviso vel indiviso illis deneganda, qui nunc probabilem maxime habere videntur succedendi spem, & de restituendo cautionem interponere curatorum exemplo parati sunt; cum utique nec heres, conditione institutionis pendente, adeundi jus habeat, & tamen recte cum cautione possideat hereditatem, ut jam dictum.

19. Atque hinc, si forte post talem fiduciariam divisionem non quidem redierit, qui pro absente aut mortuo habebatur, sed diutius superstes fuisse probetur, ac medio tempore inter divisionem & pro-

batam evidenter absentiis mortem, lex succedendi ab intestato mutata sit, excludens quosdam eorum, quibus ex divisione obveniant absentis ac vere viventis res, vel etiam quidam mortui sint, quorum successores non poterant iure representationis ad absentis venire hereditatem; magis est, ut vi cautio- nis interpositæ ad restitutionem adigendi sint illi, vel heredes illorum, qui propter legem mutata, aut propriam suam mortalitatem intervenientem, iure succedendi tempore mortis naturalis istius ab- sentis destituti sunt. Neque enim ita hic uti quidem circa captos ab hostibus per legem Corneliam ex primo absentis momento aut ex postremis de vita ejus ante divisionem novellis, mortuus fingendus est, qui postea vere probatur diutius vixisse, *Christinus volum. 2. decr. 180. num. 7.* etsi forte fictioni tali locus esse posset ac deberet, si nunquam postea pro- bationes emergant, quo tempore sic absens in fata concesserit, *Choppinus ad leges Andium lib. 3. cap. 2. num. 4.*

20. Quantum vero temporis spatium oporteat ele- psum esse, ex quo nihil certi de vita mortue ab- sentis relatum est, antequam inter heredes proba- biles hæc divisio instituenda sit, non satis expedi- tum est. Annorum novem meminit *Paponius lib. 15. tit. 7. in append. arrest. 4.* Septennium nonnul- lis placuisse consuetudinum auctoribus; quibusdam triennium; aliis annorum quindecim spatium notat *Choppinus ad leges Andium lib. 3. tit. 2. num. 4. & Ant. Faber Cod. lib. 5. tit. 40. defin. 3. in pr.* Sexdecim annorum decursum desiderat *Grotius manud. ad jurispr. Holl. lib. 1. cap. 10. num. 8.* Sa- ne, si de constante circa talia tempora consuetudi- ne non appareat, rectius id totum iudicis prudentis arbitrio committendum erit, ut consideratis probe circumstantiis ætatis, qualitatibus, periculi, similium- que, æstimet, an jam mortui loco absens habendus videatur, atque ita divisio fiduciaria permittenda sit, an potius per curatorem bonæ absentis in tem- pus longius debeant administrari: cum utique de tempore, quo quis absens pro mortuo habendus foret, certi quicquam Romanis ex legibus peti nequeat. Nam etsi Justinianus construxerit, sufficere quin- quennium; si incertum sit, utrum captus ab hosti- bus conjux superstes sit, nec ne, ad id, ut quasi mortuo conjuge ad alia liceat vota transire, *nov. 32. cap. sed etiam 7. id tamen, tanquam in capto ab hostibus, ideoque propter servilem conditionem incapace nuptiarum ex summo jure, d. nov. 22. cap. 7. ad consequentias producendum non est.*

21. Ceterum non una tantum, sed & duæ plures- ve easdem inter personas communes ac indivisæ he- reditates, veluti paternæ & maternæ, inter fratres germanos uno dividi iudicio, nihil vetat; sic ut eo- rum in arbitrio sit, utrum separatim de singulis he- reditatibus, an simul de omnibus, una familiæ er- cisunda actione experiri malint, *l. heredes ejus 25. §. de pluribus 3. §. 5. ff. t. arg. i. cum duobus 52. §. si plures 14. ff. pro socio.* Quæ adeo vera, ut si inter te & me Titiana hereditas communis sit, in- ter me vero & te & Titium Sejania, Pomponius scri- pserit, unum inter nos tres iudicium accipi posse de utraque hereditate, *d. l. 25. §. inter me 4. ff. b. r.*

22. Quod si commodam res hereditarias non reci-

piant divisionem, aut subitam damnata ex divisione redundaturum sit, res singula singulis, quantum Meri potest, adjudicanda sunt, ipsæque rem ex ad- judicatione tenentes vicissim reliquis pro rata cer- tam condemnandi pecuniæ quantitatē, si in alte- rius persona adjudicatio prægravare videntur, sive æqualiter, sive pro portionibus inæqualibus heredes sint, *§. si familia 4. Inst. de off. judicis, l. ad officium 3. C. communi divid.* Neque enim audiendi, qui adjudicationem rerum ei faciendam putant, qui majore ex parte dominus est; cum ita individuas res omnes hereditarie uni, qui majore ex parte heres est, assignandæ forent, non singula singulis, contra *d. l. 3. §. 4. C. Gorter Sande decr. Frir. lib. 4. tit. 11. defin. 4. Grotium manud. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 28. num. 16.* sed potius licitatione me- diante tunc negotium inter coheredes expediendum, sic ut penes eum res tota constituenda sit, qui ma- jus licitando pretium obvolit, *l. 1. C. communi di- vidend. sive nulla præcesserit publici æstimatoris ju- rati æstimatio, sive ea facta sit, & plures sibi eam isto pretio adjudicari petant, D. Joh. a Someren de jure novæcar. cap. 7. sect. 1. num. 11.* admissio etiam quandoque ad licitationem emptore extraneo, si se non sufficere ad justa pretia offerenda, aut vincendos coheredes vilius licitantes, heredem unus profiteatur, *l. ad officium 3. in fin. C. communi di- videndo, etiam si forte statuto cautum esset sociorum unum alteri posse electionem offerre, utrum rem cer- to pretio æstimatam malit sibi emtam habere, an cedere offerenti: eo quod subinde vilius posset a so- cio pretium rei constitui, dum novit alterum ne isti quidem æstimationi villiori solvenda parem fore. Vi- de Groenewegen ad Grotium manud. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 28. num.* Quin imo, moribus probatum est, auctione publica res hereditarias commu- nes venales proponi, quoties heredum aliquis inops aut pupillus est; ne clandestinis forte collusionibus ac dolosis licitationibus infra justum pretium res uni cederet, & commoda pupillorum sic fraudarentur, *D. Joh. a Someren d. loco, Sande decr. Frir. lib. 4. tit. 11. def. 4. in med. Leeuwen cons. for. part. 1. lib. 4. cap. 27. num. 7.*

23. Notandum tamen, fieri aliquando, ut & tunc, cum res hereditaria commodam natura sua recipit divisionem, adjudicatio uni ex pluribus hereditibus facienda sit. Nam si defunctus forte rem habuerit cum extraneo pro indiviso communem, partem eam, quæ defuncti fuit, arbiter familiæ ercisunda in so- lidum uni heredum adjudicare debet; non inter plures heredes pro rata parti, ne tertius ille defuncti socius plures hoc ipso acquireret socios ex parte in- ter coheredes divisa, atque ita iudex divisionis au- geret difficultatem communionis, imo eadem opera tolleret, & novam aliam induceret communionem. Idemque juris est, si defunctus, rei alicujus ex asse dominus, partem ejus pro indiviso legaverit, parte altera in hereditate manente: uti & tunc, si heredum unus suam rei singularis partem ante acceptum hoc iudicium extraneo distraxerit: quia & tunc, si pars, quæ in hereditate remansit, inter plures dividere- tur, partis alterius emtor aut legatarius cum omni- bus defuncti hereditibus incidere in communionem. Et hunc genuinum non modo sensum, sed & ra- tionem verborum Pauli esse in *l. heredes ejus 25. §.*

si testator 6. ff. b. t. monuit Cuiusdam observat. lib. 32. cap. ult. Brunemanus ad d. l. 25. §. 6. cui tamen decisionis rationi per eandem allata alteram, magisque urgentem, addendam puto, quod nempe absurdum, imo impossibile sit in tribus istis casibus, (quibus res defuncto cum extraneo communis fuit, vel defunctus rei suæ partem pro indiviso legavit, vel heredum annus ante hoc iudicium partem suam extraneo pro indiviso distraxit) ut coheredes ex iudicio familiæ erciscundæ separatas pro diviso acciperent partes partis illius, quæ in hereditate inventa fuit aut remansit heredibus cum legatario, emtore extraneo, vel defuncti socio pro indiviso communis, quamdiu non prius a communione cum extraneo, defuncti socio aut partis legatario, vel emtore extraneo, recessum fuerit. Atque hinc, si coheredes omnino partis talis non adjudicationem uni faciendam, sed inter se distributionem pro rata desiderare vellent, necesse foret, ut prius cum extraneo illo sive defuncti socio, sive legatario, experirentur communi dividundo iudicio; atque ita demum hoc iudicio partis, quæ a parte socii vel emtoris vel legatarii jam separata est, exigerent inter se divisionem, l. *Marius* 52. junct. l. *ex hereditate* 54. ff. b. t. l. *ad officium* 3. pr. C. *communi divid.*

24. Quæ vero res in hoc veniant iudicium; an immobilia vel mobilia per hostes capta; an res defuncto commodatæ, pignori datæ, aut apud eum depositæ, vel aliter possessæ; an litigiosæ; an per testatorem sub conditione legatæ; an thesaurus in fundo hereditario per unum ex heredibus aut extraneum repertus; an res per unum heredum ex hereditaria pecunia emtæ; an res hereditariæ per unum heredum pro parte vel in solidum distractæ; an mala medicamenta, libri improbatæ lectionis, lucra turpia; an iura sepulchrorum, patronatus, servitutum personalium, aut realium, an quæ uni coheredum ex voluntate defuncti conditionis implendæ causæ data sunt; prolixius exposui tractatu de familiæ ercisc. cap. 7. Et quid juris sit circa prædia feudalia, emphyteuticaria, censualia, latius dixi eod. tract. cap. 9. quid itidem circa prædia adscriptiorum dividenda servetur, vide Anton. Marthæum in *paramis Belgar. Jurisconsult. param. 2. n. 47. 48.*

25. Porro in hoc iudicium venire etiam præstationes personales, impensas nempe in rem hereditariam per unum heredem factas, si modo factæ sint post aditam hereditatem, & ab herede, quæ tali, ac utiliter; damna quoque, uti & fructus rerum hereditiarum; denique & accessiones rerum; tradidi plenius eod. tract. cap. 10. quæ per indicem hic retulisse suffecerit. Quibus adde, absurdum non esse, ut pro parte heres, in universum solus gerens res hereditarias, etiam salarium pro molestia suscepta, velut præstationem quandam personalem, consequatur, quoties in solidi administrationem plus laboris impendere debuit, quam in suam tantum partem fuisset impensurus, arg. l. *ex parte* 59. ff. b. t. Responsa Jurisc. Holl. part. 3. vol. 1. consil. 38. in fine, & d. part. 3. vol. 2. consil. 27. in fine. Nec prætermittendum, de personalibus huiusmodi præstationibus condemnationes & absolutiones in omnium coheredum personis faciendas esse; adeo ut in aliquæ persona omissa sit damnatio, in ceterorum

quoque persona, quod facit iudex, valiturum non sit; veluti, si ex quatuor heredibus hoc iudicio experientibus unus impensas fecerit, & ei ad istas redendas pro rata damnetur secundus & tertius, non item quartus, l. *in hoc iudicio* 27. ff. b. t. Adde Vinnium *select. quart. lib. 1. cap. 38.*

26. Nomina & actiones quod attinet, in hanc non veniunt actionem, eo quod ipso iure inter coheredes divisa sunt, ita ut pro rata hereditatis parte singuli debeant singulisque debeat, l. *per familiam* 2. §. *ult. ff. b. t.* cui consequens est, ut si, divisa hereditate, unus heredum pro sua parte destinat solvendo esse, id ceteros coheredes gravaturum non sit: uti id de legatorum petitione aperte responsum est in l. *legatorum* 35. ff. *de legatis* 2. Et, si in pluribus fidejussoribus id obtineat, quod superveniens post oppositam divisionis exceptionem inopia unius reliquos non oneret, etiamsi illi initio conventionis inspecto, singuli in solidum debitores fuissent, nec ipso iure ex Hadriani epistola obligatio divideretur, §. *si plures* 4. Instit. *de fidejussor* 25. ff. *eod. tit.* longe magis id inter eos servandum est, qui nunquam in solidum, sed ipso iure tantum pro hereditaria parte devincti fuerunt, Gomezius *variæ. resolut. tom. 2. cap. 10. num. 4. in med.* Costalius ad l. 25. §. *si miles* ff. b. t. Neostadius *Curia supr. decis. 124.* Et quamvis ad officium iudicis nonnunquam pertineat, ut debita & credita singulis pro solido, aliis alia adjudicet, quia sæpe & solutio & exactio partium non minima incommoda habet, l. *plane* 5. ff. b. t. tamen, si de talis adjudicationis effectu quæras, nec tunc unum ipso iure in solidum teneri, ceterosque liberari, ex Gajo disces, qui in d. l. 3. ulterius pergens ait, *hanc attributionem non illud efficere, quis solus totum debeat, vel totum alicui soli debeatur; sed ut sive agendum sit, partem suo, partem procuratorio nomine conveniatur. Nam licet libera potestas maneat creditoribus cum singulis experiundi; tamen & his libera potestas est suo loco substituendi eos, in quos onera actionis officio iudicis translata sunt, ac proinde, si forte creditor vi adjudicationis unum heredum in solidum convenerit, & is solvendo non sit, id non impedit, quo minus reliquos deinceps pro sua parte hereditaria conveniat; non enim eo ipso, quo creditor heredem unum in solidum convenit, censeri debet tacite pactus esse, ne ultra peteret a ceteris; cum non nisi uno in casu pacti huiusmodi taciti præsumptionem leges admittant; puta, si hereditas vendita sit, & creditores omissio venditore emtorem hereditatis, heredem repræsentantem & actiones sponte suscipientem, convenire cœperint, l. *post venditionem* 2. C. *de pactis*, quo ad consequentias casusque dissimiles trahendum non est, Neostadius *Curia supr. decis. 14.**

27. Sed &, si non ex iudicis adjudicatione, sed mutua coheredum conventionem, vel testatoris dispositionem, placuerit, ut singuli coheredes singula debita, alii alia exsolverent, nullum inde creditoribus præiudicium nasci potest, quo minus heredes singulos, quos pactio vel testatoris voluntas exoneraverat, pro hereditaria conveniant portione, cum cogi nequeat creditor alium debitorem admittere, l. *si mandatu meo* 45. §. *item si 2. ff. mandati*, & debitorum pactionibus creditorum petitio nec tolli nec

mutari possit, *l. debitorum* 23. *C. de pactis*, *l. Imperatores* 3. *ff. de transact.* Andr. Gayl. *lib. 2. observ.* 14. *n. ult.* Quæ adeo certa, ut ex juris Romani principis creditoribus ex conventionione coheredum aut testatoris voluntate ne nata quidem fuerit potestas, eum invitum in solidum conveniendi, qui solidi solutionem vi pacti vel testamenti in se receperat, quemve defunctus contractu suo nominatim in solidum creditori devinxerat, sed adhuc cum singulis pro rata experiendum fuerit, dato iis regressu adversus illum, qui solidi solutione secundum jam dicta gravatus erat, *l. seruo legato* 69. *§. si testator* 2. *ff. de legatis* 1. *l. eum, qui ita* 56. *§. si Titium* 1. *ff. de verbor. obligat.* *l. pacto successorum* 26. *C. de pactis*, Lamb. Goris. *adversar. tract.* 3. *part. 1. cap. 3. num. 3. & seqq.* Conf. *tit. de reb. cred. num. 17.* Quod tamen moribus nostris ad evitandas litium ambages ac multiplicationem mutatum ajunt, creditoribus ex æquitate concedentes facultatem in solidum conveniendi illum, quem defunctus testamento vel pacto, aut coheredes conventionione mutua, in solidum voluerunt gravatum, Lambertus Goris *d. tract.* 3. *num. 1. & seqq.* Groenewegen ad *d. l. 69. §. 2. ff. de legatis* 1. Imo jure singulari placuit Mecliniensibus, creditoribus etiam tunc, cum nullus coheredum ex conventionione vel defuncti dispositione in solidum oneratus invenitur, electionem competere, contra quem ex pluribus in solidum experiri velint; ne in plures debitores distringeretur creditor, qui cum uno contraxerat; salva heredi in solidum condemnato actione contra coheredes ad indemnitatem pro rata, *Statuta Mecliniens.* *tit. 16. art. 37.* Vice versa quoque vel ex ipsius Romani juris dispositione id obtinet, quod si heredum unus ex officio judicis vel pacto, vel testatoris dispositione ad solidi debiti solutionem devinctus sit, ac reliqui per creditorem pro rata parte conveniantur, libera ipsis potestas sit suo loco substituendi eum, in quem onus actionis ita translatum est, *l. plane* 3. *l. si filia* 20. *§. item Papinianus* 8. *ff. de t.*

23. Pro qua autem parte heredes singuli ferre debeant onus æris alieni, si aliter mobilium, alter immobilium heres sit, si quis pro diversitate locorum, in quibus sita sunt defuncti immobilia, rerum tantum quarundam successor sit, aut jus vigeat, ut paterna bona paternæ, materna maternæ lineæ cedant, quibus in casibus in solidum singuli ex jure Romano conveniri possint; aliæque similes difficultates, discutiendæ potius videntur ad *tit. de acquir. vel emiss. hered.* Vide interim Lambertum Goris *adversar. tract.* 2.

29. Divisioni hereditatis pacta varia addi possunt; veluti de evictione præstanda, aut indemnitate, si forte res evincantur, vel debitores hereditarii uni assignati solvendo non sint; aut vice versa: de qua evictionis præstatione hoc in judicio dicam *tit. de evict.* & scripsi in *tract. famil. erciscunda* cap. 13. *num. 5. & seqq.* Frequens præcipue ac probata in Hollandia est pactio de futura successione, ut nempe bona, quæ culque ex divisione obveniant, certo modo devolvantur post mortem eorum, quibus cesserunt, electa forte successione secundum jus Aesdomicum, aut Scabinicum, prout id identibus visum fuerit, *Ordonnantie van Folijne in Holland.* anno 1580. *artic. 29. in fine.* Quod potissimum tunc

usum inventi, & fieri expedit, cum parens superstes ad secunda vota transiens, per quandam familiaris erciscundæ speciem liberis prioris matrimonii impuberibus assignat bona parentis prædefuncti; quæ longe parcius assignaret, si, illis sine testamento morientibus, bona eorum non ad parentem superstitem ex jure Aesdomico, sed ad prædefuncti parentis proximiores jure Scabinico devolverentur; unde pactum tunc adjicitur, ut in bona assignata Aesdomico jure succedatur, *d. Ordonnantie van de Folijne binnen Holland.* *art. 29.* Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holland.* *lib. 2. cap. 29. num. 7. & 8.* Uti ex adverso quoque fieri potest, ut parens superstes parcius liberis prioris matrimonii impuberibus assignans prædefuncti parentis facultates, pactum apponat, ne ipse in bona assignata jure Aesdomico, sed prædefuncti conjugis cognati Scabinico jure successores sint, licet tunc nulla liberorum impuberum utilitas appareat: cum generaliter liberam paciscendi licentiam sine restrictione concedat lex Hollandica, *d. art. 29.* neque ejus pactionis ineunda facultas sustineatur ex favore liberorum, sed magis pro ratione ac fundamento habeat liberiore de hereditate viventis paciscendi potestatem, Rodenburch *de jure conjug. tract. præl. min. de statutorum diversis.* *tit. 4. parte altera cap. 2. num. 1. 2. pag. mibi 157. 151.* Nec his pactionibus admodum dissimilis illa est, qua conjux superstes, parcius forte assignans liberis prioris thori sua bona paterna vel materna, promittit, fore, ut liberi prioris matrimonii cum conjugii posterioris sobole sibi assignanti aequaliter succedant: etsi distet in eo a prioribus, quod in illis salva liberis mapeat licentia disponendi testamento in contrarium, ubi ad ætatem ad testandum legitimam pervenerint, Grotius *d. cap. 29. num. 2. 3. 4. 5.* in hac parens ipse suo facto videatur hæcenus sibi liberam ademisse testamenti factionem, ne plus posterioris quam prioris matrimonii liberis relinquat, Responsa Juriscons. Holl. *par. 5. vol. 1. cons. 16. versus ten derden.* Sed cum pacta talia bonorum paternorum vel maternorum assignationibus adjecta vix uspiam extra Hollandiam probata sint, Ultrajecti certe improbata, considerandum obiter, rerum quidem immobilium intuitu pacta ista conventa tantum effectum esse sortitura quantum ad immobilia in Hollandia, non item alibi sita illis in locis, in quibus tales displicere conventiones. Valitura tamen esse quantum ad immobilia Hollandica, non modo, si in Hollandia essent inita, sed & si alibi celebrata, ubi nullus talium pactorum usus est; eo quod tralatitium est immobilia quantum ad successiones regi jure loci, in quo sunt. Valitura denique circa mobilia ubicunque sita, ita demum, si impuberes, quibus assignatio bonorum ea lege facta est, in Hollandia domicilium foveant, aut alio in loco pactiones istiusmodi non reprobant; cum usus induverit communis, mobilia regi oportere domicilii jure, ut dictum latius de statutis. Ut tamen sufficere videatur, tunc, cum assignatio bonorum & pactio interponebatur, domicilii lege eam fuisse probatam, etsi postea domicilium ad tale territorium translatum fuerit, in quo ita pacisci interdictum erat. Uti ex adverso, si tempore conventionis domicilii lex refragaretur, pactio ex post facto convalitura non esset ex eo, quod domicilii tran-

factio fieret ad locum talem, cujus lex talem; sustinet de successione conventionem: tum quia initium contractus inspicendum est, arg. *l. pretii causa* 9. *C. de recind. vendit.* tum quia ex presenti vires accipit stipulatio, quamvis petitio ex ea suspensa sit, *l. usufructus* 26. *in fin. ff. de stipul. servorum.* Ut proinde nec ex migratione convalescere debuerit, quæ ab initio non valuit, nec vice versa convelli sola migratione, quæ semel ex presenti legitimum ac bonum initium habuerat. Confer Rodenburch *d. tract. prelim. de statutor. diversis. tit. 4. parie altera cap. a. n. 3. 4. 5. 7.*

30. Cessat hoc familiae erciscundæ judicium, si semel eo actum sit; nam si quid indivisum remanserit, judicio communi dividundo inter eosdem locus est, *l. si filia nupta* 20. *§. familia* 4. *ff. b. r. nisi,* ut ante dictum, inter plures ex pluribus divisionis judicium susceptum fuerit, & reliqui postea supervenientes iteratim petant hereditatis totius divisionem. Atque hinc etiam est, quod quandoque coheredes de rebus quibusdam singularibus hereditariis dividendis non hoc, sed communi dividundo judicio inter se contendunt, quo magis ipsis adhuc deinceps hæc generalis familiae erciscundæ actio in integro sit, *l. in eo coherede* 44. *pr. ff. b. r.* Nec obstat hæc *l. 1. C. b. r. cum in ea rescribant Imperatores de casu, quo non per iudicis sententiam, sed mutuum coheredum consensum, rerum quarundam divisio facta est; tunc enim, quia nondum inter eos agitatum fuerat universale divisionis judicium, merito indulgent ipsis fuit, de non divisi familiae erciscundæ actione experiri. Neque etiam adversatur, quod sapius inter eosdem agi possit petitione hereditatis, *l. si a se* 9. *ff. de except. rei judic. case,* cum inter eam & hoc divisorium judicium illud intersit, quod hoc non natura tantum sed & effectu seu eventu universale sit, quia dividi possunt res hereditariæ, etiam coheredibus poscæ non sint, in eoque non tam factum pro sessioni spectetur, quam potius jus, quod quisque habet, ut supra probatum *num. 12.* At petitio hereditatis semper quidem natura sua universalis est, non autem effectus; dum nihil ea actor consequitur, nisi quod ab adversario possessionem est, etsi universaliter egerit ad totam hereditatem ex jure suo sibi competente, *l. 1. §. 1. ff. si pars hered. pet. l. licet minimam* 10. *ff. de pot. hered.**

31. Cessat quoque, si testator alium ex re certa heredem scripserit, alium sine re; quia hæres ex re certa scriptus legatarii loco est, atque adeo non potest videri ullam habere rem cum coherede jure hereditario communem, *l. quoniam* 13. *C. de hered. instit.* Uti &, si alium castrensis, alium paganici, alium mobilium, alium immobilium heredem fecerit; eo quod nec his in casibus ulla inter coheredes rerum communio est, dum lex satis separavit castrensis ab aliis, & natura simul cum juris dispositione concurrans mobilium ab immobilibus distinctionem abunde inducat, adeoque lex & natura, suas culque partes dando, prævenerit circa divisionem iudicis aut coheredum officium, *l. hered. ejus* 25. *§. si miles* 1. *ff. b. r.* Idemque est, si nihil præter nomina, ipso jure divisa, in hereditate reperiatur, *d. l. 25. §. 1. dixi latius tract. de familia erciscunda cap. 15. n. 5. & 6.*

32. Insuper, etsi testatoris prohibitio efficere nequeat, ut in perpetuum inter coheredes communio maneat, nec ullo tempore rerum hereditarium divisio postuletur; eo quod nec mutua coheredum passionem id agi potest, ut in æternum communio societasve duret; neque testatori permittendum videatur in sua sola cavere dispositione, quod ne conventionem quidem duorum introduci potest, arg. *l. in hoc judicium* 14. *§. si conveniat* 2. *ff. communi div. l. nulla societas* 70. *ff. pro socio;* ad tempus tamen etiam longum, vel, quamdiu certa persona vixerit, facta per testatorem prohibitio divisionis, quo minus teneat, ratio non est; cum etiam conventione partium societas in perpetuum, id est, quamdiu vivunt socii, contrahi possit, *l. 1. ff. pro socio,* & id agi, ne intra certum tempus divisio fiat aut a societate discedatur, *d. l. 14. §. 2. ff. communi div. l. actione disrabitur* 65. *§. item qui* 6. *ff. pro socio.* Atque ita heredum institutionem sub ea conditione, si socii bonorum hereditarium usque ad annos redactionem permanserint, inutilem non esse, ex sententia Juliani contra Marcellum Ulpianus scripsit *l. si qui i. a 4. de condit. institut.* Balbus de prescriptione. p. quare princip. quart. 13. n. 5. Jul. Clarus *§. testamentum* quart. 67. Boerius dec. 87. Andr. Gayl. libr. 2. observ. 139. *num. ult. Ant. Thesaurus dec. 142. Tuldenus in C. th. communi div. num. 2. Peregrinus de fideicommissis art. 11. n. 80. Hugo Grotius manu. ad jurispr. Holl. lib. 2. c. 21. num. 19.* Neque his, quæ de improbata in perpetuum divisionis prohibitionem dicta, repugnat, quod testator in perpetuum alienationem prohibere possit, *l. filiusfamilias* 114. *§. divi Severus* 14. *ff. de legatis* 1. cum diversitatis ratio in eo sit, quod alienationis prohibitio non inducit communionem, discordiarum ac negligentiam matrem; uti quidem id facit prohibitio divisionis. Et quod attinet testatoris rogationem, ut quicquid iure requirisset, aut coheredes haberent, commune ipsis esset, juxta *l. ult. §. Lucius Titius* 3. *ff. de legatis* 2. *Lucius Titius* 74. *ff. ad senat. Trebell.* ea non communionis perpetua, sed tantum collationis bonorum, postea separandorum, præceptum complectitur, ut ex ipsis illis legibus colligi potest. Ad hæc in prævi recentem et, creditores postulare posse a iudice domicilii defuncti, ut faciendam inter coheredes rerum hereditarium divisionem inhibeat, usque dum ipsis vel solutione satisfactum, vel cautione præstita satisfatum fuerit; ut ita evitent necessitatem conveniendi singulos pro rata post directam divisionem communionem.

43. Non tamen denegandum hoc judicium ex eo, quod coheredes res hereditarias communiter pro indiviso totis triginta vel pluribus possederunt annis. Si enim adinventum sit usucapto atque præscripto etiam ob id, ut aliquis litibus finis esset, *l. ult. ff. pro suo,* non utique sic debuit rerum perpetuam introducere communionem, ut nullo unquam tempore ab ea recedi posset; cum eo modo lites non amputarentur, sed magis ampla discordiarum seges esset, quæ ex communione progeminare consuevit, *l. cum pater* 77. *§. dulcissimis* 20. *ff. de legatis* 2. Præterquam quod quis eo ipso, quo conjunctim cum alio possidet, consortem agnoscit: nec præscribere potest, qui non tantum suo nomine, nec sibi soli, sed sibi simul & consorti pro indiviso rem tenes, arg. *l. male*



igitur 2. C. de præscript. 30. vel 49. annor. Quibus accedit, quod jus a communione recedendi res meræ facultatis est; cuius proinde petitionem longi vel longissimi temporis præscriptio non perimit. Adde *libellum meum de familia eriscunda. cap. 15. num. 1. ibique DD. citatos*. Si tamen unus coheredum res hereditarias totis triginta annis solus suo nomine proprio tanquam suas possederit; magis est, ut in universum deinceps hoc cesset iudicium; non, quod perpetua deinceps inter coheredes communio maneret; sed potius, quod possessor solus res possessas hereditarias sibi servaturus sit: cum utique post annum triginta decursum, nulla amplius hereditatis petitione, tanquam actione mixta in rem & in personam, conveniri possit, quasi pro herede vel pro possessore teneret coheredum partes, arg. *l. hereditatis 7. C. de petiti. hered. junct. l. 1. §. 1. C. de annal. excep.* Eoque accipiendum sensu, quod a Justiniano sancitum fuit, neque familiæ eriscundæ, neque communi dividundo, neque finium regundorum actiones ultra triginta annorum metas extendi, *d. l. 1. §. 1. C. de annal. excep. Vinnius resect. quest. lib. 1. c. 34. Struvius ad Pand. b. t. n. 14.* Quibus non est contrarium, quod ab interpretibus frequentius est traditum, ex separata possessione rerum hereditariarum, qua unus unam, alter alteram rem solus integris tenuit decem annis inter præsentis, viginti inter absentes, solum fructus percepit, onera solvit, ne divisione quidem inter coheredes præsumi factam, si partes aut res, quas separatim singuli possederunt, inæquales admodum sint, Menochius de præsumpt. lib. 3. præf. 60. n. 6. Boerius decis. 53. nec, si onus ceteris conniventibus longo tempore solus hereditariarum rerum possessor fuerit quasi ex asse heres, prohiberi ceteros adire hereditatem, ac petere divisionem ejus, Tiraquellus de jure primogenit. quest. 25. n. 4. Etsi enim verum sit longi temporis possessionem ista operari non posse, quia & hereditatis petitiō & familiæ eriscundæ iudicium integris durat triginta annis, *d. l. 7. C. de petiti. hered. d. l. 1. §. 1. C. de annal. excep.* tamen si triginta illi anni præterlapi sint, præsumum videtur & extinctum omne juris remedium, quo vel hereditas peti, vel divisio ejus obtineri posset. Ne dicam, haud deesse, quibus placuit, separatam longi temporis possessionem sufficere ad excludendam in posterum divisionis petendam facultatem, Sander decis. Frisic. lib. 4. tit. 11. def. 3. & plures ab eo allegati.

34. Ceterum accidit aliquando, ut facta inter coheredes divisio inutilis sit, aut rescindatur. Etiam si in divisione læsio contigerit, etiam majoribus ea læsio subveniri solet; & idem quod inæqualiter factum esse constiterit, in melius reformari, sive fraude coheredum aut aliorum, sive perperam sine concurrente cujusquam dolo, per errorem forte, inæqualis divisio facta sit, *l. majoribus 3. C. comm. utriusque iudicii, l. si post divisionem 4. C. de juris & facti ignorantia, l. si error 8. C. de collation. l. cum putarem 36. ff. hoc tit.* Ut tamen non quævis læsio semper faciat infirmari divisionem: nam aut per errorem divisio facta est cum eo, qui heres non est, vel non tanta ex parte, ex quanta credebatur tempore divisionis coheres esse; aut inter veros heredes interessit, ac pro ea parte, qua heredes erant, sed tamen minus quam oportebat, uni vel quibus-

dam ex divisione questum est. Si cum eo facta sit, qui aut nullo modo aut non tantum ex portione coheres erat; distinguendum fuit, utrum medianre iudicis sententia, an sine iudice per privatam actionem divisio perfecta sit. Si enim nil nisi privata intercesserit conventio, dubium non est, quin ea, quæ falso, vel non tanta ex parte heredi, ex divisione cessarunt, apud eum existant vere indebita: cui consequens, ut & indebiti conditio hoc casu competere debeat, cum inter eos transactum intelligi non possit, ubi alter alterum per errorem putavit coheredem esse, *l. cum putarem 36. in fine ff. b. t. l. si post divisionem 4. C. de jur. & facti ign.* Sin iudicis auctoritate ac sententia interveniente inter verum falsumque heredem divisio contigerit; & adjudicationes ac condemnationes invicem factæ sint, indebiti conditioni locus non est; quia indebite solum dici nequit, quod ex causa iudicati solum est, dum res iudicata pro veritate habetur, & rerum adjudicarum ac præstatarum dominus fiat, cui arbitrio qua heredi per familiæ eriscundæ iudicium eas adjudicavit, *l. si fidejussor 29. §. penult. ff. mandati l. 1. Cod. de condict. indeb.* Quamvis enim vere non sit familiæ eriscundæ iudicium, nisi inter coheredes; opinio tamen illa, quod coheres fuerit, qui non est, juncta adjudicationibus, sufficere dicitur ad impediendam repetitionem ejus, quod ex causa iudicati solum est, *d. l. cum putarem 36. in med. ff. b. t. junct. l. ingenuum 25. ff. de statu hominum.* Sed quia veritas rerum erroribus gestarum non vitatur, *l. illicitas 6. §. veritas 1. ff. de offic. præstatoris*, ac inter justas restitutionis causas etiam numeratur justus error, *l. 2. ff. de in integr. restitution.* atque insuper ex falsis instrumentis aut allegationibus obtenta sententia rescindi potest, *l. 3. ff. de iur. iur. C. si ex falsis instrum. vel testimoniis iudicatum sit*, inficias autem iri nequit, quia iudex allegatione falsa, quod heres esset, qui non erat, ad sententiam divisionis interponendam inductus sit; nihil vetat, quo minus heres verus, errore comperto, adversus ea, quæ cum herede falso per errorem gessit, dum vel provocavit eum ut heredem, vel ab eo sese provocari passus est, restitutionem imploret, eaque impetrata, deinceps instituat indebiti conditionem, non tunc amplius ex infirmata per consensum re iudicata impediendam arg. *l. si error 8. in fin. Cod. de collation.* Atque ita non adversatur, quod re iudicata usque adeo pro veritate habenda sit, ut nec propter instrumenta noviter reperta rescindi possit, *l. cum de hoc 27. ff. de except. rei jud. l. Imperatores 35. ff. de re iudicata, l. sub specie 4. C. cod. tit. nec causa decia velamento erroris instaurari, l. error facti 7. C. de juris & facti ignor.* nec id, quod ea ex causa solum est, recipi, *l. si fidejussor 29. §. in omnibus 5. ff. mandati* (quibus motus, aliquando scripsi, restitutionem denegandam esse). Etiam, cum iudex hoc in iudicio inter verum & falsum heredem dividit, aut adjudicationes rerum & in pretia condemnationes pro rata facit, non tam super eo iudicat, an uterque heres sit, quam potius definit, quæ res singulares, aut quæ rerum singularium partes, ex hereditate unicuique, hoc iudicio contententi, acquirende pro diviso sint, magisque supponit, quam qua sententia determinat, illam, inter quos iudicium hoc coeptum est, coheredes esse,

dum nulli eorum ab adversario contrarium in judicio obiectum fuit. Quo modo etiam sententia arbitri, cujus meminit *d. l. 36. ff. b. r.* non continebat definitionem controversiæ, an uterque hoc agens judicio, vere heres esset, nec ne (qualis questio magis in hereditatis petitione vertitur); sed tantum adjudicabat heredi falso, quem verum putabat, pecunias velut pretia rerum heredi vero adjudicatarum, quas & hæres verus heredi falso solvebat, tanquam debitas vi condemnationis. Ac proinde, si postea verus heres errore comperto restitui desideret, non adversus sententiam, circa adjudicationes tantum & condemnationes aut divisiones occupatam, auxilium implorat; sed tantum contra suum factum proprium erroneum, falsi scilicet coheredis agnitionem, & divisionum iudicium cum eo, qua tali, perperam susceptum. Ubi autem ita contra suum factum erroneum restitutionem impetravit, necesse fuit, ut, licet contra rem judicatam, adjudicationibus & condemnationibus aut divisionibus constantem, restitutionis auxilium nec postulatum nec obtentum esset, tamen per consequentiam quandam sententia illa sponte corrueret; dum jam per & post restitutionem patebat, coheredem non esse, qui talis credebatur, ac generaliter in jure probatum est, nisi qui coheres sit, neque adjudicari quicquam ei oportere, neque adversarium ei condemnandum esse, teste Gajo in *l. 1. in fine ff. b. r.* & condemnationis verbum non tenere, nec condemnatum esse, nisi qui rite condemnatus est, *l. si se h. §. condemnatum 6. ff. de re judicata*, ac propterea etiam ex eo tempore velut indebitum considerandum fuit quicquid ex hujusmodi re judicata heredi falso questum erat; ideoque per indebiti conditionem merito repetendum. Neque id ipsum obscure in *d. l. 36. indigitatum* puto, ubi, cum Jurisconsultus sibi objectionem formasset, dicendo, *sed tu videris eo moveri, quod non est iudicium familia erciscunda, nisi inter coheredes acceptam*; ipse respondens fatetur, *iudicium non fuisse*: unde sequebatur, nec rem judicatam fuisse circa adjudicationes & condemnationes; nec falsum heredem vi talis sententia pro vero fuisse habitum, aut talem effectum. Interim tamen ibidem subnectitur, *sufficere ad impediendam repetitionem, quod quis se putet condemnatum*. Hoc est, ut opinor, sufficere, quod verus heres tempore condemnationis & solutionis in ea fuerit opinione, alterum vere coheredem fuisse, atque ita inter se & falsum heredem verum intercessisse familie erciscundæ iudicium, ad id, ut impediretur repetitio per indebiti conditionem, de qua in *d. l. 36. sermo* erat. At postquam per restitutionem constitit, eum heredem non esse, ac per consequens nec divisionum esse potuisse cum eo iudicium, secundum *d. l. 1. in fine, & d. l. 36. ff. b. r.* & ad iudicium, quod nullum erat, efficaces & rei judicatz vim habituras sequi nequisset adjudicationes ac condemnationes, nihil amplius obstat, quo minus indebiti conditio contra falsum competeret heredem, pro repetendis iis, quæ ei sine causa soluta erant, ac acquisita. Quæ omnia hæcenus adducta eo minus in dubium revocanda videntur, quia similis plane, qualis in *d. l. 36. ff. b. r.* definitio circa rei judicatz auctoritatem in fideicommissariæ hereditatis restitutione invenitur: dum Muzianus ait, *cum prator, causa cognita, per errorem, vel etiam ambitiosè juberet, heredes*

*restitutionem ut ex fideicommissis restitui; etiam publice interest restitui, propter rerum iudicatarum auctoritatem, l. serpo invito 65. §. cum prator 2. ff. ad Senatus. Trebell.* adeoque ambitiosa illa aut erronea res judicata efficiebat quidem, ut restitutio sequi deberet, & per consequens multo magis impedire debebat conditionem indebiti respectu rerum jam vi sententiæ restitutarum. Neque tamen ideo illa iudicati ambitiosi auctoritas tanti fuit habita, quin rescissionem siquæ infirmationem admittere potuerit atque debuerit; cum utique ambitiosa non decurionum modo, sed & consulum ac præsidum prætorumque decreta rescindi oportere, juris manifesti sit, *leg. ambitiosa 4. ff. de decretis ab ordine faciendis, junct. l. denique 5. in pr. ff. de minoribus 25. annis*, quo facti dubium nulli amplius esse potest, quin indebiti conditione repeti possent, quæ vi rei judicatz, sic postmodum infirmate, indebite fuerant fideicommissario non vero restituta. Hæc autem tum demum obtinent, cum omnino ignoratur, eum, cum quo divisio facta est, coheredem non esse. Nam si, cum verus heres dubitaret, utrum alter heres esset, nec ne, ad divisionem nihilominus cum eo procedere maverit, quam litigare, atque ita super incerto juris sui transegerit cum falso herede, nulla divisionis istius seu transactionis rescissio speranda foret, arg. *l. si non transactionis 6. C. de jur. & fact. ignor. l. Lucius Titius 78. §. ult. ff. ad Senatus. Trebell.*

35. Quod si inter veros heredes pro ea parte, qua heredes erant, divisum sit, & tamen inæqualitas appareat, videndum, an dolo coheredis plus justo capientis, an sine dolo ejus, solo errore quodam, inæqualitas contigerit. Si enim dolus intervenisse probetur, non dubitandum, quin id, quod inæqualiter factum est, ex natura iudiciorum bonæ fidei in melius reformandum sit, *l. majoribus 3. C. commun. utriusque iudicii*, non modo si enormis ultra dimidium læsio illata sit, sed & si minor; dummodo ejus quantitatis sit, ut ob eam etiam in stricti juris iudiciis actio doli danda foret, arg. *leg. si quis affirmavit 9. §. ult. l. 30. & 11. ff. de dolo*. Si vero sine dolo, dum forte in rerum hereditariarum pretiis erratum est, non aliter puto repetitam impetrari posse hereditatis divisionem, quam si enormis, id est, ultra dimidium læsio probata fuerit. Cum enim non aliter venditio rescindenda sit, *l. rem majoris 2. C. de rescind. vendit.* ac divisiones vicem emptionis & permutationis obtinere placuerit, *l. si filia 20. §. 12. pater 3. ff. b. r. l. cum pater 77. §. hereditatem 18. ff. de legatis 2. l. 1. C. communia utr. iudicii*, non aliud in iis, quam in emtionibus, circa læsionem servandum fuit. Et si enim nullam enormis læsionis mentionem habeat *d. l. 3. C. commun. utriusque iudicii*, cujus auctores sunt Diocletianus & Maximianus; supplendum tamen illud est ex *d. l. 2. C. de rescind. vendit.* quæ ab iisdem Imperatoribus profecta est. Confer libellum meum de familia erciscunda cap. 14. num. 8. & 9. ibique DD. utramque in partem citatos, Groenewegen ad *l. 3. C. commun. utr. iudic.* Neque hoc in casu distinguendum videtur, utrum in iudicio, an extra iudicium divisio facta inæqualitate enormi laboret; cum æque iudice superstita atque præsentis, ac eodem non adhibito, in æstimandis rerum pretiis error committi possit, & sic enor-

mis lesio contingere; quam emendari equum & bona fidei iudicii conveniens est, arg. leg. si quidem 11. Cod. de predictis & aliis reb. minor. leg. si quos dabiturum 16. C. de rescind. vend. l. duplex 2. C. de fidei & jure iusta fiscalis, Christianus ad Leg. Macblin. iii. 16. art. 44. num. 15. & vol. 2. decis. 180. num. 3. Choppinus ad leges Andium libr. 5. cap. 1. tit. 2. num. 3. Wesembecius paratit. ff. b. t. num. ult. Quod enim in d. l. 5. C. Commun. utriusque iudicii, rescriptum est, majoribus etiam per dolum vel fraudem vel perperam sine iudicio factis divisionibus solere subveniri; non eo pertinet, quasi sola extra iudicium, non item in iudicio per iudicem, dolo vel perperam facta divisio rescindi posset; cum absurdum esset, jus dicenti auctoritatem praeberet alterius circumveniendo licentiam, aut sub clypeo praetoris quancquam decipi; & expeditum utique sit, etiam tunc, cum in iudicio dolum intercessit, rata esse non oportere, quae dolo gesta sunt, nec cuiquam suum dolum oportere prodesse, l. si soror 3. C. de collation. eo modo, quo transactio (quae maiorem habet auctoritatem quam res iudicata, l. 2. ff. de iur. iur. l. non minorum 20. C. de transact.) ob dolum adversarii rescissionem admittit, l. quicum iuroribus 9. §. qui per fallaciam 1. ff. de transact. l. sub praetore 19. C. eod. quamvis in dubio a iudicis vis, metus, dolus, & alia similia abesse praesumantur: sed potius verborum sensus est, quod & ea divisio, quae dolo adversarii iniquitatem continet, & quae citra dolum adversarii lesionem infert, in melius reformanda sit, dum temere sine circumspicione ac iudicio seu consilio saepe deliberato, & non considerato satis rerum pretio, inaequalis pro rata inter coheredes divisio facta est, Gothofredus in not. ad d. l. 5. Tamen si non desunt, quibus vulgata d. legis tertia displicet lectio, quippe supposititum putant illud sine iudicio, atque insuper varie a Triboniano mutatum esse legis sensum, Ant. Matthaeus de aucton. lib. 1. cap. 16. num. 40. qui tamen in eo videtur calamo magis quam errore lapsus, quod in Codice Theodosiano legem illam 3. aliter legi scripsit; cum potius Gregoriano Codice comprehensa fuerit, si credamus auctori veteris consultationis, quam Cujacius suo prae-misit libro consultationum; in qua Diocletianus & Maximianus Burelia Severa in hac verba rescripsisse dicuntur; an divitio, quam jam factam esse proponis, convelli debeat, rector provinciae, praesente parte diversa, diligenter examinabit, & si fraudibus eam non caruisse perspexerit, quando etiam maioribus perperam factis divisionibus solent subveniri, quod improbatum atque inaequaliter factum esse considerit, in melius reformabit. Quae si ita sint, de solis divisionibus dolo malo inaequaliter factis lex accipienda foret, sine distinctione, an sine iudice, an vero iudicis auctoritate a communione recessum sit.

36. Posita vero enormi lesione, tunc in arbitrio ejus, qui plus justo ex divisione accepit, positum est, utrum id quod deest coheredi supplere velit, an de novo divisionem pati; & si rescissio facienda sit, illam fieri tantum respectu ejus, qui laesus est, non aliorum intuitu, qui laesi non sunt: nec rescissionem impediri ex eo, quod coheredum aliquis rem quandam hereditariam sibi adjudicatam jam distraxerit: probationem quoque lesionis enormis sufficere incumbere, ac inspiciendam esse in enormi lesione

questione tempus illud, quo divisio facta est: nec posse impetrari rescissionem ob enormem lesionem, si coheredes vera moverint rerum pretia; nec regulariter, si sorte interveniente divisio facta sit, explicui plenius d. libello de familia ereisc. cap. 14.

37. Cumque remedium legis 2. C. de rescind. vendit. totis triginta annis duret, sive conditionem ex lege sive aliam actionem propter eas comparatam statuamus, per rationes in tit. de rescind. venditione latius enarrandas: non est quod dubitetur, quin & adversus divisionem ob enormem lesionem sibi quisque totis triginta annis consulere queat, impetrata secundum mores hodiernos in integrum restitutione, Ant. Faber Cod. libr. 3. tit. 27. definit. 7. Pinellus ad l. 2. C. de rescind. vendit. part. 2. cap. 1. num. 26. Crivellus decis. 127. n. 4. §. 7. h. Wassenar praef. jud. cap. 11. num. 124. in fine.

38. Quod si fiduciarius heres, pendente fideicommissi conditione, cum ceteris coheredibus ad divisionem processerit, non potest fideicommissarius post conditionis eventum novam petere hereditatis divisionem, infirmata priore; sed ei, quae per fiduciarium bona fide facta est, standum erit, sive in iudicio sive extra iudicium mutus coheredum portione patrimonium defuncti distributum sit; cum hac in parte lex non distinguat, l. cum pater 77. §. hereditatem 15. ff. de legatis 2. l. servor. 54. ff. de i. lit. sane, si rei communis pro parte dominus suam extraneo partem vendens, ac ante traditionem a consorte per communi dividundo iudicium conventus, non dividere tantum, sed & licitando bona fide consorti vincere, remque totam ex adjudicatione acquirere possit; atque ea ratione sic sortiri necere, ut is, nisi totam rem adjudicatum suscipere paratus sit, nullam ex empto actionem habeat, imo & ex vendito ad eam in totum recipiendam compelli possit, l. communi dividundo 7. §. si debitor 15. ff. communi dividundo, ratio non occurrit, quo minus simile fiduciario jus asseratur. Conferuntque huc plura, quae de transactione per fiduciarium facienda tradidit, tit. de transact. numer. 8.

39. Vidimus, quibus in casibus facta inter coheredes divisio ad unius aut quorundam portionem, invitis ceteris, per officium iudicis infirmari possit, vel non. De cetero communi omnium coheredum consensu ab ea, quae vel per iudicem, vel per privatam portionem ad finem perducta fuit, recedi posse, nulla dubitatio est; cum iuxta certa iuris principia & contrarias conventionibus priores tolli possint, & quisque iuri suo per divisiones aut adjudicationes iudiciales quaesito renunciare. Illud absurdum magis est; an a divisione sentit manifestum; vult scriptis, celebrata, communi omnium consensu talito recessum videntur, si coheredes post eam longo tempore, quantum praescriptum implenda sufficit, perseveraverint in communi ac indivisa rerum hereditarium possessione? Divisionis renunciarum esse verius est. Eam enim separata temporis ad praescriptionem regulari possessione rectam hereditarium censeatur facta inter coheredes divisio; sit ut deinceps iudex familiae circumspectus locus non sit, sed quisque retineat quae nomine proprio separata possedit, ut ante dictum, & nihil tam naturale sit, quam eo genere unumquodque dissolvere, quod colligatum est, l. nihil tam naturale 33. ff. de regulis iuris, consequens est, ut &

eiusdem temporis lapsu communio credi debeat inter coheredes reducta, Ant. Faber Cod. lib. 2. tit. 27. defin. 1. Mascardus de probationibus conclus. 527. num. 6.

40. Non potest autem cum hoc familie eriscundæ iudicio concurrere crimen expilatæ hereditatis; eo quod non animo expilandi, sed jure suo heres præsumentus est hereditatis res contrectasse, & indemnitati coheredum ceterorum abunde per hoc iudicium prospectum est, l. adversus 3. C. b. t. junct. l. merito 51. ff. pro socio, l. 1. C. de crimine expilata hered. Et, quod cum hereditatis petitione concurrere possit expilatæ hereditatis actio secundum l. Divus 3. ff. expilatæ hereditatis, ejus illa ratio est, quod non veri heredes hereditatis petitione conveniendi sunt, sed illi tantum, qui pro herede vel pro possessore possident, adeoque tales, qui nullo jure res hereditarias tenebant & contrectabant; ac proinde, si dolo malo id agerent pro possessore possidentes, merito veris hereditibus in d. l. 3. electio data fuit, an ordinario petitionis remedio, an extraordinaria persecutione criminis expilatæ hereditatis experiri mallent. Cum ex adverso non nisi inter veros heredes, jure suo contrectare valentes, hoc divisorium iudicium suscipiatur. Plane si coheredem res hereditarias ultra suam partem expilandi animo subduxisse evidenter probari possit, ratio non est, cur non aque adversus eum ceteris expilatæ hereditatis actio competeret, ac socio contra socium actio furti datur pro rerum communium amotione, ubi doceri de eo potest furandi propositum, atque ita pelli præsumptio, qua quisque bonus credebatur, donec contrarium probatum esset, l. si quis extraneus 21. pr. ff. de acquir. vel omittenda hered. l. rei communis 45. l. merito 51. ff. pro socio. Vide Wassenaar pract. jud. cap. 11. num. 15.

41. An vero cum hac familie eriscundæ actione concurrere ita possit actio negotiorum gestorum, ut eligere coheres possit, utra malit adversus coheredem experiri, ambiguum prorsus est. Communiter quidem interpretibus, quos videre contigit, placuisse animadverto, concursum non esse; sed si unus heredum solus in solidum gesserit hereditaria negotia dividua & individua distinctionem probem, atque etiam in dividuis auctores illos recte sensisse deprehendam; in individuis tamen actionis familie eriscundæ vel communi dividundo concursum cum actione negotiorum gestorum a legibus admissum puto. Etenim de negotiis quidem dividuis in solidum ab uno gestis (veluti, si unus hereditarias pecunias seu defuncto debitas, solus exigit) cautum invenio, familia eriscunda quidem actionem non competere coheredibus; sed negotiorum gestorum dari debere, l. pen. in pr. ff. de rebus creditis. Uti similiter modo a Paulo scriptum est; si communis ades tecum habeam, & pro tua parte damni infelici vicino caveris, dicendum erit, quod prætitero, negotiorum gestorum actione potius, quam communi dividundo iudicio potius me petere: quis potius partem meam ita defendere,

ut socii partem defendere non cogere, l. si communis 40. ff. de negot. gestis. Cum quibus coincidunt per Ulpianum tradita in l. si quis 6. §. sive autem 2. ff. comm. div. l. si quis 31. ff. de procuratoribus. Quibus non adverteatur l. Mævius 52. §. servus 1. ff. b. t. ubi familie eriscundæ actio videtur dari eodem in casu in quo per Africanum in d. l. pen. ff. de rebus creditis denegabatur. Penitus enim legem illam objectam consideranti patebit, eam ad questionem præsentem haud pertinere; eo quod hic versamur in casu, quo coheredum unus hereditaria negotia solus gessit: nihil vero hereditarium in d. l. 32. §. 1. gestum est, sed tantum penes servum, liberum & pro parte heredem factum, resedit pecunia ex rerum dominicarum facta vivo domino administratione, que proinde pecunia, tanquam dominica, una cum ceteris domini rebus in hereditate repertis per familie eriscundæ iudicium dividenda fuit, Cujacius ad Africanum lib. 8. ad d. l. pen. ff. de rebus creditis. At de individuis (qualia sunt pignus luere, pretium rei per defunctum emptaolvere, dum venditor rem velut jure pignoris pro pretio retinere potest) nullam legem invenio, satis aperte & generaliter dictantem, non dari tunc negotiorum gestorum actionem, uti quidem in casu pignore negabatur, familie eriscundæ iudicium competere: sed potius, uti multis legibus simpliciter actio familie eriscundæ vel communi dividundo in individuis gestis data proponitur, l. fructus 77. §. qui fundum 2. ff. de contrab. emt. l. bis consequenter 18. §. ult. l. heredes ejus 25. §. idem juris 13. 14. 15. ff. b. t. l. si quis 6. §. sive autem 2. ff. communi div. ita etiam verbis manifestissimis concursus actionis familie eriscundæ cum actione negotiorum gestorum probatur rescripto Imperatorum Severi & Antonini, cum ajunt, sive pro fratre coherede pecuniam solvisti, negotiorum gestorum actione experiri potes; sive pignoris liberandi gratia debitum univertum solvere coactus es, actionem eandem habebis, vel iudicio familie eriscundæ, si non est inter vos redditum, eam quantitatem arsequeris, l. 3. C. de negotiis gestis. Solam nempe negotiorum gestorum actionem dant Imperatores, ubi simplex debitum pecuniarium, quod dividuum est, a fratre in solidum solutum est; at ubi pignoris luendi gratia unus debitum totum, quod eo casu individuum est, ex necessitate solvere coactus fuit, utramque concedunt actionem, puta, negotiorum gestorum & familie eriscundæ; ut proinde concursus fuerit duarum istarum actionum, ideoque solventi electio competat, utra malit experiri, nisi jam prius inter coheredes familie eriscundæ iudicium redditum fuisset; quippe quo casu secundum propriam naturam actionis familie eriscundæ, non nisi semel intendende, solum negotiorum gestorum iudicium dandum foret. Et quia ex his omnibus manifestum erat, nihil per coheredem unum supra suam partem hereditariam expendi, quin illud vel actione negotiorum gestorum vel iudicio familie eriscundæ recuperari posset; hinc optimo jure postmodum generaliter a Diocletiano & Maximiano definitum fuit, in communi hereditate ambiguum non esse, quin sumptus ab uno facti bona fide, familie eriscundæ iudicio, vel negotiorum gestorum actione servari possint, l. fructus 18. §. 1. C. b. t. Vanum autem effi-

gium est, in *d. l. 3. C. de negot. gest. actionem negotiorum gestorum in individuis gestis subsidiariam tantum esse, cum scilicet familiaris eriscunda iudicio jam actum est, adeoque amplius agi eo nequit. Primo enim nullum *d. l. 3. aut alibi indicium est, actionem negotiorum gestorum esse subsidiariam actioni familiaris eriscunda, & hac demum deficienter dari. Sed & secundo repugnat actionum in *d. l. 3. propositarum servatus ordo; dum pramittitur de individuis gestis actio negotiorum gestorum, eique familiaris eriscunda iudicium subnectitur; cum potius negotiorum gestorum actio, si subsidiaria fuisset, ultimo debuisset poni loco. Denique, si qua ob jam semel motum, nec iterato movendum, familiaris eriscunda iudicium actio subsidiaria esset, eam non negotiorum gestorum, sed communi dividundo actionem fore, Ulpianus docet, *l. si filia 20. §. familiaris 4. ff. b. r. Nec est, quod obijciatur, actioni negotiorum gestorum locum non esse, si quis non sponte sua, sed ex necessitate gesserit aliena, §. 1. Inst. de obligat. qua quasi ex contractu. Cum in *d. §. 1. gestor non alio sensu se negotiis alienis gerendis obtulisse dicatur, quam quatenus mandatum domini non erat interpositum. De cetero etiam tunc, cum ex necessitate quid gestum est, negotiorum gestorum actionem dari posse patet ex *l. ait prator 3. §. pen. ff. de negot. gestis d. l. 3. Et *l. 18. C. de negotiis gestis, l. liberto vel amico 31. §. ult. ff. de negot. gestis, l. arbor, quae 19. §. si per eundem 2. ff. communi div. ut & ex eo, quod adversarii eam saltem in subsidium in individuis dari volunt. Non etiam adversatur *l. heredes 25. §. non tantum 16. ff. b. r. ubi denegatur actio negotiorum gestorum; quia coheres propter suam partem habuit causam gerendi. Etenim illic tantum intuitu praestationis culpa levissimae negotiorum actio non competere dicitur. Quaritur scilicet, qualem culpam coheres coheredi praestare debeat: cumque is, qui sponte ad aliena negotia gerenda accessit, ad levissimam culpam praestationem devinctus sit, definitur, heredem non nisi de levi culpa teneri, quia incidit in communionem cum coherede, & propter suam partem etiam coheredis negotia tractat, ac, ne quis putaret, heredem levissimam coheredis culpam lesam, quod una via per familiaris eriscunda iudicium consequi non potuit, alia via, actione negotiorum gestorum, consecuturum, quae cum actione familiaris eriscunda concurrere poterat, monet jurisconsultus ei (id est heredi laeso) actionem negotiorum gestorum non competere, scilicet, de illa culpa levissima, contra coheredem, qui culpa levissima rebus communibus lesionem intulerat. Non sane de alio, quam de culpa praestatione sermonem esse in *d. §. 16. in aperto est. Quod si generalem actionis negotiorum gestorum exclusionem verbis illis significatam dicas, ucesse fuerit, ut etiam in individuis eam denegari statuas, cum sine distinctione lex loquatur; quod absurdum. Nititur vero distinctio superior, ac opinio de concursu actionis familiaris eriscunda cum negotiorum gestorum iudicio, ratione satis evidente: nam si quis solus in solidum gesserit communia sibi cum alio negotia dividua, non alio id animo fecisse videri potest, quam ut, tanquam coheredis amicus, pro eo solvens, eundem negotiorum gestorum actione sibi redderet devinctum; dum qua heres suam*********

tantum partem gerere potuisset, neglecta aliena, *d. l. si communes 40. ff. de negotiis gestis. At, cum individua solus in solidum gessit, potest in eo concipi animus gerendi ex amicitia coheredis negotia, dum & dividua gerere solebat: sed & potuit haec individua solus gessisse qua heres, dum ab aliis dividuis gerendis abstinuit, nec aliam ob causam individua in solidum gessit, quam quia pro parte non potuit, ideoque propter suam partem in solidum debuit, hereditaria negotia solus tractare. Quod autem a Paulo atque Pomponio dictum fuit, propter id, quod unus in viam communem solus impendit, ei adversus ceteros non dari actionem communi dividundo, seu durius esse, ea agi, sed negotiorum gestorum agendum esse, *l. 19. §. 2. communi div. ejus ratio singularis haec est, quod communi dividundo iudicium sua natura pro rerum tantum corporaliu divisione comparatum sit, l. per hoc iudicium 4. pr. ff. communi div. non item pro divisione jurium, inter quae etiam servitutes numerantur *d. l. 19. §. 4. ff. communi div. idque quia, uti Paulus ipse suggerit, nulla communio juris separatim intelligi potest, d. l. 19. §. 2. ut proinde nec divisio queat locum invenire. Unde factum, ut actor hoc casu electionem habere non potuerit, utrum negotiorum gestorum actio, an communi dividundo, experiri mallet, sed sola debuerit negotiorum actione contentus esse.***

42. Superest, ut de foro competente huius actionis paucis videamus: ubi ante omnia considerandum, ad unum eundemque iudicem pro ventilando hoc divisorio iudicio coheredes omnes venire oportere; ne continentia causae dividatur, neve, si diversos adirent iudices, inexplicabiles inde orirentur difficultates, uno quidem iudice rem Titio adjudicante, altero vero eandem Maxio assignante, vel sine adjudicationibus eam velut dividuam inter coheredes pro rata dividente, *l. 1. ff. de quib. rebus ad eund. iud. eatur, arg. *l. si idem 11. §. ult. ff. de iurisdic. l. nudi prorsus 10. C. de iudiciis, Ant. Faber C. lib. 3. r. 25. defin. 3. Christinzus ad Leg. Mechlin. r. 16. art. 48. n. 9. Andr. Gayl. lib. 1. observ. 32. n. 3. 4. quod & a Quintiliano observatum, cum lib. 3. Instit. orator. cap. 10. ait, privata quoque iudicia saepe unum iudicem habere multis & diversis formulis solent; nec alia species erunt, etiamsi unus duntaxat a duobus eandem rem, atque ex eadem causa petet, aut duo ab uno, aut plures a pluribus, quod accidere in hereditariis litibus interim scimus: quia, quamvis in multis personis, causa tamen una est; nisi si conditio personarum quaestiones variaverit. Est quemadmodum universalis fideicommissi petitio fieri illic potest, ubi maior sita est hereditatis pars, *l. unic. C. ubi fideicommissum peti oport. l. si fideicommissum 50. ff. de iudiciis, ita quoque hereditatis divisionem illic peti, ubi maior rerum hereditariarum pars sita est, vix ambigendum. Imo, uti inductiones heredum in domum mortuariam fiunt per iudices loci illius, ubi domus mortuaria est, quasi illic sita sit vel saltem esse fingatur maior hereditatis pars; sic ut ne pupilli quidem aut viduae aliaque miserales personae tunc secundum mores nostros suo fori privilegio uti possint, Neostadius Curia Holl. decis. 53. ita quoque in eodem domus mortuaria loco actionem familiaris eriscunda institui***

debere, licet forte coheredes diversis in territoriis domicilium foveant, Hollandis Zelandisque placuit, *Nader provisioneel accoord tusschen Holland. en Zeeland. 11. Junii 1674. art. 14.* Quod si hanc in loco domus mortuariz agendi necessitatem leges municipales aut constans usus non imponant, ex generalibus juris fundamentis defendi potest, etiam in loco domicilii coheredis illius, qui ad divisionem a coherede provocandus est, familia erciscundæ judicium apud ordinarium aut privilegium vocati judicem moveri posse: tum, quia etiam hereditatis petitionem in loco domicilii possessoris institui posse, receptum fuit, *l. unic. C. ubi de hereditate agatur*, tum quia generalis regula est, actorem debere sequi forum rei, *l. juris 2. l. magisteria 6. C. de jurisdic. om. judic.* Adde libellum meum de famil. ercisc. cap. ult.

43. Quia autem hereditatis divisio alienationis species est, & vicem emtionis obtinere divisionem rescriptum fuit, *l. 1. Cod. commun. utriusque judic.* dubium, an & quando, tributo partis quadagesimæ pretii, ex venditionibus pendit secundum mores nostros solito, aut aliorum laudimorum præstationi, pro factis divisionibus locus sit? In Hollandia definitum est, tunc quidem, cum parens superstes liberis suis certam assignat pecuniæ quantitatem, patrum maternorumve bonorum vice, (*by generale uytkoop*) & sibi retinet immobilia aliaque huic tributo vulgo obnoxia, nihil oportere eo nomine fisco solvi: at si superstes conjux vel coheredum unus alios defuncti heredes, data per transactionem certarum numerorum quantitate, dimittat, sibi servans & communia & propria conjugis defuncti bona, vel suas simul & coheredum omnium partes, incumbere ei quadagesimæ solvenda necessitatem pro ea parte, quæ alioquin sine transactione ex rebus hereditariis tributo obnoxia ad alios debuisset pervenire, *Placit. Ord. Holl. de nummo quadagesimo anno 1624. art. 29. & anno 1671. 16. Apr. art. 20. vol. 3. placit. Holl. pag. 1010.* Quod & Saxonibus magna ex parte placere, patet ex iis, quæ habet *Carpzovius defin. for. part. 2. consil. 39. def. 25. 26.* Plane, si simpliciter inter plures coheredes res hereditariæ dividantur, tributo isti locus non est, etiamsi forte res quedam hereditariæ minus dividuæ singulis adjudicatz sint æstimatz; si modo non universalis transactio intervenierit, per quam penes unum omnes remanerent hereditariæ res, *Responsa Jurisc. Holl. part. 5. consil. 178. Carpzovius defin. forens. part. 2. consil. 39. def. 25. 26. Wassenaar præf. jud. cap. 11. num. ult.*

## TITULUS III.

## Communi dividendo.

## SUMMARIA.

1. Quid sit actio communi dividendo? quibus detur? an & dominis utilibus, fructuariis, bona fidei possessoribus, jus pignoris prætorii vel alterius generis habentibus? & quid si creditori bona fide licitanti tota res adjudicata sit?
2. An computat habentibus servitutem prædialem? An sociis contra socium, qui suam partem jam alienavit? an vi clam prædialiter possidentibus aut

depositoriis? an uni reo debendi, qui totum solvit, adversus alterum pro partis restitutione?

3. Tendit ad divisionem, vel adjudicationem rerum individuarum. Quid in iis servandum sit? potuntur & præstationes personales. Quales imponi repeli possint? quid si impendens putes Titium esse socium, cum Major esset? quid si putes, rem esse suam cum esset communis? Quid si impenderit, antequam res ei cum alio communis esset? quid si post impendia suam partem alienaverit?
4. An socius ad edictum non respondens, teneatur socio, si propterea magistratus ad socium communis dejecerit? ad explicationem *l. 20. ff. h. t.*
5. Cessat in arbore vel lapide in confinio positus, ac nondum exemptis; si convenierit ne ad tempus a communione discordetur; item in vestibulo communi, mediano canaculi, plurium cellarum itinere communi, puteo communi, si unus sociorum repugnet.
6. Non cessat, si semel eo actum sit, nec si socii rem totis triginta annis communiter possederint, secus si separatim.
7. Socius invito socio nihil facere potest in re communi. Quid juris, si fecerit vel fieri passus sit? Pendente hoc judicio non potest suam partem alienare; nunquam ultra suam partem, licet major sociorum pars in socii rei consentiret venditionem; nisi res communes promercales sint, quas in totum vendere potest.
8. Si dissensus sociorum sit, utrum res communis, vel cui elocanda sit, vel si unus sociorum tantam mercedem offerat, quantum extraneus, quid juris sit?

1. **A**ctio communi dividendo est mixta, duplex, a bona fide, qua rem titulo particulari communem habentes, petunt eam dividi, & præstari præstationes personales. Quod judicium, cum pleraque habeat cum priore familia erciscundæ communia, *l. si quis putans 6. §. pen. ff. b. t.* facillioris explicationis est. Competit scilicet illis, qui rem pro indiviso communem habent: sive cum societate, sive sine societate res inter eos communis sit, *l. nihil autem 2. ff. b. t.* sive possideant, sive neuter eorum vel alter solus in possessione sit, *l. pen. ff. b. t.* sive ex eodem, sive diverso ex jure dominium habeant commune, alter forte institutionis titulo, alter legati, *l. & si non 8. §. si incertum 1. ff. b. t.* sive directi sint domini, sive utiles, vestigalemodi forte fundum communiter possidentes, dummodo caveant, ne vestigalis præstatio dividatur, *l. communi dividendo 7. pr. ff. b. t.* aut superficarii, *l. 1. §. pen. ff. de superficibus*, hæcenus saltem, ut utile vel quasi communi dividendo judicium sit, *d. l. 7. §. sed & si 7. & §. cum de usufructu 10. ff. b. t. l. si cuius rei 13. §. sed si inter 3. ff. de usufructu & quemad. quib. utat.* sive bonæ fidei possessores Publicianam ex ficti sen prætorii domini jure habentes, *d. l. 7. §. qui in rem 2. ff. b. t.* sive creditores jussu pignoris habentes ex missione in possessionem, *d. l. 7. §. item si duo 8. ff. b. t.* Aliis hypothecariis creditoribus, quibus forte per debitorem pars rei, ipsi cum alio pro indiviso com-

muni, obligata est, contra extraneum non datur: licet eo casu, quo duo simul pignus acceperunt, iudicium utile communi dividundo inter eos esse possit, *d. l. 7. §. si duo 6. & §. inter eos 12. ff. b. t.* atque etiam a debitoris sui condominio possint ad rei, sibi pro parte indivisa obligate, divisionem provocari; usque adeo ut & totius rei adjudicationem, creditor bona fide licitanti faciam, debitor teneatur ratam habere, quoties non satis commodam res recipit divisionem, ac propterea ad adjudicationem deveniendum fuit, *d. l. 7. §. si debitor 15. ff. b. t.* quod enim creditor ita egit, pro eo habendum est, ac si debitor per procuratorem egi-set, *l. si pignori 29. in fine ff. famil. ercic.*

2. Illis autem, qui prædialem servitutem prædio suo communi constitutam communiter habent, hoc iudicium non accommodatur, *l. arbor 19. §. si per eundem 2. ff. b. t.* Adde *t. præced. n. 41. in fine*, etsi pro dividundo servitutis exercitio utiliter computat, ad id, ut vel mensura vel temporibus usus ejus dividatur, quoties pluribus per locum eundem servitus constituta est; quo casu non tam servitus una dividitur, quam potius duæ pluresve per eundem locum competentes, a se invicem usu discernuntur, *d. l. 19. §. ult. ff. b. t. l. Lucio Titio 4. ff. de aqua quot. & arbor.* Sed nec sociis reliquis adversus eum datur, qui suam partem jam alienavit; sed potius adversus eum, in quem alienatio facta est, *l. 1. C. b. t.* etsi socius id dolo malo iudicii mutandi causa fecisset; quippe quo casu magis actione in factum prætoris ad id quod interest conveniendus foret, (de qua latius *lib. 4. t. 7.*) *l. communis servus 24. ff. b. t.* Plane si ante alienationem jam coeperit præstationum personalium intuitu, reliquis devinctus esset, directum quidem iudicium esse non potuit, quia a communione per alienationes discessum fuit; utili tamen iudicio locus est; quod de præstationibus personalibus etiam competit, postquam res desit communis esse, *l. si quis putans 6. §. quare 1. ff. b. t.* Similiter nec illis, aut contra illos, qui rem vi clam aut precario possident, hoc iudicium permittendum est, nec depositariis aut colonis, nec prædonibus dandum; eo quod huiusmodi possessiones aut detentiones sufficientes non sunt ad hoc iudicium constituendum, *l. communi divo 7. §. inter prædones 4. §. 5. & §. neque colonis 11. ff. b. t.* Denique correo debendi, debitum universum exsolventi, neque hanc communi dividundo, neque ullam actionem aliam pro recuperanda soluti parte dimidia competere, verius est: cum neque aliud solverit, quam quod ipse debeat, neque alterius sed sui liberandi causa stipulanti satisfecerit, utut alter debendi reus ista solutione liberationis quoque senserit emolumentum, arg. *§. 1. Inst. de duob. reir. l. cum duo 2. ff. eod. t. Ant. Faber conject. lib. 11. cap. 8. sed de hoc plenius n. t. de duobus reir.*

3. Petitur hac actione, ut fiat rerum ex honesta causa communium divisio; cum rei turpis nulla societas, communio nulla sit, *l. communi dividundo 7. §. inter prædones 4. ff. b. t. junct. l. 1. §. plane 14. ff. de tutela & ration. distrah. l. quod autem 53. & seqq. ff. pro socio.* Si dividi commode nequeant, æque hic, ac in superioribus iudiciis divisiis, adjudicatione res expedienda est, servatis illis, quæ tit. præced. de adjudicatione plenius sunt tra-

dicta: dummodo meminerimus in rebus dividendis iudicem id, quod omnibus utilissimum est, vel quod malint litigatores, sequi oportere, *l. iudicem 21. ff. b. t. arg. l. actione 6. §. Labeo 5. ff. pro socio*, & si sociorum unus fundum habeat proprium fundo communi adjacentem, æquius esse, ut fundi communis pars ea, quæ proprio socii unius fundo contigua est, eidem cedat, altera socio fundum communem non habenti adjudicetur, arg. *l. cuicumque 7. fere is fino C. de omni agro deserto*, Responsa Jurist. Holl. part. 3. vol. 2. consil. 85. n. 18. Confer Grotium *manud. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 23. num. 15. & seqq.* ubi varios pro more regionum modos proponit, per quos a communium rerum non satis dividuarum communione discedi potest. Veniant quoque in hoc iudicium præstationes personales, dum alter sociorum damnum dolo lata vel levi culpa dedit in re communi, vel sociis reliquis impedimento fuit, quo minus illi id agerent, quod ad rei communis spectabat conservationem, arg. *l. si ades 12. ff. b. t. ut &*, dum alter sociorum solus fructus percepit, aut impensas fecit, *l. per hoc iudicium 4. §. sicut autem 4. ff. b. t. §. item si inter 3. Inst. de obliq. que quasi ex contractu*, *l. pen. C. b. t.* vel etiam facturus esset dum forte rei communis nomine solus in solidum jam condemnatus est, *l. socius 15. ff. b. t.* si modo necessario, vel saltem utiliter, in rem communem erogatum vel erogandum sit; nam si voluptatis causa sumtus factus sit, aut eum fieri non interfuerit alterius socii, repetitio ejus concedenda non est, *l. si quis putans 6. §. ult. ff. b. t. arg. l. sed an ultro 10. §. ult. in fine, l. si quis negotia 25. ff. de negot. gestis.* Quod si impenderit in rem, quam sibi putabat cum Titio communem esse, cum illa ei esset communis cum Mævio, error ille non impedit, quo minus adversus Mævium pro recuperanda impensarum parte utili hoc iudicio expe-riatur; sufficit enim, si sciat, rem sibi cum alio communem esse, etsi ignoret, cujus socii sit, quia rem propriam magis tueri, quam socii negotia gerere intelligitur; & magis ex re, in quam impenditur, quam ex persona socii, actio nascitur, dum saltem id egit impendens, ut aliquem rei communis intuitu sibi redderet obligatum, *l. si quis putans 6. pr. l. in hoc iudicium 14. §. 1. in mrd. l. si quis, cum 29. ff. b. t.* Diversa causa est ejus, qui putat, se in rem propriam impendere, cum sit communis: huic enim nec communi dividundo iudicium competit, nec utile dandum est; quia non hoc fuit animo, ut aliquem sibi obligaret, ubi quasi in rem suam impendit: sic ut nihil ei supersit, quam ut, tanquam alienæ rei bona fide possessor, retentione sibi consulat, donec impensæ pro rata restituta sint, *d. l. 14. §. 1. d. l. 29. in fine principii ff. b. t.* Sed & si quis in rem impensas fecerit (vel fructus percepit) antequam communis esset, actioni huic locus non est, dum forte damni infecti nomine in possessionem ex primo decreto missus una cum alio vicino, necdum tamen possidere jussus ex secundo decreto, insulam fulsit ruinosam, *l. per hoc iudicium 4. §. pen. & ult. ff. b. t.* sed magis negotiorum gestorum actio danda foret; qualis etiam tunc competit, cum is, qui communione durante impendit, postea suam partem alienavit, *l. in hoc iudicium 14. §. 1. in fine ff. b. t.*



4. Ceterum occasione praeactionum personalium, ac praecipue damni per unum sociorum dati, excutendus videtur sensus legis 20. ff. b. t. ubi Pomponius ait: si is, cum quo fundum communem habes, ad delictum (vel ad edictum) non respondit, & ob id motu iudicis villa diruta est, aut arborum succisa sunt, praestabitur tibi detrimentum iudicio communi dividundo; quicquid enim culpa socii amissum est, eo iudicio continetur. Quam ut planum reddat R. v. v. in ea pro verbis, motu iudicis, legendum putat magistratus imperio: quasi non motu iudicis, sed magis jussu magistratus in criminibus atrocioribus delinquentium aedes diruerentur, lib. 1. variorum cap. 7. At sine ulla vel codicum auctoritate vel juris necessitate. Esto enim quod quandoque magistratus imperio domus convictorum gravissimi criminis reorum destructae fuerint; sufficiens tamen emendationis ratio non est. Motu scilicet, id est impetu non rationali (quem a iudicibus abesse debere, Callistratus monuit, eodem usus motus vocabulo, l. observandum 19. §. 1. ff. de offic. praed. id.) adeoque sine ulla causa legitima, iudex diruerat villam ejus, qui ad edictum non respondens contumacem se gesserat; cum ergo damnum tale nullo jure illatum esset per iudicem villam communem, dubitabatur, an is, qui ad edictum non responderat, teneretur socio damnum reparare: ac definitur, detrimentum socio per hoc communi dividundo iudicium praestandum esse, addita ratione, quia, quicquid culpa socii amissum est, eo iudicio continetur. Nisi enim impetus ille iudicis, villam diruentis ob contumaciam aut arbores succidentis, injustus fuerit, ideoque, si non dolo at saltem culpa iudicis accendendus; tamen quia prima culpa, seu contumacia socii, damno isti per iudicem dato causam praebuit seu occasionem; iniquum videri non potuit, hanc socium alteri ad indemnitatem daminari: verum enim erat, aedes aut arbores istas culpa socii contumacia amissas esse, nec socios reliquos eo damno, quod ex unius socii contumacia descendit, oportere gravari, l. cum duobus 52. §. ult. ff. pro socio. Sic ut haec species facti sit non absimilis ei quae proponitur in l. litor. 12. l. 1. §. 14. ff. de petic. & commod. rei vendit. ubi, cum adilis lectos venditos, ac per venditorem in via publica positos, nullo jure conscidisset, sic ut lege Aquilia teneretur; tamen cum venditore de damno isto agi potuit parentorem, eo quod venditoris culpa erat, lectos venditos in via publica posuisse, circa quos ex natura contractus legem tenebatur culpam praestare; nec excusabatur ex eo, quod id adilis non jure fecisset; cum sufficeret, venditorem culpa sua praecedente dedisse facto adilis illicito occasionem. Novam utique non est, ipso quoque iudice ac magistratus sine abesse potestate, ac vel magistratus sui fiducia atque obtentu, vel aliter contra bonos mores per injuriam illos ledere, quos adversus lesionem omnem atque concussionem injuriosam debuissent tueri, l. nec magistratus 32. ff. de injuriis, l. continet. 3. in fine ff. quod motus careat.

5. Cesset hac actio communi dividundo in arboribus, quae in confinio nata est, & lapide, qui per utramque fundum extenditur, quandoque necdum lapides exierunt, aut arbor erupta est, sed fundus cohaeret, l. arbor 19. ff. b. t. Vel si convenierit, ne intra certum tempus a communi discedatur: non item, si

id actum sit, ut perpetuo duret communitio, ut dictum latius tit. preced. l. in hoc iudicium 14. §. pen. & ult. ff. b. t. Ut tamen de re quadam singulari quandoque conventio sustineatur, ne unquam illa in communi dividundo iudicium veniat, quoties scilicet apparet neque separatas rei communis partes sociis singulis utiles esse posse, neque si ne notabili reliquorum sociorum dispendio rem totam uni posse adjudicari: quod accidit in vestibulo communi binarium aedium (cui simile, si non idem, medianum conaculi, vel commune & promiscuum plurium cellarum iter, l. quis si fugitivus 17. §. apud Caelium 15. ff. de edil. edicto, l. si vero 5. §. interdictum 2. ff. de his qui effud. vel deiec.) de quo placuit, arbitrum communi dividundo utrolibet invito dari non debere, quia, qui de vestibulo licere cogitur, necesse habet interdictum totarum aedium pretium facere, si alias aditum non habet, l. arbor 19. §. de vestibulo 1. ff. b. t. idemque juris est in puteo communi, si solum ejus commune non sit, id est, si nulla fundi, in quo puteus est, sed putei solius communio sit, l. per hoc 4. §. de puteo 1. ff. b. t. Et de tali vestibulo, puteo, similibusque rebus accipiendum puto, quod ab Ulpiano traditum est, in iudicium communi dividundo omnes res venire, nisi quid fuerit ex communi consensu exceptum nominalim, ne veniat, l. in iudicium 13. ff. b. t.

6. Non tamen denegandum hoc iudicium ob id, quod semel eo actum sit, cum non ita sit universale, atque quidem familia eriscunda actio, ac proinde mihi vetet, de non divisis iterum illud inter eosdem exerceri, l. per hoc 4. §. iudicium 2. ff. b. t. Neque etiam cessat ex eo, quod forte triginta annis aut tempore longiore socii rem communiter possederint; secus si separatim. Vide tit. preced. num. 33.

7. Invito autem uno socio nihil novi per alterum potest fieri in re communi, meliorque prohibens conditio est; adeo ut, quid novi per alterum socium invito altero factum sit, aut fieri mandatum; is cogi possit ad id in pristinum statum restituendum. Quod si, extraneo quid novi faciente, sociorum alter id passus sit, cum prohibere posset, nec tamen mandaverit, opus quidem destruere non compellitur, sed hoc iudicio conveniri, l. Sabinus 29. ff. b. t. Caspar Munzius de muro communi num. 64. & seqq. Quia tamen socius invito socio de sua possit parte dispendere, eamque etiam extraneo vendere, donare, nequam dubium; eo excepto, quod post ceptum hoc inter socios iudicium nullus sociorum invititis ceteris portionem possit in extraneum transferre, l. 1. 2. C. b. t. l. nemo 68. ff. pro socio, nisi forte jus illud iterum dicamus abrogatum per l. dudum proximis 14. C. de contrab. emt. Vide tit. de lege commissoria num. 13. Sociorum reliquorum partes si una cum sua parte distraxerit, nihil his prejudicat, nec dominium partium ad ceteros pertinentium in emptorem transfert sine eorum voluntate, licet totorum bonorum socii essent, l. nemo ex sociis 63. ff. pro socio, etiamsi major sociorum pars domum fundumve communem dividere vellet; sed tantum partes consentientium, non item dissentientium, emptori cederent, ne sine facto suo dissentientes suo cadant dominii jure, contra l. id, quod nullum 11. ff. de reg. juris. Nisi res promercales essent, ea scilicet mente emta ut rursus

vendantur; tunc enim unus eas in solidum recte distrahit, cum ita nihil novi fiat contra primam sociorum intentionem, ac mandatum de eo agendo jam tum ab initio credatur interpositum; eo modo, quo & in commune sepulchrum inferre mortuum socius unus reliquis invitis potest, quasi id fiat ex voluntate sociorum ab initio declarata, §. religiosum 9. *Instit. de rer. divis.* Heft. Felicius de societate, cap. 28. num. 58. & seqq. Ant. Matthæus de oblig. disp. 23. num. 16.

8. Quod si circa ædium aut prædiorum aut rerum altiarum communium elocationem inter socios dissensus sit, quibusdam volentibus, aliis nolentibus elocare; magis est, ut totius rei locatio facienda sit, quoties usus ejus per partes dividi commodum non potest; præsertim si talis sit, quam elocari insolitum non est, Menochius de arbitrar. jud. lib. 2. casu 442. num. 2. Heft. Felicius de societate cap. 28. num. 29. & seqq. Si tamen sociorum unus totius rei usum tanta mercede sibi habere velit, quanta per extraneum offertur; cum isto in casu præferri extraneo æquum est; quod & statutis quibusdam nominatim cautum; Mechliniens. tit. 8. art. 5. ibique Christinzus, Menochius d. casu 442. numer. 14. & seqq. ubi simul toto illo casu pluribus exsequitur, quid obtineat, si in eligenda conductoris persona inter socios dissensus sit, aliaque his affinit. Adde Joh. Papon lib. 15. tit. 2. art. 26. post. med. Heft. Felicius de societate cap. 28. num. 29. & seqq. usque ad finem, Hug. Grotium manu duct. ad jurisprudent. Holland. lib. 3. cap. 25. numer. 7. 8. 9. Waasenaar præct. judic. cap. 7. numer. 47. & seqq.

9. Qua porro ratione pascuorum ad plures pro indiviso pertinentium usus secundum Rhenolandia consuetudinem, immissio pro rata pecorum numero, dividatur, & quæ pecora tunc immitti possint, vide, apud Grotium manu duct. ad jurisprudent. Holl. lib. 3. cap. 28. num. 9. a qua tamen usus dividendi ratione procul dubio ex sociorum voluntate recedi potest, ac inter duos fundum communem habentes id agi, ut alternis singuli annis fruat; quo casu si unus consulto fructus corripuit, aut ne anno sequenti nascerentur effecerit, actioni locati condæcti locus est, quoties id ædium, ut certa merces non fruenti per fruientem præstetur, atque ita locatio intercessit, l. & hac distinctio 35. §. 1. ff. locati, actioni vero præscriptis verbis vel communi dividundo, si nulla mercedis constitutio facta sit, l. si convenerit 23. ff. b. t.

## TITULUS IV.

### Ad Exhibendum.

#### SUMMARIA.

1. Quid sit actio ad exhibendum, & quibus competat; quibus denegatur, dum vel alia juris remedia eis sufficiunt, vel omni juris remedio indigni videntur?
2. Qui hac experitur actionem, dicere debet notas rei, ac probare, suam interesse.
3. Datur contra possessores & detentores; quid juris, si dolo aut culpa possidere desiderint ante vel post litem contestatam? quid si casu?

4. Testatur exhibitio rei cum accessionibus: exhibenda res in eadem causa; quid si exhibeatur usucapta; quid si mutata ratione forma? quid si deteriorata?
5. Dilatio ad exhibendum quandoque a judice datur. Quid juris si reus consumaciter nolit, vel dolo non possit exhibere?
6. Recensentur alia actiones, quibus exhibitio peti possit. Quis usus hodiæ sit actionis ad exhibendum?

1. **L** Exhibere est facere in publico potestatem, ut ei, qui agit, experiundi sit copia, l. 2. ff. b. t. cum enim fieri nequeat rei vindicatio, nisi appareat ac demonstretur res, quæ petitur, necesse fuit, hanc ad exhibendum intentari actionem, quoties res ab aliquo detinetur occultata, aut alteri juncta rei, si modo separatio jure peti possit. Ut proinde non principalis, sed præparatoria sit, & maxime quidem ob rei vindicationes inducitur, l. 1. l. gemma 6. ff. b. t. l. quod legatur 38. ff. de judiciis, adeo ut ei, cui mandata est rei vindicatio, etiam ad exhibendum actio mandata censeatur, l. ad rem mobilem 56. ff. de procurat. Est autem personalis, in rem tamen scripta, perpetua, arbitraria, l. in hac actione 3. §. est autem 3. ff. b. t. præterea 31. *Inst. de action.* in solis mobilibus locum habens; (cum immobilia semet ipsa satis exhibeant, nec facile latere possint, l. 2. in pr. vers. sed ubi C. quando & quib. quarta pars deb. ex bon. decurion.) & competens omnibus, quorum interest peculiariter, d. l. 3. §. sciendum 9. l. si liber homo 13. ff. b. t. (non præcise pecuniarie, arg. l. 2. C. b. t. de eo exhib. 12. l. ult. ff. b. t.) ex honesta, justa & probabili causa, l. in hac actione 3. §. si mecum 11. l. pen. ff. b. t. & ex jure in re; licet postea neque rei vindicatione neque ulla in rem, sed personali actione, experiiri velint. Cum enim multe sint causæ ad exhibendum agendi, d. l. 3. §. 1. ff. b. t. non illis tantum datur, qui rem suam asserentes eandem ex jure domini vindicare cupiunt; sed & si possessionem suam esse contententes, eam persequi velint Publiciana in rem actione; aut ut sibi pignoratam hypothecaria petere; aut confessoria, dum sibi usumfructum in ea quasitum ajunt, l. in hac actione 3. §. est autem 3. h. & §. Pomponius 12. ff. b. t. aut servum optare, ubi relictum est optionis legatum; etsi Mævio legatum proponeretur, quod Titius optasset, aut ex rebus apud tertium depositis optio facienda esset, l. si tibi 8. §. ult. ff. de opt. vel elect. legata, l. 3. §. item 6. & ff. plus dicis 10. l. de eo 12. §. capius 2. in fine ff. b. t. Quin & furti agere volentibus hæc actio utilis est, d. l. 12. §. 2. ff. b. t. aut interdicto, velut utriusque, experturis, d. l. 3. §. sed & 5. ff. b. t. aut noxali judicio, d. l. 3. §. si qui noxali 7. ff. b. t. etsi hæc tres actiones in personam sint, & illis etiam quandoque accommodantur, qui non habent ullam speciem juris in re, puta domini, possessionis, servitutis, pignoris aut hereditatis, ut suis locis patebit. Non tamen datur hæc actio legatariis (contra quam est in hereditibus) si testamenti tabulas, vel codicillos, vel quid aliud ad testamenta pertinens, exhiberi velint; cum sufficiant ipsis interdicta in hanc rem competentia, d. l. 3. §. si quis extra 8. ff. b. t. nec ei, qui liberum hominem ab alio detentum exhiberi cupit; cum

& hic interdictum de libero homine exhibendo sufficere videatur, *l. si liber 13. ff. b. t. nisi de eo exhibendo questio sit, quem quis in libertatem vindicare vult, l. de eo 12. in pr. ff. b. t. eo quod tunc interdictum denegatur, l. quod & lex 3. §. plane 7. ff. de hom. libero exhib. Nec adversatur, quod hac actione etiam peti possit exhibitio glandis aliena in area cadentis; & tamen interdictum competat de glande legenda, *l. Julianus 9. §. glans. 1. ff. b. t. cum penitus consideranti pateat, interdicto non de glande exhibenda, sed unoquoque triduo legenda agi; aliud autem sit colligere glandem, quod fit per glandis dominum; aliud, eandem exhibere, quod fit per vicinum. Longe minus illis competit, qui dolo malo rem possidere desierunt, quive, cum furto rem subduxissent, amiserunt possessionem ejus, d. l. 3. §. si mecum 11. ff. b. t.**

2. Ut vero recte actor hic agat, necesse est, ut omnia noscat ac dicat argumenta rei, de qua agitur; id est, notas ac qualitates, quibus res a re alia distinguitur, *l. in hac actione 3. princ. ff. b. t. ac ejus intersit rem exhiberi tempore utroque, tum litis contestatae, tum rei judicate, l. tigni 7. §. ult. ff. b. t. judicique de eo constet per adhibitam summariam causam cognitionem, ad principale judicium rejectis illis, quae altiore desiderant indaginem: iudex namque interim exhibitionem fieri haud difficulter injungit, cum ea exhibenti non sit gravis aut damno, si actor deinde principali in negotio probando deiciat, d. l. 3. §. sciendum 9. & §. ibidem 13. ff. b. t. Quod si plurium intersit vel ex eadem vel diversis ex causis rem exhiberi, singulis pro suo jure ad exhibendum experiundi potestas est, d. l. 3. §. Pomponius 12. ff. b. t.*

3. Convenitur hac actione quivis possessor aut etiam detentor rei, *d. l. 3. §. ult. l. 4. l. 5. ff. b. t. ut & illi, quorum in solo aliquid positum est, cum aut collapsum, aut vi fluminis delatum, aut rutum aut casum, aut defossum fuisset, cujus exempla sunt in *l. Celsus 5. §. 2. 3. 4. 5. l. Julianus 9. §. glans 1. l. Scaevola 15. ff. b. t. Hi quoque, quorum rebus res aliena juncta aut inclusa est, quoties natura vel iure separatio atque exemptio impedita non est, l. gemma 6. l. tigni 7. §. 1. & 2. ff. b. t. nec interest, utrum a singulari persona res possideatur aut detineatur; an vero a collegio, veluti municipio, d. l. tigni 7. §. item municipis 3. ff. b. t. Si modo hi omnes tempore rei judicate possideant, d. l. 7. §. si quis non 4. ff. b. t. vel desierint dolo possidere, l. Celsus 5. §. idem Julianus 2. l. Julianus 9. §. Marcianus 4. l. si vir 14. ff. b. t. quo casu & haeredes eorum, qui dolo possidere desierunt, conveniri possunt, quatenus saltem facti sunt ex defuncti dolo locupletiores, pretium forte rei habentes *l. de eo 12. §. ult. ff. b. t. Quid, quod & illi quandoque hac tenentur actione, qui sine dolo suo possidere desierunt pendente lite, etsi enim plerumque eos absolvi tunc oportere responsum sit, l. tigni 7. §. si quis cum 5. ff. b. t. tamen si tali casu rem lite pendente perisse constiterit, quo peritura non fuisset, si cum primum lis acciperetur, fuisset exhibita, condemnationem fieri in id quod interest, equum fuit, l. de eo 12. §. si post 4. ff. b. t.***

4. Tendit hac actio ad id, ut res exhibeatur, quae tamen exhibitio subinde restitutionem in se habet, *Voss ad Pandect. Tom. II.*

quatenus exhibens post factam exhibitionem quandoque cedit, nec principali judicio audet contendere, causae suae diffidens, eoque sensu causa petitori in hac actione restitui dicitur, *l. Julianus 9. §. pen. ff. b. t. Exhibenda autem res est cum omni sua causa, id est, sortu, partu, fructibus, accessionibus, & omni utilitate, si quae amissa sit ob hoc, quod aut non exhibita fuerit, aut tardius exhibita, d. l. 9. §. pen. & ult. ff. b. t. etiam in eadem causa, in qua fuit, cum primum judicium hoc acciperetur, ut quis copiam rei habens possit exsequi, actione, quam destinavit, in nullo laesa, d. l. 9. §. quantum autem 5. ff. b. t. ideoque, si inter moras exhibendi usucapta sit res a possessore, aut, cum optio intra certum tempus data esset, judicium in id tempus extractum sit, quo frustra exhibetur, utilitas petitoris, quae lapsu temporis interierat, conservatur, & quasi non facta exhibitione, condemnatio sequitur, nisi reus conventus adhuc paratus sit principale judicium, quod peremptum erat, aut optionem, pati, d. l. 9. §. proinde 6. l. si optio 10. ff. b. t. §. si ad exhibendum 3. Instit. de offic. judicis. Idemque dicendum, si res, de cujus exhibitione agitur, medio tempore in aliud corpus aliamve speciem translata sit, veluti si ex scypho petito massa sit facta; cum mutata forma prope interimat substantiam rei, d. l. 9. §. sed si quis 3. ff. b. t. Contra quam obtinet, si simpliciter deteriorata exhibeatur, forma manente, dum homo exhibetur, sed elusatus aut debilitatus, tunc enim, quia ita facta est exhibitio, ut impedita non sit directa actio, veluti vindicatio aut similis, tantum judicio ex lege Aquilia descendenti locus erit, cessante hac ad exhibendum actione, *l. si quis hominem 17. ff. b. t. l. exhibitionis 7. C. b. t. licet alioquin in principibus judiciis, veluti commodati, depositi, rei vindicatione, restituisse non videatur, qui rem deterioratam restituit, nisi id, quod interest, addatur, l. sed mihi 3. §. 1. ff. commodati l. 1. §. si res deposita 16. ff. depositi, l. non solum autem 13. ff. de rei vindicat.**

5. Si res, de qua exhibenda agitur, in praesenti exhiberi nequeat, dum alio forte in loco est, cautio de re intra modicum temporis spatium arbitrio judicis definitum exhibenda admittitur, *d. §. 3. Instit. de offic. judicis, l. de eo 12. §. pen. ff. b. t. imo sine certi diei adjectione quandoque de re exhibenda cautionem interponi sufficit, puta, si servus exhibendus in fuga sit, l. Celsus 5. §. ult. ff. b. t. & si, petita simul rerum plurium exhibitione, reus pendente lite quasdam desierit possidere sine dolo malo, tum deum condemnandus est, cum non exhibet, quae potest, *l. sed & si 11. §. ult. ff. b. t. sed si reus contumacia nolit, aut dolo suo fecerit quo minus possit, rem exhibere, contra eum in litem juratur, l. in hac actione 3. §. praeerea 2. ff. b. t. arg. l. qui restituere 63. ff. de rei vindicat.**

6. Quod si semel hac actione actum fuerit, ex eadem causa iterum agi nequit ad exhibendum, ex alia potest, *l. si quis ad 18. ff. de except. rei judic. l. de eo 12. §. sapius 2. ff. b. t. l. neque 3. C. b. t. Nec ignorandum, aliis quoque actionibus exhibitionem peti posse, puta ex stipulatu, arg. l. nemo 82. ff. de verb. oblig. ex testamento, l. si praeiorum 15. C. ad leg. Falcid. junct. l. instrumenta 24. C. de fideicommiss., ex emto, l. Titius 48. ff. de a-*

*Elion. emi*, ut & actione in factum, in casibus propositis in l. 3. §. interdum 14. & l. 9. §. *Marcellus* 4. ff. b. t. Quin & moribus solent iudices per mandata compellentia exhibitiones injun-

gere: quo fit, ut nunc rarior actionis ad exhibendum usus sit, sicut maneat utilitas ejus in eo, quis exhibitionem petere possit, & a quo, ac quare rerum.

## LIBER UNDECIMUS.

### TITULUS I.

#### De Interrogationibus in Jure faciendis, et Interrogatoriis Actionibus.

##### SUMMARIA.

1. *Quid fuerint interrogationes in jure? cui bono introducere? differunt, aliquid agi in jure & agi pro tribunali.*
2. *Interrogationes habere locum habuerunt in actionibus in personam, & in petitione hereditatis. An & quo respectu in actionibus in rem?*
3. *De aequitate interrogationum; respondens ad eas non habetur pro iudicio; sed inde data actio interrogatoria. Quid illa fuerit?*
4. *Cessant quidem jure novo actiones interrogatoria, at non aequitas interrogationum. fieri illae possunt per iudicem etiam post conclusionem in causa. Quod & moribus passim fieri obtinet, etiam circa principalia causa merita; nec currunt tempora productionum, quamdiu adversarius in mora respondendi est. Quid in Hollandia obtineat?*
5. *Rogatus respondere cogitur, nisi proprium profiteretur crimen; vel dubitet; vel interrogetur in lite non sua, sed aliena; ubi de tutore in causa pupilli vel minoris, & de ipso minore; de debitore in lite praelationis inter creditores; de marito in causa uxoris & ipsa uxore; de cedente in lite cessionarii; de interveniente, & eo, pro quo intervenit in lite; de domino & procuratore.*
6. *Nemo respondere tenetur, si rogetur de facto alieno, vel non de facto, sed jure aut consuetudine. An reum sine mandato defendens, vel procurator actoris in reconventionem?*
7. *Reus responsione sua, sive vera, sive falsa, nocet sibi, sed habet exceptiones easdem ac defensionem, si falso responderit, quas haberet, si vere respondisset. Quandoque contra responsionem erroneam restituatur.*
8. *Quo modo puniatur jure Romano & moribus, qui sciens mentitus est ad interrogationem, ut se liberet?*
9. *Silentium rogati aut responsum dubium eam recipit interpretationem, quae rogato nocet.*
10. *Confessio ad interrogationem prodest interroganti, alii non item, licet simile jus haberent.*
11. *Si falso respondens condemnatus deinde sit, & iudicatus satisfecerit, an liberentur illi, qui tanquam heredes veri aut possessoris debuissent conveniri? & quid hodie obtineat?*
12. *NE actor plus petendo peccaret, & probationum multiplicatione circa ea, quae causam prae-*

paliter neque deprimunt neque allevant, lis protelaretur, interrogationes olim factae in jure ante litem contestatam, veluti an & pro qua parte adversarius heres esset; num ei ex fideicommissio restituta hereditas; an servum, qui noxam commississe dicebatur, possideret; aut peculium, cujus intuitu de peculio actio movenda foret; an aedes ejus essent, pro quibus damni infecti nomine cautio petenda, l. 1. l. si quis in 7. 8. 9. §. qui interrogatus 5. & seqq. l. 10. ff. b. t. Idque in jure, id est ante litem contestatam (ad distinctionem eorum, quae in iudicio fieri dicuntur apud iudices plerumque pedaneos post litem contestationem) adeoque apud praetorem aut alium populi Romani magistratum, qui jurisdictioni praestaret, sive pro tribunali sedeat juris dicundi gratia, sive domi vel in itinere negotio huc vacet, l. voluit 4. §. 1. ff. b. t. latius scilicet patente loci, in quo jus dicitur, quam tribunalis appellatio: in quantum pro tribunali fieri dicebantur, quae loco stato seu ordinario expediebantur, leg. unius 18. §. ult. ff. de question. leg. utile tempus 2. §. in bonorum 2. ff. quis ordo in bonor. posses. servetur, at in jure generaliter ea omnia, quae vel pro tribunali, vel alibi in loco momentaneo, sive in itinere & in transitu, sive domi, sella tamen posita, praetor juris dicundi causa de plano agebat, d. l. 7. §. 1. ff. b. t. d. l. 18. §. ult. ff. de question. §. servi 2. Instit. de libertinis. Unde Paulus, cum monuisset, jus etiam dici locum, in quo jus redditur, appellatione collata ab eo, quod fit, in eo, ubi fit, subiungit, locum illum hoc modo determinari posse; ubicumque praetor salva maiestate imperii sui, salvoque more majorum, jus dicere constituit, l. pen. in fine ff. de Jurit. & jure.

2. Obtinerunt haec in jure Interrogationes, cum in personam erat actio, & certum conditione petendum, l. 1. pr. ff. b. t. uti & in actionibus noxalibus ac de peculio, l. si quis in iure 7. l. 8. l. 9. §. ult. ff. b. t. & petitione cautionis pro damno infecto, quam quisque pro ea praestat parte, qua rei vitiosus dominus est, l. non alienum. 10. l. qui rerum 20. §. ult. ff. b. t. junct. l. si communes 40. ff. de negot. gestis, l. plures 27. ff. de damno infecto; denique etiam in hereditatis petitione mixta, quatenus possessor actore desiderante respondere cogitur, an pro herede, an pro possessore possideat, l. cogi 11. C. de petit. hered. De cetero in rei vindicatione, & aliis specialibus in rem actionibus possessorem compelli vel titulum suae possessionis edere, vel dicere pro qua parte res ejus sit, Incivile habitum fuit, eo quod non possessoris, sed petitoris munus est decere, quae ex parte dominus sit, sola possessione reo de cetero ad absolutionem sufficiente, d. l. 11. C. de petit. hered. l. in speciali 57. ff.

de rei vindicat. Plane, etsi titulum possessionis adde-  
re non compellatur, petitor tamen rogante respon-  
dere tenetur, an possideat rem aut dolo malo pos-  
sidere desierit, ne alias frustra petitor experiatur, l.  
qui petitorio 36. pr. ff. de rei vindicat. uti & pro  
qua parte possessor sit, seu an rem totam an tan-  
tum pro parte possideat, ad id, ut, si minore ex  
parte se possidere dicat, quam actor petiturus est,  
in aliam partem, quæ non defenderetur, in posses-  
sionem actor mittatur, l. qui servum 20. §. in jure l.  
ff. b. s. junct. l. Fulcinius 7. §. item videamus 16.  
17. & 18. ff. quib. ex caus. in posses. eatur. l. ult.  
ff. de rei vindicat. aliud enim est, de jure suo in  
re, aliud de nudo possessionis facto respondere. Et  
quamvis d. l. 20. §. 1. ff. b. s. non incommode etiam  
accipi possit de casu, quo interrogatur is, cum quo  
non agitur, socius nempe rei conventi respectu fun-  
di communis, quo innotescat, quæ fundi pars ad  
reum litigantem pertineat, ut in eam non defen-  
sam actor mittatur, tamen interrogationes secundum  
jam traditam etiam in rei vindicatione hætenus ad-  
missas fuisse probabilis est.

3. Aequissimus vero fuisse videtur hic in jure in-  
terrogandi mos; cum edictum de interrogationibus  
prætor proposuerit, ut subveniret difficultatibus pro-  
bationum; sciens, arduum sæpe esse ei, qui here-  
dem bonorumve possessorem convenit, probare, ali-  
quem heredem esse bonorumve possessorem; imo dif-  
ficilem plerumque adita hereditatis probationem esse,  
l. Edictum 9. §. ff. b. s. Neque tamen interro-  
gationes hæc de ipso principali negotio, vel cardine  
questionis, ut ajunt, conceptæ fuerunt; sic ut reus  
ex responsione sua, quasi confessus, pro judicato  
habendus esset, secundum l. 1. Et l. qui Stichum 5.  
ff. de confis. l. proinde 25. §. ult. ff. ad l. Aquil.  
sed tantum de iis, quæ litem præparant; ad qua si  
respondum fuerit, non condemnatio, sed litis prin-  
cipalis ventilatio sequitur; dum non omnis ille, qui  
se heredem aut servi vel peculii possessorem esse  
confessus est, condemnari debet; sed demum, si  
actor probet defunctum debuisse aut legasse, servum  
contraxisse peculii intuitu, aut auctori nocuisse; &  
ita in ceteris. Unde & sola actio interrogatoria ex  
responsis hisce data fuit, quasi ex ipso contractu  
vel negotio principali; quæ ideo nec nova actio fuit,  
sed tantum nova quadam qualitas adjectitia actionis  
principalis, l. si quis interrogatus 8. l. de arato 11.  
§. qui interrogatus 9. ff. b. s.

4. Et quamvis Callistratus testatur, jam tum suo  
tempore minus frequentatas actiones interrogatorias,  
in desuetudinem abiisse, quia nemo cogebatur ante  
judicium de suo jure aliquid respondere: sed tantum  
ad probationes litigantibus sufficere ea, quæ ab ad-  
versa parte expressa fuissent apud iudices, vel in  
hereditatibus, vel in aliis rebus, quæ in causis ver-  
tuntur, l. 1. §. 1. ff. b. s. tamen neque æquitas in-  
terrogationum ideo cessaverit, neque, pendente lite,  
usus eorum; cum utique constans prope Callistrato  
Ulpianus, aut paulo recentior, velut ius indubium  
tradiderit, ubicunque iudicem æquitas inoverit, aq-  
ue oportere fieri interrogationem, l. pen. ff. b. s. non  
ad eum effectum, ut amplius inde interrogatoria  
competerent actiones, sed ut secundum jam dicta  
pro probationibus haberetur, quæ a rogata adversa  
parte apud iudices expressa sunt, d. l. 1. §. 1. ff.

b. s. Nec interest, in qua iudicii parte interrogatio  
fiat; usque adeo, ut & post conclusionem in causa  
interrogationes subinde admittendæ sint; tum quia  
d. l. pen. ff. b. s. generaliter admittit, ubicunque  
iudicem æquitas inoverit; tum quia revera litiganti-  
bus quidem, at iudici nunquam, in causa concludi-  
tur; qui proinde ex officio, quod nobile vocant, in-  
terrogare, & ad interrogata responsionem jubere  
potest, ubi id æquitas postulare visa est, & dubita-  
tio occurrit, cap. cum Johannes 10. fere in fine ex-  
tra, de fide instrum. Confer Mascardum de proba-  
tion. conclus. 1182. num. 41. Et seqq. Ac tantum ab-  
est, ut interrogationes hæc a moribus hodiernis alie-  
na essent, ut potius de ipsis quoque factis principa-  
libus, ex quorum assertionem vel negationem penderet  
potissimum causarum decisio, interrogationes pen-  
dente lite fieri obtinuerit, conceptis ab uno litigan-  
tium positionibus, ad quas adversarius per iudicem  
rogatus respondere compellitur, præstato calumniæ  
jurejurando, se credere vel non credere: ita in Gal-  
lia, Germania, Ultrajecti, in Frisia praxi constan-  
te servari, patet ex Rebuffo ad constit. regias tom.  
3. tract. de responsionibus per cred. vel non, Mascar-  
do de probationibus conclus. 1182. 1183. Mynsingero  
cent. 5. observ. 88. Andr. Gayl. lib. 1. observ. 79.  
Besoldo delibatis juris ad Pand. b. s. quart. 2. Ant.  
Thesaurio dec. 17. Radelantio Curia Ultr. dec. 107.  
adeo ut ei, qui productiones probationum facere de-  
bet, non currant tempora productionis faciendi,  
quandiu adversarius hæret in mora respondendi ad  
interrogata; eo quod merito ignorat, quæ pro con-  
fessis ex responsione habenda sint; quæ ex adverso  
negata, probationem requirant, Christinaus vol. 1.  
dec. 95. m. 9. 10. Andr. Gayl. lib. 1. observ. 91. n.  
8. 9. Mynsingerus cent. 2. observ. 99. num. 1. Nec  
Hollandis aut Zelandis Flandrisque ac Brabantinis  
interrogationes has displicuisse, evincit clarissime  
Instructio Curia Holland. art. 128. Curia Flandri-  
æ art. 55. 56. Brabantin. art. 33. Et seqq. nunc  
autem non amplius in Hollandia in causis civilibus  
istiusmodi interrogationum usum esse; ob metum  
perjurii, monet Groenewegen ad rubr. ff. b. s. Sim.  
van Leuwen cons. for. part. 2. lib. 1. cap. 29. n. 53.

5. Rogatus itaque tum ex usu juris Romani, tum  
ex hodiernis illorum moribus, quibus interrogationes  
istæ etiamnum placent, respondere tenetur. Nisi  
responsio ipsum criminis reum faceret, dum de tali  
facto proprio interrogatur, quod crimen involvit;  
quippe quo casu iudicio criminali magis opus esset,  
in quo simplex reorum examen sine calumniæ jure-  
jurando procedit. Adde Mascardum de proba-  
tion. conclus. 1185. num. 59. Et seqq. Vel nisi rogatus  
justam ipse dubitandi causam habeat, ut, puta, si  
rogatus, an heres sit, controversiam hereditatis ab  
aliquo patiat; quo casu respondere non compelli-  
tur; ne aut negando se heredem præjudicet sibi,  
aut dicendo se heredem, illigetur, etiam ablata si-  
bi hereditate, l. Et quia 6. §. 1. ff. b. s. Sed nec  
ad respondendum adigendus, quoties non in propria  
sed aliena lite rogatur, l. si sine 9. §. alius 3. ff.  
b. s. Unde licet tutor aut curator in lite pupilli re-  
spondere teneatur, quoties ipse pro pupillo in lite  
constat, arg. l. proinde 25. §. si procurator 1. ff.  
ad leg. Aquil. non tamen, si ipse litem pro pupillo  
non sustinet; etsi aunc super proprio rogaretur fa-

80. Radelantius *Curia Ultraject.* *decis.* 106. Nec debitor in lite, quæ inter creditores ejus de prælatione aut aliter agitur, Radelantius *decis.* 36. Nec heredes conjugis defuncti, ubi viduus aut vidua masaria judicium suscepit, nisi forte liberi sint, Radelant. *decis.* 107. *num. ult.* & 108. Nec debitor in causa fidejussoris, aut vice versa, Radelant. *decis.* 107. *num.* 3. 4. 5. Quales nihilominus omnes, tanquam testes in aliena lite, per adversarium produci possunt, & ad testimonium perhibendum compelli; non tunc responsa sua calumnie seu credulitatis, sed veritatis jurejurando firmatur, Radelant. *d. decis.* 36. de quo latius *tit. de testibus*. Si tamen maritus ex usu hodierno pro uxore stet in judicio, tanquam curator ejus, æquum fuerit, non maritum modo, sed & uxorem ipsam, quam vere causa tangit, ad respondendum de suo facto compelli. Sande *decisio lib.* 1. *tit.* 9. *definit.* 3. uti adultus in causa, quam tutor vel curator in judicio prosequitur, Ant. Matthæus *de judiciis disput.* 7. *num.* 57. Secus si suo nomine ac propria de causa maritus in judicio consisteret; cum ita lis mariti, uxoris intuitu aliena sit; sub qua limitatione forte accipienda quæ de uxore generalius tradita a Radelantio *d. decis.* 107. *num.* 6. Sed & cedentem in causa cessionarii respondere compellendum, verius est; cum utique cessionarius, utcuque ad suam utilitatem videatur litem expedire, procurator cedentis sit, ac personam ejus in judicio representet; ut proinde, desiderante adversario, cedentem velut dominum in judicio rogari æquum sit, ac cogi ad respondendum de facto suo, ex quo jus omne cessionarius metitur, ac habet. Confer Ant. Fabrum *Cod. lib.* 2. *tit.* 1. *definit.* 17. Sande *decis.* *Frisic. lib.* 1. *tit.* 9. *definit.* 3. Eadem ratione, si quis intervenerit pro alio, ita ut litem alterius ac defensionem in se suscipiat, is, pro quo litem suscepit, ad interrogata adversarii respondere tenetur, quoties id postulatum fuerit; cum & lis revera ipsius sit, & de suo proprio rogetur negotio, Henr. Kinschot *responsio* 33. *n.* 1. 2. Radelantius *Curia Ultraject.* *decis.* 34. Ant. Matthæus *de judiciis disp.* 7. *num.* 57. 59. Quemadmodum & dominus per procuratorem in judicio consistens: adeo ut si adesse justa ex causa impeditus sit, per procuratorem, in anima domini de calumnia jurantem, ac de respondendis ad interrogata mandato speciali instructum, in omnem eventum respondere debeat. Quod & cautum Instruct. Curia Hollandicæ *art.* 128. *in fine*, Brabantinæ *art.* 33. Flandricæ *art.* 55.

6. Non etiam respondere quisquam in jure cogendus, cum non de proprio, sed alieno rogatur facto; quippe cujus probabilis plerumque ignorantia est, *l. si sine 9. §. alius 3. ff. b. t. arg. l. plurimum 3. ff. de juris & facti ignor.* adeo ut & filius pro patre suo in judicio subsistens tanquam actor, & in reconvencione de patris facto interrogatus, impune taceat, nec silentium ejus pro confessione habeatur, *l. si filius 19. ff. b. t.* etsi verum sit, eum in lite tunc ultra pergere non posse in quantum procurator esse nequit, nisi & in reconvencione defensionem suscipiat, *l. servum quoque 33. §. an prator 3. ff. de procurat.* & plene non defendit, qui interrogatus non respondet, *l. si sine 9. §. Calvus 4. ff. b. t.* Similiter nec quisquam ad respondendum compellendus est, quoties de jure interrogatur; cum alia

facti proprii, alia juris questio sit; ac jus finitum atque determinatum nulla indiget adversæ partis responsione, arg. *l. in omni parte 2. ff. de juris & facti ignor. l. ornamentorum 37. ff. de auro & arg. legato*, Andr. Gayl. *lib.* 1. *obr.* 82. *num.* 113. & quamvis apud Gaylum *d. loco n.* 14. excipiatur casus, ubi de consuetudine adversarius interrogatus, eo quod illa facti est, vix tamen est, ut id admiseris, cum questio consuetudinis non de adversarii, sed populi totius, ideoque alienis rebus ac factis concipiatur, arg. *l. de quibus 32. §. 1. ff. de legibus, §. sine scripto 9. Inst. de jure natur. gent. & civil.* Plane, si reus per defensorem, mandato carentem, in judicio defendatur, defensorem quoque de facto ejus, cujus defensionem suscepit, respondere oportere, quia alias plene defendere non videtur; ac vel responso vel silentio suo sibi nocere, etsi domino non noceat ob deficiens mandatum, responsum est, *l. non solum 59. ff. de procurator. l. si sine 9. §. Calvus 4. ff. b. t.*

7. Ceterum de suo rogatus facto tempore ad deliberandum recte petit, ne temere respondeat, *l. qui interrogatur 5. ff. b. t.* Instructio Curiz Brabant. *art.* 36. Flandricæ *art.* 56. eo quod responsione sua ac confessione sibi nocet, sive vere sive falso responderit, eo quod ipsi fides contra se habetur, *l. de atate 11. §. 1. ff. b. t.* si modo id, quod in confessionem venit, & jus & naturam recipere possit, *l. si in 14. §. 1. ff. b. t.* (exempla confessionum, quas jus aut natura non patitur, Vide *l. cum, qui 13. §. 1. l. si servus 18. pr. & §. 1. ff. b. t.*) adeoque, si se heredem dixerit, aut animalis vel arvis peculitive possessorem, hereditariis aut noxalibus vel de peculio actionibus conveniri potest, etsi vere nec heres nec possessor sit, *l. voluit 4. l. 5. l. si quis 8. l. de atate 11. §. 1. l. 12. ff. b. t.* ut tamen is, qui falso confessus est se heredem esse, aut quid simile, & ex sua confessione convenitur, exceptionibus ac defensionibus, quæ institutis in judicio contra reos actionibus opponuntur, uti possit; veluti pacti conventi, rei judicatz, interitus rei, & ceteris, *l. si filius 12. §. 1. l. si ante 15. §. 1. ff. b. t.* imo etiam quandoque per in integrum restitutionem adversus confessionem suam ex justissimi erroris causa juvari; veluti, si filius se patris heredem fateatur, ac postea prolato testamento exheredatus appareat; vel alius se heredem dixerit esse ex testamento, quod dein falsum aut irritum aut inofficiosum pronunciatum est, *l. de atate 11. §. ex causa 8. & §. qui jure 10. ff. b. t.* Maschardus *de probat. conclus.* 1182. *n.* 14. & seqq.

8. Quod si respondendo mentitus sit, ut sese liberet, secundum jus Romanum vulgares subilite mentientium penas: atque ita in solidum sine noxæ ditione tenebitur, si se servi delinquentis aut animalis lædentes possessorem inficatus sit, *l. 1. §. interdum 15. ff. si quadrup. pauper. fecisse dic.* ac possessione exuetur, si se rem per vindicationem petendam possidere neget, *l. ult. ff. de rei vindicat.* aut si minore ex parte heredem se dixerit, quam ex delata erat, hanc fert mendacii penam, quod in solidum convenitur, etsi ex parte tantum, sed majoris, heres sit: nisi & hic justa errandi causa veniam det: quid enim, si nescit sibi partem accrevisse, vel ex incerta parte institutus sit? *l. de atate*

te 11. §. si cum 3. & 4. ff. b. t. Interim nostris ac aliorum moribus habet mentium poenas in desuetudinem abiisse, & eos, qui scientes prudentes veritatem inficiati fuerunt, interposito præsertim calumniæ jurejurando, extra ordinem arbitrio judicis mulctari solere, notat Groenewegen ad l. 11. §. 3. ff. b. t. & ad l. ult. ff. de rei vindic. quem tamen in casu d. l. ult. ff. de rei vindic. falli supra tit. de rei vindic. n. 25. probatum est.

9. Silentium ejus, qui secundum requisita superius proposita interrogatus respondere contumaciter detrectat, adversus eum interpretationem recipit, sic ut pro consistente habeatur, quoties ei confessio notitura ac interroganti profutura est, adeoque tanquam heres conveniri possit, qui tacuit ad interrogationem, an heres sit, l. de atate 11. §. qui tacuit 4. ff. b. t. l. quotiens 18. §. ult. ff. de prob. Instruclio Curiz Ultraject. tit. van defeuquem van den gedaagde art. 6. Brabant. art. 36. Flandricæ art. 36. Andr. Gayl. lib. 1. observ. 80. Christinaus ad Leg. Mechliniens. tit. 1. art. 21. n. 1. Silentio comparatum responsum anceps, dubium, incertum; nihil interest, an taceat interrogatus, an obscure respondeat, ut incertum dimittat interrogantem, d. l. de atate 11. §. nihil interest 7. ff. b. t. Vide d. Instrucl. Curiz Brab. art. 34. Flandricæ art. 35. in fine, Andr. Gayl. lib. 1. observ. 82. n. 7. & seqq. nisi forte consultius fuerit, urgeri ulterius respondentem, ut certum fateatur, arg. l. certum 6. §. si quis incertum 1. ff. de confessis.

10. Quisquis autem interrogatus in jure confessus est, aut ex contumaci silentio pro consistente habetur, solis interrogantibus, non aliis jus parit, eo quod res inter alios acta aliis nec prodest nec nocet, l. sape 63. ff. de re judicata. Unde, cum unus ex debitoris fiscalis filius, qui nec bonorum possessionem acceperat, nec heres erat, procuratori Cæsaris interroganti in jure respondisset, se heredem esse, placuit, cum a paternis creditoribus ceteris, qui in jure non interrogassent, ex responso suo interrogatoria non posse actione conveniri, l. ult. ff. b. t.

11. Ex adverso quoque, si se falso heredem aut possessorem, aut servum alienum a se occisum, responderit, atque ita actori ex tali responso licet ulterius prosequenti condemnatus sit, jure Romano veris heredibus aut possessoribus vel occidenti non prodest, nec facit solutione sua, quo minus illi, ut veri debitores vel percussores, vel rei possessores, etiamnum suscipere litem compellantur; cum non tam rem actori, quam potius falsi responsi poenam solvisse videatur, quali poenæ præstatione neque rei persecutoria actio perimenda erat, neque delictum ejus, qui fecit, propter eum, qui respondit, debebat imponi esse, l. qui servum 20. ff. b. t. l. si is, qui 7. ff. de rei vindic. nisi quasi defensor ejus, qui heres erat aut possessor, vel eadem commiserat, responderit, aut ex mandato ejus, tunc enim in factum exceptione summovendus esset actor; quia ille, qui respondit, negotiorum vel mandati actione recepturus est, quod præstitit, ac improbus esset, qui velit iterum consequi, quod jam a defensore debitoris accepit, l. qui servum 20. ff. b. t. Unde & tum demum adversus heredem verum agi posse, cum defensor, qui se licit obtulerat pro herede, solvendo non est, ex Proculi sententia Julianus respondit, l. qui ex parte 18.

ff. b. t. Atque ita de eo, qui velut defensor intervenit, accipienda est l. si quis dolo 51. §. 1. ff. de re judicata, quippe cujus hæc facti species sine verborum emendatione poni potest, quod Titius cum Mævio fundum vendidisset ac fide de pretio habita tradidisset, creditores aut Mævii in possessionem bonorum ejus ac ipsius etiam fundi emti mitterentur, missis id quod interest præstiterit pro Mævio debitore, atque ita ulteriorem impediverit missionis effectum, Mæviumque liberaverit velut defensor ejus, quo dein ipse solidum fundi venditi pretium ab eo consequi posset, non in solidum forte consecutus, si creditores ex decreto judicis minus tempestivam fecissent bonorum Mævii distractionem. In noxalibus tamen actionibus, solvente eo, qui se servi lædenti possessorem falso responderat, verum liberari possessorem obtinuit; quia noxales actiones præter generalia juris præcepta contra dominum dantur, ut quodammodo læso consulatur, ne in universum in damno hæreat; ut proinde eo jam indemni præstito, ulterior actionis noxalis æquitas conspicua non sit, l. si quis interrogatus 8. l. qui servum 20. ff. b. t. junct. l. 1. §. quod igitur 15. ff. de vi & vi armata, l. melior 133. ff. de reg. juris. Neque absurdum fuerit, ex hodierni juris fundamentis in ceteris quoque casibus, solvente eo, qui liti se obtulit, veris debitoribus asserere liberationem, ut dictum sit. de petit. hered. num. 8.

## TITULUS II.

De quibus rebus ad eundem judicem eatur.

## SUMMARIA.

1. Ad eundem judicem ire debent coheredes, confines, socii, comutiores, legatarii & creditores hereditarii ut legit. Falcidia ratio inest: sape etiam plures de liberali causa &c. item in reconventionibus & interventionibus.
2. Terminanda etiam apud eundem possessionis & proprietatis causa; & quid moribus.
3. Si plures unus debiti debitorum, vel coheredes nomine hereditario debentes sub diversis habitent judicibus inferioribus, omnes tamen subint unum judici superiori, veluti curia Hollandia, omnes inferiore præterito ad superiorem vocari possunt apud nos.
4. Si ex pluribus actoribus aut rei quidam privilegiati sint respectu fori, etiam non privilegiati ad eundem judicem ire, & vocari possunt.
5. Hodie ex voluntate actoris aut rei questio civilis & criminalis non dividenda, si utraque ex uno facto oriatur.
6. Curatore bonis dato, ad eundem judicem ire debent omnes obarati debitoris creditores.

1. NE dividatur causæ continentia, dum plures diversis in foris agunt aut conveniuntur, omnes quandoque ad eundem judicem ire placuit, quales sunt socii, coheredes, confines, de hereditate, rebusve communibus dividendis, aut finibus regundis contententes, l. 1. 2. ff. b. t. l. omnes tutores 5. C. arbitrium tutela, uti id de coheredibus similibusque dictum plenius tit. familia erisc. n. 42. de tutoribus dicitur tit. de tutela & ration. distrab. Nec



quis tunc, cum de ineunda legis Falcidiz ratione questio est, legatarii omnes & fideicommissarii, imo & creditores hereditarii, ut de re alieno probent, ad eundem arbitrium venire jubentur, l. 1. §. cum dicitur 6. ff. si cui plur quam per l. falcid. lic. legat. esse dicitur. Causam quoque conventionis & reconvencionis per eundem judicem debere terminari; ut & causam ejus, qui intervenire vult in lite, traditum sit. de iudiciis n. 33. & n. 73. Quin & in liberali seu status questione non infrequens fuisse, ut ad eundem judicem ob causam continentiam plures mitterentur, patet ex l. cognitio 8. §. 1. 2. l. 9. l. si usufructum 23. §. ult. ff. de liberali causa.

2. Ex eadem ratione proprietatis & possessionis causam apud eundem judicem terminari necesse fuit; cum iudex, qui de possessione jam cognovit, ex parte perspectam credatur habere causam proprietatis, adeoque aptus magis ad illam expeditius finiendam, l. nulli 10. C. de iudic., licet enim possessioni nihil cum proprietate commune sit, quatenus ingens est inter utriusque naturam pariter ac effectus differentia, l. naturaliter 12. §. 1. ff. de acquir. vel amitt. poss. in ordine tamen iudiciorum sibi invicem coherent in quantum finis iudicii possessorii plerumque petitorii initium est. Confer Cujacium lib. 2. observ. cap. 53. Andr. Gayl. lib. 1. observ. 32. num. 11. & de praxi Wassenaar pract. iudic. cap. 12. 14. 15. Sed ab hoc iure apud nos recessum fuit, dum in Hollandia suprema Curia causae quidem possessionum tractandae sunt; nec tamen ideo proprietatis quaestiones iisdem de rebus ordinariorum iudicum jurisdictioni, ne sub obtentu quidem reconvencionis, subducuntur. Instructio Curiae supr. art. 19. Neostadius curiae supr. decis. 127. Groenewegen ad d. l. 10. C. de iudiciis.

3. Similiter, si plures unius debiti debitores, sub iudicibus inferioribus diversis domicilium foventes, eini communi iudici superiori, veluti curiae provinciali, subiecti sint, omnes ad iudicem illum superiorem, praeteritis inferioribus, vocari possunt secundum Hollandiae & aliorum mores, placitum Ord. Holl. 10. Glij 1677. in pr. vol. 3. pag. 672. in fine & 573. f. roenewegen de l. abrogat. h. t. Leeuwen censor. or. part. 2. libr. 1. c. 14. num. 8. Responsa Jurisc. Holl. part. 5. consil. 25. numer. 7. pag. 127. usque adeo, ut & tunc, cum plures ejusdem defuncti coheredes sub diversis iudicibus inferioribus degentes pro debito hereditario conveniendi sunt, prima vice simul omnes ad curiam provincialem Hollandiae, si modo omnes ei subsint, vocari queant, etiamsi jam a rerum hereditarium communione per divisionem recessisse proponantur, Appendix decisionum p. mibi 39. in fine, & pag. 40. post partis tertia volumen primum Respons. Holl. Plane, si quidem ex his unius debiti debitoribus aut coheredibus in alio territorio degant, sic ut communem cum reliquis iudicium haud sortiantur, hi ad suum iudicem ordinarium vocandi forent, arg. l. ult. ff. de iurisdic. iunct. l. juris ordinem 2. Cod. eod. ff. Groenewegen d. loco.

4. Adhuc ex eodem fundamento, ne causae continentia dividatur, descendit, quod, si inter plures in ius vocandos, quorum omnium eadem causa est, nonnulli privilegiati sint, sic ut non nisi ad tribunal superius litigatum venire teneantur, propter eos & reliqui ad iudicem eundem superiorem vocari possint,

etsi omnes tum privilegiati tum privilegio destituti simul in eadem deperent civitate, ac sub eodem iudice inferiore, Andr. Gayl. lib. 1. observ. 32. n. 2. Responsa Jurisc. Holl. part. 5. consil. 35. n. 5. Ut ex adverso quoque, si ex pluribus actoribus, ejusdem litis consortibus, unus privilegiatus vi sui privilegii adversarium ad iudicem superiorem citaverit, reliquos litis ejusdem consortes non privilegiatos jungere se posse privilegiato, obtinuit, ut ita per omnes simul iunctos ob causam continentiam apud eundem iudicem superiorem lis ad finem deducatur, Responsa Jurisc. Holl. part. 5. consil. 147. in fine.

5. Insuper quaestionem civilem & criminalem non posse dividi, sed apud eundem iudicem alterutro partium desiderante utramque debere agi, quoties utraque ex una causa vel uno facto oritur, traditum a Mynsinghero cent. 1. observ. 97. Andr. Gayl. lib. 1. observ. 32. num. 11. Responsa Jurisc. Holl. part. 5. consil. 87. Brunnemanno ad l. 10. C. de iudiciis.

6. Denique, curatore bonis dato creditores omnes obzati debitoris ad universale iudicium concursus, ac praelationis venire debere propter causam continentiam, licet diversis in locis morentur, & patrimonium debitoris per varia loca dispersum sit, dicitur l. qui potiores in pign. ex de causa continentia Mindamum de processibus executionis lib. 3.

### TITULUS III.

#### De Servo corrupto.

##### SUMMARIA.

1. Quid sit actio de corrupto, cui, contra quem, & ad quid datur? Quid juris, si corruptio tentata, sed servus corruptus non sit?
2. Actio haec non infamans.
3. Nec more penaliter, nec tantum rei persecutoria, sed penalis mixta in duplum est.
4. Cum actio de servo corrupto concurrere potest accusatio, velut in crimine extraordinario.
5. Utilis actio de servo corrupto datur, si corrupti sint mores filifam, uxoris, subditorum, monachorum, militum ad id, ut derelicta cohorte, in qua militamus, alteri cohorti vel legioni nomen dent.

Quam periculi plena res tum publice tum privatim sit morum servilium corruptio, testatum abunde fecerunt execranda, quae inde profuxerunt rerum novarum molimina, conspirationes, & intestina ac velut domestica in dominos bella, a servis suis dominos ipsos duris legibus, execrabili delicto distractos, habet l. moveor 4. C. si servus export. veniat. Tyrus a servis heros omnes Tyrios una tempestate crudelissime jugulatos fuisse, vix uno servato Stratone, mox incredibili latronum consensu in Regem electo, Justinus commemorat lib. 18. cap. 3. Et cui, quasso, ignota, scelerata servorum Romanorum in dominos audacia, quae in nefanda tandem bella servilia semel iterum gentioque sit erupit, ut oppida, urbes, provincias a collecto mancipiorum villanorum exercitu dignisque tam infamē turba duobus oppugnatas, captas, direptas, viderimus; exutos castris suis Praetores Manlios, Lentulos, Pisones, Servilios, alios, saepiusque in fugam actos.

orbis dominos ab illis, quos ipsi per fugitivos ex fuga reducere debuissent, & herili compeccare auctoritate. Florus lib. 3. cap. 19. Adde Livium lib. 3. cap. 13. & seqq. lib. 4. cap. 45. lib. 32. cap. 26. lib. 33. cap. 22. Non mirum ergo, si primis malorum tantorum principiis occurrentem mature censuerint Quirites, ac suo precipue edicto Pratores, proposita de servo corrupto actione: quæ est personalis arbitraria, arg. l. ut tantum 14. §. 2. & pen. ff. b. t. competens domino & ejus heredibus in perpetuum, l. hac actio 13. ff. b. t. non tantum, si manserit in potestate domini, vel in hereditate; sed & si exierit, forte legatus aut mortuus aut manus missus aut alienatus, l. doli verbum 5. §. ult. l. 6. 7. 8. l. pen. ff. b. t. Ut & jus pignoris, usufructus, aliudve simile habentibus, l. si quis servum 9. §. si in servo 1. l. ut tantum 14. §. si is 3. & §. 4. ff. b. t. adeo ut concurrente domino ac fructuario aut similibus, directa domino, fructuario utilis actio detur, d. l. 9. §. 1. ff. b. t. Socio quoque ob corruptos ab altero socio communis servi mores; licet & pro socio & communi dividundo actio tunc locum habeat, d. l. si quis servum 9. pr. ff. b. t. Non tamen bonæ fidei possessori, l. 1. §. 1. ff. b. t. Contra eum, qui mores servi dolo corrupti, servum recipiendo, aut el quid persuadendo, quo ipsum faceret deteriorem; aut sollicitando, aut jam malum hortando, instigando, laudando, malitiam augenda causa, aliisque modis pluribus recensitis in l. 1. pr. §. 3. 4. 5. l. 2. 3. ff. b. t. l. adversus h. C. de furtis & servo corrupto, etiam adversus mulierculas, apud quas servi nostri cum tempore pecunias simul consumant, l. pen. ff. b. t. Nec interest, utrum corruptus extraneus sit, an dominus aut fructuarius servi corrupti, aut creditor, cui servus fuit pignori obligatus, l. si quis servum 9. §. 1. l. ut tantum 14. §. si is, in quo 3. & h. ff. b. t. vel putaverit hominem esse liberum, cujus mores corrumperebat, l. doli 5. §. 1. ff. b. t. licet ex opposito non detur contra eum, qui hominem liberum corrupti, quem putabat servum esse, l. 1. §. 1. ff. b. t. nec contra eum, qui dolo caret, veluti si ex misericordia vel humanitate servum alienum receperit, l. doli 5. in princ. ff. b. t. (quo tamen casu ob culpam ex capite secundo legis Aquiliæ agi posse, probatum est ad leg. Aquil. m. 4.) nec contra parentem aut patronum, l. parens 5. §. 1. l. 6. 7. ff. de obsequ. parent. & patron. prastandis, nec contra bonæ fidei possessorem; quippe qui dolo caret, l. 1. §. 1. ff. b. t. nec contra corruptantis heredes, l. hac actio 13. ff. b. t. Agitur vero ad id ut præstetur duplum, non servi totius, sed damni corrumpendo dati, & rerum, quas servus fugiendo secum abstulit, l. si quis 9. §. pen. & ult. l. 10. l. ut tantum 14. §. in hac 5. ff. b. t. aut in quibus damnum dedit, l. ut tantum 14. §. his 6. & 7. ff. b. t. non tamen rerum, quæ, dum in fuga servus erat, furto abstulit, aut in quibus postea quadam quasi consuetudine peccavit, l. Neratius 11. pr. & §. 1. ff. b. t. Plane si uxorem corruperit, ob matrimonii reverentiam exemplo actionis rerum amotarum non in duplum sed in simplum hæc actio est, l. ult. ff. b. t. & qui respicebat servum sollicitavit, cum eo aliorum tantum restituere, & duodecim solidos præstare tenetur, l. mancipia 5. C. de servis fugitivis, quod si tentato

quidem corruptio fuerit, & malevolum appareat ad probitatis servilis perniciem propositum, servus autem deterior factus non sit, actionem de servo corrupto cessare necesse est, eo quod nullum, quod dupletur, damnum apparet, arg. d. l. 14. §. in hac 5. ff. b. t. Firmatque hanc sententiam exceptio contra communes regulas in eo, qui servo alieno suavit, ut is domino proprio furtum faceret, cujus furti faciendi priorior faciliorque, quam alterius delicti, occasio est. Vide §. sed & si credat 8. Inst. de oblig. quæ ex delicto, l. si quis servo 20. C. de furtis & servo corrupto.

2. Ceterum hæc actio non infamat, l. parens 5. §. sed nec 1. l. 9. & 7. ff. de obsequiis parent. & patr. prastandis. Licet enim turpis actio dicatur, l. nec quicquam 55. ff. pro socio, quatenus scilicet doli vel fraudis mentionem habet: non tamen ideo infamans est; pluresque turpes, famosas pauciores actiones sunt. Et quod prætor dicitur notare calliditatem ejus, qui corrupti, l. dolo malo 3. ff. b. t. eo ipso nos infamæ nota intelligitur; sed magis, quod prætor coercet calliditatem corruptantis, sic ut sine dolo malo corruptens non teneatur, ut in d. l. 3. Iustus ait. Ita enim notare in jure nostro non semper est infamare, sed quandoque idem significat, quod reprehendere & improbare, l. metum autem 9. §. ult. ff. quod metus causa l. Titia filiam 13. in fine ff. de inf. terram. atque etiam coercere ac punire: quo sensu exheredationes dicuntur non semper nota causa fieri; id est, non semper ad coercendam ingratitude filii exheredat, ac puniendam hereditatis ademptione, l. multi 18. ff. de liberis & posthumis, l. Paulus respondit 47. ff. de bonis liberis.

3. Non etiam mere pœnalis est, ut præter duplum superesset rei persecutio, sed pœnalis mixta, ut duplo insit ipsa res, l. ut tantum 15. §. in hac 5. ff. b. t. Multo minus tantum rei persecutoria: neque id dicat l. hac actio 13. §. 1. l. 14. ff. b. t. cum ibi hæc actio non assimiletur hereditatis petitioni, sed magis petitio huic actioni de servo corrupto: sic ut & ipsa hereditatis petitio hoc casu pœnalis mixta in duplum sit. Nec adversatur hiæ, quod, ubi cum petitione hereditatis concurrat ex lege Aquiliæ actio, quæ ex inficiatione in duplum creverat, petitio tamen hereditatis tantum in simplum detur, l. item veniunt 20. §. cum prædiximus 4. ff. de petit. hered. Etenim in simplum tantum est tunc hereditatis petitio, quia & ex lege Aquiliæ actio secundum ordinariam sui naturam in simplum tantum comparata est, ex inficiatione, adeoque novo quodam delicto, demum in duplum. Quo modo etiam, si actio in factum ex iurejurando detur in causis illis, in quibus ex inficiatione in duplum lis crescit; tamen hæc in factum actio, seu adjectitia qualitas non in duplum sed in simplum est, l. cum, qui 30. ff. de iurejurando. At de servo corrupto actio semper ex sua natura in duplum est; ut proinde & in duplum esse debeat petitio hereditatis illis in casibus, quibus huic actioni assimilatur.

4. Concurrete vero cum hac actione potest etiam accusatio, velut ex crimine extraordinario, l. in dum 5. ff. de extraord. crimin. maxime, si actor seu dispensator rerum dominicarum corruptus esse dicatur, vel hujusmodi servus, ut non ad solam facturam adversus substantiam, sed ad to-

tius domus eversionem pertineat, *l. ult. ff. de offic. praeid.*

5. Est & actio utilis de servo corrupto, patri accommodata ob corruptos mores filifamilias vel filiez. adversus corrumpentem, secundum ea, quae de servis supra dicta: in id quod interest animum liberorum non esse corruptum, integramque mansisse domus famam ac dignitatem, sine luxuria, protervia, stuprorum ignominia, aliisque similibus, *l. ut tantum 14. de filio 1. ff. b. t.* quae & ad maritum videtur extendenda propter corruptos uxoris mores agere volentem, ad exemplum interdicti de liberis exhibendis, patri competentis, sed ad maritum producti, arg. *l. imo magis 2. ff. de liberis exhibendis*, atque insuper ad corruptos subditorum, monachorum, aliorumque similium mores ab interpretibus non inepte invenitur translata. Nec dubium, quin huc quoque reducendi sint praefecti militares, alique similes, si alterius cohortis milites in id corrumpant, ut derelicta cohorte, in qua militarunt, alterius cohorti, turma, vel legioni se adscribi patiantur. Quos etiam ob id cinguli militaris privatione, ac corporali poena coercendos esse, in Belgio federato constitutum est *7. Feb. 1673. 16. Feb. 1674. & 29. Dec. 1674. vol. 3. placit. Holl. pag. 170. 184. 188.*

## TITULUS IV.

### De fugitivis.

#### SUMMARIA.

1. Qui dicantur fugitivi; qui pro talibus non habentur; quomodo fugitivos distat ab errore?
2. Quid sint fugitivarii, quid indicium?
3. Quis, & quo modo servum fugitivum comprehendere possit? quo modo latitans fugitivus inquiri?
4. Quo modo coerceantur, qui dolo fugitivum occultaverunt? quo modo ipsi fugitivi?
5. Jura de fugitivis transferri possunt ad damnatos ad triremes aut ergastula, si evaserunt; ad uxores, liberos homines proprios fugientes aut latitantes; ad subditos, qui contra Principum interdicta alteri populo operam navant: ad milites, qui a praefecto nondum missi, nomen alteri cohorti dant.
6. Parentes, cognatos, vicos aut pagos unde oriundi milites, non posse inquietari ob id, quod milites fugiunt aut latitant.

1. Quia suadendo fugam servis serviles mores corrumpuntur, ordo desiderabat, ut de fugitivis ageretur, quales sunt, qui fugae causa extra domum domini morantur, ea mente, ne redeant, etiamsi mutato forte consilio ad eum revertantur; animus enim primus non redeundi nocentes facit: unde fugitivus non est ille, in quo mens talis non apparet, quales sunt, qui fugiunt dominum iratum, quoad iracundia deferbuerit; quique confugiunt ad statuas Principum aut asyla, ut dominus eos vendere jubeatur; & qui plagas domini metuentes ad amicum pro se deprecaturum sese proripuerunt, *l. si quis sit 17. pr. & ff. seqq. ad §. 14. l. bovem 43. §. qui ad amicum 1. ff. de adilit. edict. l. fugitivus 225. ff. de verb. signif.* Per hanc vero mentem non redeundi distincti

fuerunt fugitivi ab *erroribus*, qui non quidem fugiunt, sed frequenter sine causa vagantur, & temporibus in res nugatorias consumitis serius domum redeunt, *d. l. quis sit 17. §. errorum 14. & seqq. ff. de adilitio edicto §. licet* in hoc titulo sub fugitivo & *errorum* comprehendendi, Ulpianus scribat, *l. 1. §. fugitivum 5. ff. b. t.*

2. Fugitivorum occasione *fugitivarii* erant, qui fugitivos inquirebant & dominis indicabant, aut ad eos reducebant; pro quo *indicium*, id est praemium aliquod seu mercedem accipere poterant aut pacisci, *l. solent 15. l. si apud se 18. ff. de praescript. verbis, l. idem 4. §. ult. ff. de condit. ob turp. causam*, quorum & *l'lorus* meminit *libr. 3. c. 19.* cum de bellis servilibus ac servorum in dominos victoriis agens, ait, *itaque qui per fugitivarios distrabi debuerint, pratorius duces profugos ipsi sequebantur.* Adde *Quintium libr. 11. observ. cap. 18.*

3. Quamvis autem nemo fugitivum alienum indicare, detegere, aut apprehendere teneatur, *l. qui vas 43. §. qui furem 1. l. furtum non commissis 62. ff. de furtis*, tamen unusquisque, qui fugitivum apprehendit, in publicum deducere debet, id est, vel magistratibus municipalibus vel publicis ministris tradere, diligenter etiam vinculis custodiendum, ne evadat; donec ad praefectum vigillum vel praesidem deducatur, & ejus nomen ac notae, & cujus se esse dicat, ad magistratus deferantur, quo facilius dignoscatur per dominum ac recipiatur *l. 1. §. 3. 4. 6. 7. 8. l. 4. ff. b. t. a nullo apprehensum fugitivum*, sed latitantem requirere dominus potest, atque etiam publica munitus auctoritate, puta, literis praedis, quandoque & apparitorum, facultatem habet ingrediendi tam Caesaris quam senatorum & paganorum praedia, scrutandique cubilia atque vestigia occultantium; multa centum solidorum imposita tum magistratibus minoribus ac milicibus stationariis, qui, literis acceptis, inquirentes non adjuvant, tum illis, qui quasi apud se prohibent, *l. 1. §. hoc autem 2. l. divus 3. ff. b. t.*

4. Ceterum, uti fugitivi furtum suis faciunt dominis per fugam, *l. 1. c. de servis fugitivis*, ita quoque qui servos fugitivos dolo malo scientes prudentesque celarunt, furti, ex jure Pandectarum, tenentur, *l. 1. pr. ff. b. t. l. qui vas 43. §. qui furem 1. ff. de furtis*, sed jure novo celantium poena est quod servum fugitivum, si fiscalis sit, cum duodecim argenti libris fisco restituere; sin privatorum fuerit, cum altero tali vel solidis viginti representare domino compellantur; & cum duobus aliis, aut solidis quadraginta ob repetitam occultationem; astimatione judicis castigandi corporaliter, si solvendo non sint, *l. quicumque 4. l. pen. C. de servis fugitivis*. Ut tamen a poenis hisce excusandi sint, qui non dolo sed errore probabili ducti receperunt vel occultarunt, cum putarent liberam esse; quique vel humanitate vel misericordia moti, vel ut domino custodirent, *l. deli verbum 5. ff. de servo corrupto, l. quicumque 4. in mod. C. b. t. de servis fugitivis*. Nec fugitivorum restitutionem impedit, quod in arenam sese dederint, *l. ult. ff. b. t.* Et, si simplices fugitivi sint, etiam simpliciter dominis sine alia coercitione publica videntur reddendi: sin pro liberis se gesserint, gravius coercendi, *l. fugitivi 2. ff. b. t. junct. l. si quis dicat. 5. ff. de manumissionibus*, si ad barbaros transa-

antes deprehendantur, eos aut pede amputato debilitari, aut metallo dari, aut alia extraordinaria affici poena, constitutum est, l. si fugitivi 3. C. de servis fugitivis.

5. Dicta haecenus de fugitivis non inepte nostris ac aliorum moribus ad eos transtuleris, qui ad triremes damnati inde aufugerunt; aut ergastulis publicis inclusi eruperunt evaseruntque; nec non ad monachos monasteria deserentes; ad liberos, uxores, homines proprios, a parentibus, maritis, dominis profugos, Perezus ad. tit. C. de servis fugitivis num. ult. Sed & ad subditos, qui contra manifesta Principum suorum prohibitiones territoriorum egrediuntur, ut vel nomen militiz peregrinz dent, vel alteri Principi aut populo suam operam aut artificium in patriâ propriâ præjudicium addicant, veluti ad exercendam navium fabricam, balenarum capturam, navigationem in Indias, civium propriorum deprædationes terrarumque instituendas; contra quos placita plura per Fœderati Belgii Ordines concepta vide vol. 2. placitor. Holland. libr. 4. tit. 13. pag. 291. & seqq. ad pag. 315. & vol. 3. p. 242. & seqq. item Arikel-Brief van d'Oost Indische Compagnie art. 29. d. vol. 3. pag. 1314. insuper ad milites illos, qui alteri centurioni nomina sua dederunt, antequam essent a priore dirissi, de quibus leges militares, vulgo Militairen Arikel-Brief 13. August. anni 1590. art. 16. 17. 56. 70. vol. 2. placit. Holl. pag. 172. 173. 176. 178. & varia placita congesta vol. 2. placit. Holl. lib. 3. tit. 12. part. 1. pag. 274. & seqq. ad p. 487. præsertim placitum Ordin. general. 3. Novembris anno 1601. vol. 2. pag. 2243.

6. Illud interim haud prætermittendum, illos quidem ipsos, qui post nomen militiz datum militare nolunt, sed fugiunt aut latitant, coercendos esse; at eo nomine neque parentes fugientium aut latitantium, neque vicos aut pagos, quorum incolæ fuerunt præfectis militaribus ullo modo teneri; secundum placitum Ordin. Generalium 4. Augusti anni 1603. sapius deinde renovatum art. 6. vol. 2. placit. Holl. pag. 114.

## TITULUS V.

## De Aleatoribus.

## SUMMARIUM.

1. Quales ludi liciti fuerint apud Romanos, & quantum posueris bisce maximum esse victoriæ præmium ex sponione?
2. Illicitus est alea ludus, & similes. Valet promissio, quæ quis se obligat ad id, ne alea ludat, & panam pollicetur, si luserit.
3. Quæ pana sint aleatorum, & aleatores recipiuntum? an ipsis impune furtum injuria fiat? an & per quos condici possit, quod in alea amissum?
4. Quæ pana cogentium ad ludendum, vel instigantium filiosfam. alienos? et de non præstanda eversione rei in alea vendita. An tertius, qui ludenti mutuam dedit pecuniam, repetere mutuum possit?
5. Quid si mutuum numeraveris collusor ipse, vel aleatorum receptor?
6. Quid moribus obtineat circa panas aleatorum? Voet ad Pandect. Tom. II.

An et quando bodie amissa in alea repeti possint?

7. Amissa in alea, sed necdum soluta, an peti possint, si victus victori expromissores aut fidejussores aut pignora dederit?
8. Quæ in calludentibus obtinent, etiam locum habent in iis, qui de ludentium victoriæ sponiones ineunt; et in genere, quid jure Romano circa sponiones obtineat?
9. Si præmium sponionis apud tertium depositum sit et victori redditum, an repeti possit? et, quid si necdum redditum sit victori, vel nondum victor appareat, an repetere quisque invito altero possit, quæ ita deposuit?
10. De urnis seu ollis fortuna (Loteryen) & sponionibus antiquis judicialibus; & quis sint videndi de aleatoribus?

1. **L**udi apud Romanos alii liciti fuerunt, alii illiciti. Liciti, in quibus ars dominatur, ac de virtute certamen est; quales quinque recenset Imperator in l. i. & ult. C. b. t. puta, monobolon, contomonobolon, quintanum, contacem sine fabula perichyten, & hipicem. Quod & Paulus jurisconsultus fere expressit, cum ait, licitum fuisse, ex senatusconsulto certare *basta vel pilo jaciendo, vel currendo, saliendo, luctando, pugnando*, l. solent 2. §. 1. ff. b. t. Nec dubium, quin pleraque hæc ludorum genera, a Græcis primitus adinventæ, a Virgilio magna ex parte in libro 5. Æneidos delineata Romam deinde translata fuerint; dum memoriz proditum, Herculem ante Romam conditam ludos Olympicos instituisse singulis quinquenniis repetendos, ut Græciæ juvenus sese exerceret castibus, cursu, saltu, disco, & palestra, continuato quinque diebus certamine, ac victoribus olea coronatis, quibus & hic honor habeatur, ut sublimes currui insidentes, non per portam, sed per murorum dejectorum ruinas patriam intrarent. Confer Demsterum in notis ad Rosini *amiquit. lib. 5. cap. 1. Natalem Comitem mythologia lib. 5. cap. 1. 2. 3. 4.* His itaque certare ludis uti turpe habitum non fuit, ita & præmium victoriæ proponere, & in pecuniam, vel in id, quod in convivio vescendi causa ponitur, ludere, adeoque de victoriæ sponionem inire legibus variis permissum legimus, b. l. solent 2. §. 1. l. 3. l. 4. pr. ff. b. t. dummodo secundum jus novum in singulis commissiones seu singulos congressus aut vices, non ultra solidum unum a ditioribus collusoribus deponatur, ab aliis longe minus, l. 1. in fine, l. ult. in mod. C. b. t. Nam si in immodicam pecuniam lusum fuerit, amissum repeti potest, promissum peti nequit, d. l. 1. in fin. C. b. t. Quo fundamento reum, etiam contumaciter se non sistentem, cum ut victus ex ludo scaborum seu regio in magnam quantitatem a victore conveniretur, absolutum fuisse sententia judicis, commemorat Josephus de Sesse decis. Aragonia 144. n. 11. & seqq. & in motivis subjunctis. Adde statuta Antwerpiensia tit. 54. art. ult.

2. Illiciti ludi sunt, in quibus sors prædominatur, nec pro virtute certamen fit; qualis est alearum, & similius ei affinium, l. in quibus 3. ff. b. t. l. 1. l. ult. C. b. t. l. ult. §. 1. C. de episcop. audient. Etsi enim in rebus seriis insignis sæpe ac necessaries

probatumque sortium usus fuerit, §. optionis 25. *Instit. de legatis, l. ult. in pr. C. commun. de legatis, l. sed cum ambo 14. ff. de iudiciis*, etiam in ipsis iudiciis ex decurtis eligendis (confer *Polleum historia fori Romani lib. 5. cap. 7. fere in pr.*) tamen extra necessitatem per jocum lusumque abuti sorte, variis ex causis probrosum habitum, *d. l. 6. §. ult.* Unde & animi vitiis adnumeratum a Jurisconsultis Romanis aleatorem esse; æque ac turpe creditum, vinarium quem, aut gulosum existere, aut impostorem, aut mendacem, aut litigiosum, *l. ob qua 4. §. item 2. l. adili. 25. §. hoc autem 6. ff. de adili. edict.* Ut proinde valde censeri debeant omnes illæ conventiones, quibus id agitur, ut a ludis huiusmodi improbatis abstinetur; veluti, si alteri quis certam promiserit pecuniæ quantitatem aut rem velut pœnam, si aliquando alea luserit. Si enim licite sint stipulationes pœnales circa negotia & facta, quæ natura sua nec honesta nec turpia, sed moraliter, ut loquuntur, indifferentia sunt, ad id ne fiant, & pœna solvatur si facta sint, §. *ult. Instit. de verbor. oblig.* longe magis probandæ fuerint, si interponantur pro arcendis iis, quæ aut naturali aut civili ratione turpia habita legibusque interdicta. Nam & cum mulier ab eo, in cuius matrimonium conveniebat, stipulata esset ducenta, si concubina tempore matrimonii consuetudinem repetisset; responsum fuit, nihil causæ esse, cur ex stipulatione, quæ ex bonis moribus concepta fuerat, mulier impleta conditione pecuniam adsequi non posset, *l. ex ea parte 121. §. mulier 1. ff. de verbor. oblig.* Quibus non contradicit Ulpianus, dum ait, si ob maleficium, ne fiat, promissum sit, nullam esse ex hac conventionione obligationem, *l. juris gentium 7. §. si ob maleficium 3. ff. de pactis*, cum non alius istorum verborum sensus sit, quam quod obligatio nulla nascatur ex ea conventionione, qua quis alteri promissit dare, si is, cui facta promissio, a maleficio abstineret, veluti, quando Titius Mævio centum promittit, ne is sacrilegium aut furtum faciat, neve hominem occidat. Nec mirum, cum & datorum repetitio tali in casu per conditionem ex turpi causa a jure concessa sit, auctore ipso Ulpiano in *l. ut puta 2. ff. de condict. ob turpem causam*, Johan. Papon lib. 10. tit. 1. arrest. 1. in notis, & in appendice arrest. 1.

3. Ceterum variz per leges Romanas pœnz in odium aleatorum constitutz sunt: nam qui domum præbuit ad ludendum, si eo tempore furtum ei domi suæ factum sit, vel ubicunque & quandocunque fuerit pulsatus, verberatus, injuriam, damnumve passus, sive a lusoribus, sive ab aliis, nec pœnalem nec rei persecutoriam eo nomine actionem habet. Colusoribus tamen hæc passis actiones haud denegatz; quamvis & hi indigni videantur, *l. 1. pr. & §. 1. 2. 3. ff. b. t.* Nec est, quod quis putet, ea ratione ad delinquendum unumquemque invitari: cum potius, si certiorum sequamur rationem, id ita cautum sit, ad vindicandum delictum eorum, qui aleatoribus præbebant occasionem locumque ludendi. Nam cum ad impediendum hunc ludum, propter frequentiam ejus, non sufficeret prætor ceterique magistratus, singuli ad puniendum aleatorum receptatorem auctoritate publicâ per edictum prætoris fuerunt armati; eo fere modo, quo id etiam factum in toto titulo, ac præcipue in *l. ult. ff. quod quisque juris*

*in aliorum statuerit*. Insuper domus, in qua lusum est, publicatur, *l. ult. C. b. t.* pecunia in alea amissa non exigitur, sed potius data super aleæ ludo cautio irrita est ac condici potest, quin & id, quod ex alea jam solutum fuit, repeti per ludentem aut heredes ejus, ut & per patrem vel dominum ejus, qui in alea amisit; vel per fiscum aut episcopum vel præsidem, erogaturum recuperata in publicos usus; vel denique per quemlibet ex populo intra annos quinquaginta, *l. ult. §. 1. ff. b. t. l. 1. ult. C. b. t.* ita ut non modo victor ipse, sed & heredes ejus ad restitutionem compellendi sint, *d. l. 1. C. b. t.* pater etiam ac dominus filifamilias aut servi victoris, saltem quatenus ex eo lucro turpi in peculio est, *d. l. ult. §. 1. ff. b. t.*

4. Adhæc cogens alterum ad ludendum, sive ab initio, sive dum victus victorem retinet, extra ordinem coercendus est, ita ut vel pecuniaria multetur multa, vel in latumias aut vincula publica ducatur, prætoris arbitrio, *l. 1. §. ult. l. 2. ff. b. t.* Sed & instigans servum aut filiumfamilias ad ludendum patri vel domino injuriarum tenetur, vel servi corrupti actione, *l. si quis servum 26. ff. de injuriis*. Denique si aleator in alea rem vendat, & evicta re conveniatur, emptorem exceptione venditionis in alea contractæ potest summovere, *l. si filiofamilias 2. §. 1. ff. quarum rer. act. non datur, l. in exceptionibus 19. §. ult. ff. de probation. Plane*, si quis ludendi mutuum in alea dederit pecuniam ludendi causa, mutuum repetere nuspiam in jure nostro prohibetur; & repetitionem istius mutui suadet argumentum ex *l. quod si servus 3. §. nec non 6. ff. de in rem verso*, ubi in rem domini versum Labeo ait, quod mutuatius servus domino emit volenti ad luxuriz materiam, unguenta forte, vel si quid ad delicias vel si quid ad turpes sumtus subministravit; eo quod non spectamus, an bono domini cesserit, quod consumptum est, sed an in negotium domini. Si enim de in rem verso actio detur, cum pecunia servo credita ad turpes sumtus domino per servum subministrata est, quidni & directæ competet ex mutuo conditio, ubi domino sine intermedio servi ministerio in turpem aleæ ludum mutuum datum est? Facit quoque eo, quod in *d. l. 2. §. 1. ff. quarum rerum actio non datur*, emtis in alea celebrata haudquaquam irrita dicitur, sed potius firma esse ac valida supponitur, ac sola de evictione actio emptori denegatur; quæ denegatio actionis de evictione inanis omnino fuisset, si non substitisset venditio in alea contracta; cum in eo casu, quo emptio nulla est, disputatio quoque de evictione ac lis nulla esse queat. Inventurque hanc sententiam *Parladorius rerum quotidian. lib. 2. cap. 7. num. 12. 13. Carpozovius practica criminali part. 3. quart. 134. num. 27. Berlichthus decis. 66. num. 6.* (dissentit *Groenewegen de ill. abrog. ad Pand. b. t. n. 6.*) Nec recte in contrarium adducitur *l. si quis cum sciret, §. ff. pro emptore*, in qua Julianus improbare videtur emtionem ab eo factam, qui pretium numeravit venditori, cum sciret ipsum id mox sorto daturum, quando ait: *si quis, cum sciret, venditorem statim pecuniam consumiturum, servos ab eo emisset, plerique responderunt, eum nihilominus bonæ fidei emptorem esse; idque verius est: quo modo enim mala fide emisit videtur, qui a domino emit? nisi*

forte & is, qui a luxurioso & protinus scortis daturis pecuniam servos emerit, non usucapiet. Etenim verba posteriora non tam priorum restrictionem continent, aut quamdam exceptionem, sed magis præcedentium confirmationem; ut ita sensus legis sit, bonæ fidei emptorem esse & eum, qui scit, venditorem statim pecuniam consumpturum; non enim posse videri male fide emisse, qui a domino emit: nisi quis simul vellet contendere, eum male fidei possessorem esse, ideoque nec usucapere posse, qui servos emit a luxurioso & protinus scortis pecuniam daturis; quod tamen falsum est; eo quod sola rei alienæ conscientia, non item pravi corruptique venditoris mores, emptorem efficiunt male fidei possessorem. Atque hinc illud tanquam singulare fuit adnotatum in minore, quod ille adversus venditionem rerum a se factam restitutus, emptori reddere pretium non tenetur, si is tunc numeraverit, cum eum perditurum non ignoraret: sicut etiam contingit in ea pecunia, quæ minori consumpturo credita est, vel meretrici ex mandato adolescentis luxuriosi numerata, ut fere ait Paulus in l. quod si minor 26. §. sed & si 4. ff. de minor. 25. annis, & Ulpianus l. si vero 12. §. si adolescentis 11. ff. mandati. Neque ab usu jurisconsultorum notorum, aut auctorum probatorum alienum est, phrasilogium illam nisi fore & ita in d. l. 8. ff. pro emptore occurrentem non restringendi sed illustrandi ac magis urgendi causa usurpare, ut id a Celsus factum in l. Labao 7. §. ult. in fine ff. suppellectile legata, & pluribus doceretur a Parladorio rerum quotidianarum lib. 2. cap. 7. num. 13.

5. Hec ita, si tertius quis aleatori in ludum mutuum numeraverit pecuniam, nec lex municipalis aut consuetudo constant contrarium induerit, uti id Antwerpia invaluisse constat, consuet. Antwerp. tit. 54. art. 19. Quod si a collussore victore id factum sit sive directo, sive per interpositam personam, vel etiam a colludentium receptatore, repetitionem talis crediti cessare, frequentius interpretibus placuisse video. Paria de Puteo tractatus de ludo n. 15. & seqq. ad n. 2. Caccialupus de ludo quas. 3. Stephanus Costa de ludo secto art. principali, Parladorius rerum quotidianarum lib. 2. cap. 7. n. 14. & seqq. Berlichius dec. 66.

6. Hodiernis tamen moribus vulgo non tantum aleæ aut aleatorum odium est (nisi quod ad advertendam rixarum occasionem veritum est sub pœnæ arbitrarie comminatione, ne quis aleam aliave similia aleæ ad ludendum instrumenta in navem bellicam inferre sustineat. Artikel-Brief rakende den oorlog ter Zee 1. Decemb. 1690. art. 56.), adeoque nec tanto excipiuntur rigore aleatores aut eorum susceptores, atque quidam jura civili. Nam neque domus nunc publicari solet, nec impune susceptori aleatorum injuria vel furtum fit, teste Groenewegio l. 1. §. b. 1. Manente interim eadem, quæ quondam, turpitudine; etiam illis ipsis in locis, quorum incolis olim ex privilegio permissus legitur aleæ ludus; uti id Delphensibus & Monachodamensis ex Comitum Hollandiæ concessione licuisse, refert Grotius manduct. ad jurisprudentiam Holland. lib. 3. cap. 3. numer. 116. ibique Groenewegen in notis. Quo fit, ut nunc, quicquid in alea amissum quidem at necdum solutum est, exactionem non habeat, nec de eo jus dicatur; & ex adverso quoque repetitio ejus, quod in alea am-

sum ac solutum est, haud indulgeatur; adeoque nunc illud obtineat in aleatoribus, quod jure communi Romano extra aleæ odium servatum fuit in casu, quo par promittentis & stipulantis, vel dantis & accipientis turpitudine erat (uti revera etiam in collussoribus turpitudine æqualis est), meliorem nempe pari in turpitudine possidentis quam petantis aut repententis conditionem esse; nec ex turpi causa promissi petitionem, nec soluti repetitionem dari, l. penult. ff. de condiçt. ob turpem causam, consuetudines Antwerp. tit. 54. art. 17. Hugo Grotius manduct. ad jurisprudentiam Holland. lib. 3. cap. 3. num. 117. Neostadius Curia Holl. decr. 58. Carpiovius tract. crim. par. 3. quest. 154. n. 26. Josephus de Sesse decr. Arragonia 164. n. 20. & n. 31. & seqq. Groenewegen de ill. abrogatis ad l. ad. b. 1. num. 1. 2. Eo excepto, quod in Indiam orientalem aut occidentalem navigantibus repetitio ejus, quod alea in navi amissum est, Ordinum generalium placito non uno invenitur concessa. Artikel-Brief van de Oost Indiische Compagnie anno 1658. art. 77. 78. vol. 2. placitor. pag. 1293. item anno 1672. art. 77. 78. vol. 3. pag. 1320. item Artikel-Brief van de West-Indische Compagnie anno 1675. art. 45. vol. 3. pag. 1351. Quodque consuetudines Antwerpenses solum repositi permittunt, quoties non numerata pecunia, sed vestes aut res aliz, certo pretio æstimatz, in alea sunt positæ & amissæ tit. 54. art. 18. Quo modo & olim Leyda atque Amstelodami jus fuit, ludentem ipsum ac uxorem ejus & consanguineos condicere potuisse, quicquid ultra argenti anciam aut æstimationem ejus alea perdidisset; teste Grotio Manduct. ad jurisprudentiam Holland. lib. 3. cap. 3. n. 114. 119. & Groenewegio ibidem in notis. Sane si falsitas in ludo commissæ, ac per hoc victoria obtenta probetur, vix est, ut non quibusque aleatoribus, sive in pecuniam sive in res alias quasque ludentibus, repetitio concedatur; quasi non tunc par sit colludentium turpitudine, ac præterea nec melior esse debeat conditio victoris possidentis, tum ludi probrosi tum falsitatis & doli opprobrio laborantis; dum sola ludi turpitudine in victo apparet, Groenewegen de leg. abrog. ad Pand. b. 1. num. 3.

7. Neque obligationi amissorum in alea necdum solutorum, sed tantum promissorum, de quibus victo fidem victor habuit, firmitatem addet, quod forte aleator fidejussores, aut pignora vel expromissores dederit collussori vincenti in quantitate amissæ securitatem: cum enim tota principalis obligatio ex alea descendens senatusconsulto Romano moribusque improbata sit, l. solem 2. §. 1. ff. b. 1. nec pignus accessorium tenere debet, nec in fidejussorem aliosque similes efficax actio danda est; sed potius repetendi pignoris licentia concedenda, etiam non soluto eo, quod amissum erat; idque argumento eorum, quæ de mulieris intercedentis fidejussoribus pignorbisque datis tradita inveniuntur, l. si mulier 16. §. 1. ult. §. si mulier 1. ff. ad Senat. cons. Vellejanum, Statut. Antwerp. tit. 54. art. 20. Parladorius rerum quotid. lib. 2. c. 7. n. ult. Ant. Matthæus de auctionibus lib. 1. c. 19. n. 75.

8. Quæ de datis aut promissis per colludentes dicta, ad eos quoque pertinent, qui de horum colludentium victoria sponsonem datione vel promissione iniecerunt. Quamvis enim Christino vol. 2. decr.

p3. Zypæo in *notitia juris Belgici*, lib. 3. t. ult. de *religijs & alea ludo*, aliisque placuerit, sponsones illas haud improbatas esse, quasi eo ipso contrahi censeretur emptio periculi, ac constitui periculi pretium, juxta l. *periculi pretium* 5. ff. de *nautico fœnore*; tamen penitus verba d. legis quintæ excutienti non potest non contraria opinio magis probari; eo quod ita demum periculi pretium constitui ibidem permittitur, si modo in alea speciem non cadat; cedit autem procul dubio in aleæ speciem sponsio super ipso aleæ ludo ac incerto ejus fortuitoque eventu facta; adeoque inhonesta plane hujus sponsonis causa est, sponsonem efficacem esse non sinens, l. si *gratuiam* 17. §. ult. ff. de *præscriptis verbis*. Et si enim circa ludos illos, in quibus de virtute certamen est, sponsonem facere liceat; in aliis tamen, ubi pro virtute certamen non fit, non licet, l. in *quibus* 3. ff. b. t. d. l. 17. §. ult. ff. de *præscriptis verbis*, sive secundum jam dicta de incerto aleæ eventu sponsio nat, sive extra aleæ ludum de rebus futuri quibuscunque, quarum dubius plane & incertus eventus est, non ab industria arteque humana, sed casu pendens. Quales sponsones ideo alea ludo exæquate sunt, sic ut moribus non magis de his, quam de illis jus dici soleat, (exceptis mercium assurationibus alibi) & velut in pari spondentium turpitudine melior possidentis quam petentis conditio sit, sive solutum sive promissum tantum fuerit sponsonis præmium victori propositum, Zypæus *notit. juris Belgici* lib. 3. t. ult. de *religijs & alea ludo*, in fine, Wisenbath ad l. *and. b. t. vol. 1. disput. 23. n. 18.* Groenewegen ad l. 103. ff. de *verbor. obligas.* ibique plures citati. Imo quibus in casibus amissi in alea repetitionem mares hodierni concesserunt, isdem etiam ejus, quod sponsonie perditum fuit, reposcendi potestas est; secundum placita Ordinum generalium antea de ludo aleæ allegata. Adde Groenium *manud. ad jurispræd. Holland. libr. 3. cap. 3. num. 114. 115.* Neque sponsonibus hiæc alium in jure Romano, ut quidam perperam censent, patrocinium est; licet enim & illo & hodierno jure subsistant omnino stipulationes conditionales, etiam in incertum plane ac casualem eventum conceptæ, veluti si navis venerit, si Titius ex prælio salvus redierit, si prælio Belgæ superiores sint, si intra certum tempus pax redeat, arg. l. a Titio ita 101. ff. de *verbor. obligation.* quo fundamento pro sponsonum justitia ac validitate in Frisia judicatum fuit, ac plures eandem tuerentur, Joh. a Sande *decis. Frisic. libr. 3. tit. 9. defin. 1.* Tuldenus d. ad tit. C. de *aleat. numer. 3.* Perezius ad *Cod. tit. num. ult.* Zoësius ad *Rund. b. t. unum. 10.* Simon van Leeuwen *cons. for. pars. 1. lib. 4. cap. 14. num. 21.* non tamen ideo valent in eundem casum existentem aut deficientem reciproce promissiones, sponsonem facientes; eo quod tunc incipiunt aleæ prohibita naturam induere: nec longe abeunt ab institutionibus captatoris, non minus hodie, quam jure civili reprobatis. Scilicet, ut institutiones heredum sub conditione etiam casuali valent, si modo instituens eo animo sit, ut hereditatem instituto quæsitam cupiat; ita quoque stipulationes conditionales subsistunt, ubi promissor id intendit primario, quod alteri velit ad dandum obligatus esse. Sed uti captatoris institutio inutilis est, quia tunc instituentis primarius scopus est, non alteri suam relinquere,

sed sibi alienam captare & acquirere hereditatem; ita quoque reciproca illa in eundem casum evententem aut deficientem promissiones inutiles censenda sunt; quia neuter promittentium id primario intendit, ut alteri obligetur; sed id unum, ut alium sibi reddat devinctum, non promissurus, si credidisset, se ex eventu obligatum futurum. Non magis certe institutioni contrarium est hereditatem velle acquirere, quam cum promissione pugnat animus acquirendæ obligationis.

9. Quod si penes sequestrem uterque spondens pecuniam aut res aliâs deposuerit, victori soli cessuras, & is secundum primam deponentium voluntatem victori reddiderit, vix dubium, quin ita penes victorem remanere debeant a sequestre præstita, quasi sine interposita sequestre persona victus victori amissa persolvisset. Plane ante solutionem a sequestre factam jure intercesserit tum victus, tum ante victoriam alteruter sponsonis ponens, ne victori sequester ea solvat, quæ ponens aut victus deposuit, quo facto, necesse foret, ut, quod quisque deposuit sponsonis causa, id ei a sequestre reddatur, quoties inhonesta sponsonis causa est, sic ut in aleæ ludum secundum ante dicta incidere videatur, l. si *gratuiam* 17. §. ult. ff. de *præscriptis verbis*, Ant. Mattheus de *obligation. disput. 11. num. ult.*

10. Ollas fortunæ quod attinet (vulgo *Loteryen*) etsi rarior ante apud nos earum usus fuerit, tanta tamen nunc, dum hæc scribo, in usum pauperum multiplicatorum frequentia est, ut jura earum a lippis magis atque tonsoribus, quam a Jurisconsultorum ordine didiceris. Et quod attinet sponsones illas, quas & Romani veteres, & prisci Hollandi seculis superioribus frequentatas inter ætorem & reum de victoria litis probantur, de iis dictum s. de *calumniatoribus circa fin.* Interim plura de alearum ludo & sponsonibus si quis desideret, videat Paridem de Puteo, Joannem Baptistam Caccialupum, & Stephanum Costam libellis singularibus de ludo simul impressis in tomo septimo Oc.ani juris, uti & Jul. Clarum *Sens. lib. 5. §. ludus*, Parladorium *ren. quotid. lib. 2. cap. 7.* Josephum de Sasse *decis. Regni Aragon. 144.* Herlichium *decis. 66.* Carpovium *practica criminali part. 2. quest. 134.* Straccham de *mercatura tractatu de sponsonibus.*

## TITULUS VI.

Si Mensor falsum modum dixerit.

### SUMMARIA.

1. Quomodo, & quibus, ac qua actione tenentur, qui falsum modum renunciarunt, jure civili & hodierno?
2. Tenentur & qui per alium renunciarunt falsum modum. Nihil refert, quales & qualium rerum memores sint, etiam tabularii in computatione, arimatores jurati in arimatione fallentes.
3. Actio hæc in falsum demum datur, si alia ad indemnitatem actionis deficient; nec contra bonos datur, nec contra eos, qui nondum renunciarunt modum, sed tantum mensurationem fecerunt.
4. Hæc quoque accusari potest, qui dolo falsum modum renunciat; & mensura iniqua per aediles frangi.



1. **M**ensores in finibus regendis aut cognoscendis aliisque multis negotiis adhibentur, ut modum seu mensuram renuncient; pro qua renuntiatione etiam salarium seu honorarium recipiunt, non mercedem, cum neque locatio hic sit, neque opera mercenaria, sed magis ea, quæ beneficii loco præbetur, *leg. 1. ff. hoc t.* Sed quia interest nostra, ne fallamur in modi renuntiatione, si quid tale contigerit, introducta est actio subsidiaria in factum, prætoriam, perpetua, quia initium rei non a circumscriptioe, sed a suscepto negotio originem accepit; *l. 1. hæc actio 4. ff. b. t.* quæ datur illis, quorum interest, sive emptores sint, sive venditores, aut alii quicunque per falsam modi renuntiationem in damno hærentes, eorumque heredibus, ad id quod interest, *l. si duobus 3. §. compris 1. & §. pen. ff. b. t.* Contra mensorem, falsum modum dolo vel lata culpa renuntiantem, non item levi; cum sibi imputare læsus debeat, quod eum adhibuerit, qui imperite aut negligenter versatus est: nisi locatione interveniente mercedem mensor percepit pro opera præstita, quo casu non quidem de levissima, sed de levi culpa tenetur, *l. 1. §. 1. ff. b. t.* atque ita hodiernis quæque moribus generaliter obtinuit, menses non ex dolo tantum, sed & ex imperitia vel negligentia in modo dicendo, teneri. Grotius *Manuduct. ad jurisprad. Holland. libr. 3. cap. 57. num. 17. & seqq.* Si plures renuntiaverint, in solidum quidem in singulos actio est; sed unus præstatione ceteri liberantur, *l. si duobus 3. pr. ff. b. t.* Servo mensori renunciante, vel de peculio vel noxale judicium datur, cum neque delictum proprie neque contractus hic sit; sed initio quidem inspecto magis ad contractus, tanquam negotium susceptum, pertinere videatur; exitu vero considerato doli ac circumscriptio, adeoque quædam delicti species, *d. l. 3. §. ult. l. 4. ff. b. t.*

2. Nec interest, utrum per se an per alium renuntiaverit; ex substituti enim dolo tenetur; sive ei solam commiserit renuntiationem; sive cum renuntiatione ipsam quoque mensurationem, *l. 1. §. ult. l. 2. ff. b. t.* Nec, utrum mensor machinarius sit, qui machinula mathematica utitur, an decempedator, qui decempedalem perticam adhibet, an alius, qui alio mensuræ genere interveniente modum denunciat; sive enim mensor in agria, sive in ædibus, sive in viarum itinerumque latitudine, sive in frumenti ac rerum reliquarum fungibilium quantitate, sive in computatione & calculo tabularius, sive in operis admensuratione architectus aut redemptor operis fefellerit, adversus eum hæc actio datur, etiam si tabularii operumque redemptores menses non sint, *l. si mensor 5. §. ult. l. 6. l. 7. pr. & §. seqq. ff. b. t.* Nec forte perperam his accensueris æstimatores rerum, qui jurati faciunt æstimationem, si iniquam renunciant. Vide *novell. 64. & Cujacium ad eam.*

3. Non aliter tamen conveniendus hac actione qui falsum renuntiavit modum, quam si læsus alia actione consequi nequeat ab alio indemnitate; cum hæc subsidialis sit; ut proinde prius ex cetero actio vel indebiti conditio, aut alia similis juris remedia ordinaria tentanda sint, antequam ad hæc deveniatur, *l. si duobus 3. §. 2. de 3. l. si mensor 5. §. 1. ff. b. t. l. ult. 18. §. de 10. 5. ff. de dolo.* Sed nec contra heredes renunciantis hæc actio competit,

*l. si duobus 3. §. pen. ff. b. t.* nec ei locus erit, si mensor non renunciaverit, sed tantum perperam mensuram fecerit; cum in renuntiatione falsæ mensuræ delictum consistat, *l. 1. §. ult. ff. b. t.* Si tamen dolo malo renuntiationem, mensor protraxerit, & læsus inde fuerit is, cui modus renunciandus erat, actio de dolo dari potest, *l. si mensor 5. pr. ff. b. t.* ubi pro liberetur legendum esse ladeoitur, suadet sensus legis: si enim venditor liberatur fuisset, cum nullum tunc posset damnum sentire, etiam de indemnitate, aut ad id, quod interest, actione doli opus non esset.

4. Ceterum ipsas mensuras falsas seu iniquas auctoritate magistratus, præcipue ædilkum, frangendas fuisse, colligi potest ex *l. item quaritur 13. §. si quis mensuras 8. ff. locati*, & in falsi crimen etiam incidere eum, qui sciens prudens falsum modum dixit, & velut ex crimine extraordinario accusari posse, colligi potest ex *l. pen. §. 1. ff. ad leg. Cornet. de falsis, l. annonam 6. §. ult. ff. de extraord. crimin. l. medios 9. l. ult. C. de susceptor. quandoque & in furti vitium, *l. si quis uxori 52. §. majora 22. ff. de furtis.* Adde Menochium *de arbitrar. judic. casu 317.* Rittershusium *ad novellas part. 3. cap. ult. in fine.**

## TITULUS VII.

De Religiosis & sumtibus funerum, & ut funus ducere liceat.

## SUMMARI A.

1. Quis sit locus religiosus? quis eum possit facere? an servituti realem debens, si noceat domino prædii dominantis? an fructuarius invito proprietario, aut vice versa?
2. De cenotaphio. Illatione thesauri non fieri locum religiosum; & de pretiosorum cum cadavere illatione.
3. Qua actione teneatur, qui cadaver non jure illatum privata auctoritate eiecit? qua actione teneatur, & quibus, qui non jure cadaver intulit?
4. Locus illatione cadaveris religiosus factus, desinit esse in commercio. An tunc usucapi? an & quotenus legari vendi? & quo respectu videatur in nostra esse potestate?
5. De sepulchris familiaribus & hereditariis, acבודניס. An filius enteredatus in ea inferri possit? Et ubi secundum jus canonicum quisque sepeliri possit?
6. Quibus modis loca desinant religiosa esse?
7. Qui debeant defuncti funus curare; quid juris, si non curent illi, quibus id testator mandavit?
8. Quid sit actio funeraria pro repetendis impensis in funus? est ex quasi contractu. Cui detur, & contra quos? an & contra maritum pro rata læcri quod ex dolo capis?
9. Impensæ funeris omne creditum sive obirographarium sive hypothecarium antecedit, cum bono solvendo non sum.
10. An & id prælationem habeat, qui res funeri necessarias vel mutuam pecuniam credidit ei, qui funus fecit?

11. *An & it, cui actio funeraria cessa est?*  
 12. *An actio funeraria privilegiata etiam ei desur, qui prohibente herede funus fecit, vel cum putaret, se heredem esse?*  
 13. *An repeti possit sumtus in funus, si pietatis intuitu, vel nimis parce, vel immoderate factus sit? Et quid si id factum sit ex praecepto testatoris?*  
 14. *Recensentur plurima, quae ad impensas in funus pertinent. An & vester, quibus conjux conjugem legit?*  
 15. *An & impensa in morbum postremum, an & in morbos anteriores, ex quibus defunctus convalesceret? impensa morbi postremi communiter feruntur per heredem defuncti conjugis & viduum viduamve superstitem, velut onus maritoni.*

1. **L**ocus religiosus est, in quo cadaver, sive liberi hominis, sive servi, aut praecipua ejus pars, puta caput, est reconditum, l. locum 2. l. cum in diversis 44. ff. b. t. si modo non temporis gratia depositum, sed quasi aeterna sede dari destinatum sit, l. divi fratres 39. & l. 40. ff. b. t. atque insuper inferatur in locum proprium, aut in alienum, domino permittente, in communem socio consentiente, non eo invito: nisi aut commune sepulchrum sit, aut, cum locus purus esset, socius ipse sepeliendus sit alio commodo ad sepulturam loco destitutus, ff. religiosum 9. Instis. de rerum div. l. si plures 41. ff. b. t. Locum debentem servitutem realem dominus, invito eo, cui servitus acquisita, religiosum non facit; nisi dominus praedii dominantis non minus incommode per alium locum servitute uti possit, l. locum 2. ff. b. t. Nec locum usufructuarii proprietarius, nisi consentiente usufructuario; nec usufructarius, nisi proprietarii voluntate, l. locum 2. ff. si usufructum 7. l. sum persona 43. ff. b. t. l. locum autem 17. ff. de usufructu & quemadmod. quis utat. eo excepto, quod, usufructu fundi legato, heres ipsum testatorem in fundo usufructuario jure sepeliat, quoties in alium locum inferri tam opportune non potest, d. l. locum 2. ff. si usufructum 7. ff. b. t. vel omnium bonorum usufructus legatus est, sive uni, sive diversis; quo casu heres eligere potest, invito usufructuario, in quem fundum inferre velit, usufructuario tamen indemnitate praestitutus, l. ult. ff. b. t. Nec aliud juris est, si testator plenam fundi proprietatem alteri legaverit; sive enim pure sive sub conditione proprietatem legato data sit, heres ne pendente quidem conditione extraneum vel testatorem ipsum inferre potest; nec inferendo religiosum facit l. si locus 34. ff. b. t. nisi & hic testator in locum alium inferri tam opportune non potuerit, quo casu legatario salva est ad indemnitatem actio, alio modo sit in hereditate, unde indemnitas servetur, l. scriptus heres 4. l. & si quis 14. ff. i. in fin. leg. ult. ff. ult. ff. b. t.

2. Cenotaphium, seu inane sepulchrum, quia prope sepulchrum non est, sed monumentum memoriae equae factum, non religiosum, sed puris locis annumerari oportere, contra Virgilium divi fratres rescripserunt, l. in tantum 6. ff. ult. l. 7. de divitiarum rerum, l. vel quod 13. ff. si adhib. 1. l. monumentum 42. ff. b. t. unde nec venditio ejus aut donatio aut

alienatio alia prohibita est, d. l. 6. si adhib. 1. ff. b. t. l. si sponsus 5. ff. secundum hac 10. ff. de donat. inter vir. & uxor. Et quamvis illatione cadaveris aut reliquiarum post insecuta ex cenotaphio sepulchrum nat, d. l. 42. ff. b. t. sola tamen illatione thesauri locum religiosum non fieri, Marcianus notat; quia, quod sepelire quis prohibetur, id religiosum facere non potest, l. lege Julia 4. ff. non sit 6. ff. ad leg. Jul. pecula. Etsi enim ornamenta, pecuniam, aliaque his similia simul cum corporibus inferre tumulo, hominum simpliciorum mos fuerit, l. ul. ff. ult. ff. de auro, arg. leg. & si quis 14. ff. non autem 5. ff. b. t. tamen constitutionibus id vetitum dicitur, d. l. 4. ff. 6. ideoque & voluntates defunctorum circa vestium aut rerum aliarum in tumulum illationes, ineptas esse invalidasque, Papinianus respondit l. servo alieno 113. ff. de legatis 1. ac praeperta talia morientium impune per heredes aut alios, quibus demandata funeris cura, potuisse sperni atque negligi, patet ex l. ult. ff. ult. ff. de auro, arg. legato, l. 5. C. de his quib. ut indign. Confer de pretiosis in tumulum congeri solitis Demostrium in notis ad Rosini Antiquit. lib. 7. cap. 31. fore circa finem.

3. Ceterum, si quis cadaver aut reliquias intulerit in locum, in quem inferendi jus non habebat, etsi locum religiosum non faciat, l. si quis putans 6. ff. si quis 6. ff. communi dividundo, l. invito, 2. C. b. t. non tamen loci dominus inde sine Principis aut Pontificis auctoritate (vel ex una hodierno sine consensu aëconomorum, Templi, Groenewegen ad l. 14. C. b. t.) eruere potuit, eo quod ipsa ossium translatio aliud religionis in se continet; alioquin injuriarum actione tenetur, qui eiecit vel effudit, l. oras 8. ff. b. t. l. nemo 14. C. b. t. (Confer Paulum recepti. sen. cons. lib. 1. c. ult.) sed potius quod talem illationem non jure factam producta est in factum actio praetoria, l. locum 2. ff. praetor. ait 2. ff. b. t. perpetua, hereditas & in heredes competens, ad id, ut cadaver tollatur, vel loci aut aëculae pretium praestetur, l. bis, qui in alio 7. pr. & ff. 1. ff. b. t. qua experitur dominus loci, & usufructarius aut aliam habens servitutem illatione impeditam, & socius, quibus invititis aut ignorantibus secundum auct dicta mortuus illatus est, leg. locum 2. ff. si usufructum 7. l. ossa 8. ff. nec solum 4. ff. b. t. l. si quis putans 6. ff. si quis 6. ff. communi dividundo. Nec socii intuitu contrarium evinci potest ex d. l. locum 2. ff. 1. ff. b. t. cum ibi generaliter inquiratur, an socius ob illationem cadaveris in locum communem purum factam socio teneatur? ac simpliciter respondetur eum familiae circumspectae vel communi dividundo actione teneri: non tamen exclusam hac in factum actionem, quam etiam dari, aliunde constat ex d. l. 6. ff. 6. Qua ratione & actionem pro socio ex hac causa in socium competere, Pomponius scripsit; l. si fundus 39. ff. pro socio, atque ita in casu non dissimili trium actionum concursum notavit Ulpianus l. si quis servum 9. pr. ff. de servo corrupto. Non tamen bona fidei possessori, aut creditori, cui fundus oppignoretur, hac in factum actio tributa est; cum possit debitor invito creditore & mortuum inferre, & ipse inferri, ac sola ei denegata inveniatur facultas concedendi alteri inferendi jus invito creditore, l. locum 2. ff. 1. & ult. l. 3. ff. b. t. Potest & inferens in lo-

vum alienum quandoque ad pœnam pecuniariam condemnari; etiam modico coerceri, si dolo malo id fecerit in locum mibis publicis destinatum, l. locum 2. §. prater ait 2. l. ossa 8. §. si in locum 2. §. b. t.

4. Contra vero, si cadaver eo illatum sit, quo inferendi jus est, locus uti religiosus sit (non totus, sed quatenus corpus humanum est, aut locus, tanquam religiosus est definitus, d. l. 2. §. sepulchrum est 5. §. b. t. l. locum quidem 9. C. b. t. l. edo sacra 73. §. 1. ff. de contrab. emt. l. ult. §. pen. ff. quod vi aut clam. Confer Brissonium select. antiquit. lib. 2. cap. 15. & 16. & commentatores ad Horatii lib. 1. satyr. 3.) ita quoque commercis hominum incipit exentus esse; sic ut nullus eum, tanquam suum ex jure Quiritium vindicare queat, l. in rem actio 23. §. 1. 7. quia religiosi 43. §. de rei vindic. l. si sepulchrum 4. C. b. t. nullus etiam ei servitutem imponere, l. servitutis 14. §. ult. ff. de servit. l. ult. §. si quis 4. ff. quod vi aut clam, nec longa possessione jus sepulchri tribuatur illi, cui jure non competit; l. pen. ff. de morsuo inferendo, nec vendi vel donari ita possit, ut dominii jure in eumtorem transeat; nec pignori obligari, l. invito 2. l. locum 9. C. b. t. l. bacilegem 22. in fine l. 23. ff. de contrab. emt. vendit. l. 1. C. de sepulchro violato, arg. l. ossa 8. §. si locus 1. §. b. t. In quantum tamen habemus jus inferendi mortuum in nostrum sepulchrum, illud eo sensu nostrum dicitur, ac quisque mortuum inferre in locum suum, §. religiosum 9. Instit. de rerum divis. & interdictum de locis religiosis continere causam quasi proprietatis, l. interdictorum 2. §. quadam 2. ff. de interdict. si eo extraord. act. jus sepulchri ad heredes transire; l. jus sepulchri 13. C. b. t. restituta hereditate aut ablata heredi, tanquam indigno, jura sepulchrorum apud heredem remanere, l. quia pertinet 42. §. 1. ff. ad senatuscons. Trebell. l. si quis fuit 55. §. b. t. Hinc quoque, licet monumentum ipsum legari nequeat, jus tamen mortuum inferendi legare quisque potuit, l. monumenta 14. C. de legatis, etiam titulo venditionis alioque simili in alium transferre, manente loci religione, dum una cum fundo, in quo sepulchrum est, illud transfert velut fundi accessionem, adeoque locus religiosus non specialiter venit, sed emtioni majoris partis accedit, l. in modicis 24. ff. de contrab. emt. Quemadmodum ex adverso ex eodem fundamento venditor fundum vendens, in quo locus religiosus est, nominatim sibi excipere atque servare potest sepulchri jus, lege addita venditioni, nihil sacri aut religioni venire, l. hanc legem 22. ff. de contrab. emt. quo ipso simul etiam post venditionem adeundi sepulchri jus ei salvum esse Romani voluerunt, legibus scilicet vendendorum pradiorum dictantibus, ut ad sepulchra, que in fundo sunt, iter ei, aditus, ambitus, funeris faciendi sit, l. utimur 5. ff. de sepulchro violato.

5. Sepulchra Romani distinxerunt in familiaria & hereditaria. Illa dixerunt, quæ sibi familiarique sua constituit: hæc, quæ quis sibi heredibusque suis; l. familiaria 5. l. 6. ff. b. t. l. si sepulchrum 4. l. jus familiarium 8. l. jus sepulchri 13. C. b. t. Brissonius select. antiquit. lib. 1. cap. 14. Quo respicit Seneca Tragicus cum in Troadibus, actus 3. scen. 1. vers. 484. Andromachen ita loquentem inducit:

*Verendus hosti, mole quem immensa parens  
Opibusque magnis struxit in luctus suus.*

In luctus suos; id est, ut morientes ex familia quorum obitum lucturus erat, ibidem deponeret. Nec longe ab his abeunt nostratia, plerumque in templis haberi solita; quæ etiam venditione ita transferri, ut euntor deinceps mortui inferendi jus habeat, manente interim pristina loci religiosi natura, res expedita est; & notat Groenewegen ad §. 7. Instit. de rer. divis. in quæ sepulchra nostratia, tanquam hereditaria, etiam filius exheredatus, non obstante exheredatione, sepeliri potest; nisi id specialiter testator justo odio commotus vetuerit, l. vel quod 6. in in med. ff. b. t. Ant. Faber Cod. libr. 3. tit. 25. defin. 10. in notis in fine. Neque pratermittenda hac occasione videntur, quæ de sepulchris jure canonico inveniuntur disposita, liberam scilicet cuivis esse electionem, quo in loco sepeliri velit, salva paraciali ecclesiæ emolumentum parte, cap. 1. cap. cum liberum 6. cap. in nostra presentia 10. extra, de sepulchris, sed si de electione tali non constet, eam tumulo majorum inferri oportere, d. cap. 1. extra, de sepulchris, cap. 12; quæ habet 3. 4. de sepulchris in 6. uxorem viro sepultura sociandam esse; & si pluribus juncta fuerit, cum postremo, cujus domicilium & honorem retinuit, tumulandam, d. cap. 3. in fine de sepulchris in 6. cap. Ebron. 2. causa 13. quasi. 2.

6. Destinunt loca religiosa esse, si jussu Pontificis aut Principis, quandoque etiam astimatione Præsidis, cadaver aut reliquiæ alio translate sint, arg. l. 1. l. pen. C. b. t. l. ossa 8. ff. b. t. vel ipsa loca ab hostibus capta; quo tamen casu superest postliminii spes, l. cum loca 36. ff. b. t. sepulchra 4. ff. de sepulchro violato.

7. Ceterum funus eum facere oportet, quem decedens elegit; quidam enim, inquit Seneca de brevitate vitæ in fine, disponunt etiam illa, quæ ultra vitam sum, moles magnas sepulchrorum, & operum publicorum dedicationes, & ad regum munera & ambitorias exequias. Idque subinde etiam non sine justa ratione, dum metuunt, ne illi aut negligentes nimis sint, aut parci, ad quos ea res pertinet. Tam rara, ait Plinius lib. 9. epist. 10. in amicitiiis fides, tam parata obitio mortuorum, ut ipsi nobis debeamus conditoria extruere, omniaque bæredum officia præsumere. Quod si electus non paruerit voluntati defuncti, repellitur ab emolumento, quod ob hoc ei relictum est, l. si quis sepulchrum 12. §. funus 4. ff. b. t. aut si relictus jam acceperit, nec tamen funus duxerit, vel actione doli restituere, vel extra ordinem a prætore funus ducere compellitur, l. & si quis 14. §. si cui 2. ff. b. t. quod non correctum per l. non oportet 5. C. de his quibus ut indignis, cum illa de his agat, qui modum funeris a testatore præscriptum non servarunt, quia forte stolidus aut ineptus erat, ideoque non implendus; quales occurrunt in l. ult. §. ult. ff. de auro, arg. legato, l. & si quis 14. §. non autem 5. ff. b. t. l. servo alieno 113. §. ult. ff. de legatis 1. §. quidam 27. ff. de condition. Instit. Si nihil mandatorio relictum sit, nullam neglectæ voluntatis pœnam subit, d. l. 12. §. 4. ff. b. t. Si defunctus nulli delegaverit funerandi munus, heredes scriptos ea res continet; si nemo scriptus est, legitimos, vel cognatos quosque suo ordine, quo succedunt, d. l. 12. §. 4. ff. b. t. His quoque cessantibus, magistratus

*Est tumulus ingens conjugis cari sacer,*

officium est curare, ut defunctus funeretur ex pecunia rebusve suis, *d. l. 12. §. ult. l. 13. ff. b. t.* Quin imo, quilibet, ad quem funus proprie non pertinet, utcumque plane extraneus, funus facere potest, ne insepulta cadavera jacerent; impensas actione funeretur, *d. l. 12. §. 3. ff. b. t.*

8. Quæ funeraria actio est subsidiaria, aliis demum actionibus deficientibus accommodanda, *l. et si quis 14. §. Labeo ait 12. ff. b. t. rei p. secutoria, perpetua, l. filiusfamilias 31. §. ult. ff. b. t. bona fidei;* ex quasi contractu; quippe species actionis negotiorum gestorum, *l. et si quis 14. §. fortassis 9. et §. idem Labeo 13. ff. b. t. atq. l. ait prætor 3. §. bac verba 6. ff. de negotiis gestis,* in quantum scilicet impensa funeris non defuncti, sed hæredis, ad funerandum obligati, et alienum esse, et funus ad heredem pertinere dicitur, *l. filiusfamilias 19. junct. l. et idem 7. §. illud 3. ff. de in rem verso,* ac proinde, quod Ulpianus scripsit, qui propter funus aliquid impendit, cum defuncto contrahere creditur, non cum barede, *l. l. ff. b. t.* non alio sensu accipiendum videtur, quam quod impendens propter defunctum magis, pietate ductus, quam propter heredem sumtus fecisse credendus sit; ad id ut impensa talis non ex heredis sed defuncti bonis præstetur, quo is non de alieno sed de suo funeretur, juxta *d. l. i. si quis 12. §. hoc editum 3. et §. i. si quis 14. §. 1. in med. ff. b. t.* unde & ex bonis defuncti deducenda fuit impensa funeris, antequam falcidia ratio iniretur, *§. ult. Inst. de leg. Falcidia,* uti & per heredem, inventario confecto hereditatem adeuntem, *l. ult. §. in computatione 9. C. de jure delib.* Competit autem hæc actio ei, qui in funus impendit, vel impendi mandavit; soli enim mandanti tunc, at non mandatario datur, cui contra mandantem mandati actio est: nisi pupillus sine tutoris auctoritate mandasset, atque ita mandatum esset ipso jure nullum; quo casu utilis actio danda ei, qui impendit; *d. l. et si quis 14. §. qui mandatus 15. ff. b. t.* idque generaliter adversus eos, ad quos funus pertinet, hæredes civiles vel prætorios, *l. et si quis 14. §. ult. l. 15. ff. b. t. dominos, & patres,* quorum servi aut filiifamilias funerati sunt, ut tamen ante patrem conveniendi sint, hæredes filiifamilias si quos habeat in suis pecuniis, *leg. in patrem 21. l. i. si filiusfamilias 31. pr. et §. 1. ff. b. t. & maritus filiifamilias pro ea parte, qua dotem lucratus est.* Considerandum enim, Romanis placuisse, ut non modo tunc, cum uxor inops & indotata fuit, ac sine herede decessit, onus funerandi uxorem pertineret ad maritum, saltem in id, quod facere potest, impendendi in funus uxoris suæ condemnandum, quia injuria ejus videretur, quondam uxorem ejus insepultam relinqui, *l. quod si nulla 23. ff. b. t. (quod & moribus servatur, Jacob. Coren observat. 33. num. 61. 62. Abr. a Wesel de conubiali bonorum communione tract. 2. cap. 3. num. 105. et seqq.)* sed & ut in opulentia ac patrem aut hæredes alios habentis uxoris funus conferret pro rata lucris penes eum ex dote remanentis; sic ut illa ex dote, quæ penes maritum remanet, & ceteris suis bonis funeranda fuerit, proportionem ea, ut, si in dote, mariti lucro cedente, centum sint, in hereditate ducenta, duas partes heres, unam vir conferre teneretur, ne deductis quidem prius per testatorem legatis, aut servorum manumissorum pretiis, aut are alieno, *l. Celsus scribit 22. et §. seqq. ff. b. t.*

Quod jus nostris moribus non videtur servari, dum maritus ratione lucris, quod ex dote vi pacti dotalis aut statuti capit; donatarii potius aut legatarii, quam successoris universalis loco habetur. Groenewegen *leg. abrog. ad l. 16. ff. b. t. & plures ab eo citati, D. Someren de jure novellarum cap. 8. n. 1.*

9. Cohæret huic actioni privilegium prælationis, dum favore sepulturae inductum fuit, impensam funeris semper ex hereditate deduci & omne creditum præcedere, cum bona solvendo non sunt, *l. impensa funeris 45. ff. b. t.* summa namque visa fuit esse ratio, quæ pro religione facit, *l. sunt persone 43. in fine ff. b. t.* In quam sententiam etiam a Paulo recepta. *libr. 1. tit. ult. verbis generalissimis scriptum est, quicquid in funus erogatur, inter al. alienum primo loco deduci.* Ut proinde audiendi non sint, qui prælationem ad chirographarios restringunt creditores & hypothecarios hoc creditum in funus postponunt; moti rescripto Imperatorum, definiente, eos, qui acceperunt pignus, cum in rem actionem habeant, privilegii omnibus, quæ personalibus actionibus competunt, præferri, *l. eos, qui 9. C. qui potiores in pign.* Primo namque restrictionem talem non facile admitterint tam absoluta & generalia Mæciani in *d. l. 45. & Pauli effata.* Deinde refragatur ei, quod Ulpianus cum Pomponio tradidit, si colonus vel inquilinus mortuus sit, nec sit unde funeretur, ex illatis investis eum funerandum esse, & si quid superfluum remanserit, hoc pro debita pensione teneri, *l. et si quis 14. §. si colonus 1. ff. b. t.* Cum enim constet certo, inquilini investa illata urbanum in prædium tacite pro pensionibus domino ædium locatori pignori obligata esse, coloni res expressa conventionione teneri rusticorum prædiorum locatori, *l. eo jure 4. ff. in quib. caus. pign. vel hypot. tacite contrab.* alterum necesse fuit, puta, aut credentem in funus locatori ædium vel fundi hypothecam habenti non præferri; aut, si potior sit, (uti textus habet) generaliter a jurisconsultis dicta etiam generaliter de prælatione ante omnes tam hypothecarios, quam chirographarios tantum restringi. Juvatque hanc sententiam, quod in *l. ult. §. in computatione 9. C. de jure deliberandi,* heredi, cum inventario adeunti, data fuit licentia excipiendi & retinendi quicquid in funus expendit, vel in testamenti insinuationem, vel inventarii confessionem, vel in alias necessarias causas hereditatis: in reliquis vero, si quid defunctus ei debuerit, similem eum aliis creditoribus fortunam habere debeat. Constat etenim, necessarios sumtus ita ante omnia credita quantumcumque privilegiata venire, ut ne patrimonium quidem esse intelligatur, nisi deducto eo, quod explicandarum venditionum causa, aut aliter necessario impensum est, *l. quod privilegium 8. ff. depositi, l. quantitas 72. ff. ad leg. Falcid.* Si ergo cum his impensis simul primo loco positus funeris sumtus per heredem secundum *d. l. ult. §. 9.* deducendus sit, quis quæso, amplius dubitandum putaverit, quin & omnia creditum antecedere debeat, cum bona solvendo non sunt? Quibus consequens est, ut fateamur quidem, in *d. l. 9. C. qui pot. in pignore,* regulam tradi; ab illa autem regula exceptionem ponamus in credito funerario, religionis favore. Garzias *de expensis et moliorat. cap. 8. num. 18. 23. et seqq.* Jacobus Coren *observ. 33. num. 25. et seqq.* Berlichius *conclus. præf. part. 1. conc. 64. num. 64. et seqq.* Carpeovius *defin.*

for. part. 1. const. 23. defin. 39. Ant. Matthæus de  
audition. libr. 1. cap. 19. num. 8. et 7.

10. Neque interesse puto, utrum quis res funeri  
faciendo necessarias crediderit, an heredi aut alteri  
funeranti mutuum dederit pecuniam funerandi grata,  
si modo nominatim in eum usum credita, ac re ipsa  
quoque in id erogata doceatur. Si enim legalem hy-  
pothecam et pralationem inter creditores non ille tan-  
tum habeat, qui domino adium materiam refectio-  
nem necessarias credidit, sed & qui vel adium domine  
vel redemptori operis ex domini mandato pecuniam  
ob restitutionem adificii mutuum dedit, l. 1. ff. in  
quib. causis pignus vel hypot. tacito contrahitur, l. si  
centri 24. §. divus 1. ff. de rebus auctor. jud. possi-  
dendis, ratio non apparet, cur non eodem modo pri-  
vilegiatus esset, qui nummos in funus vere expensos,  
quam qui res ad funus requisitas, funeranti submi-  
nistravit, Gratianus discip. for. cap. 94. num. 11.  
et sequentibus.

11. Et quoque, cui per credentem in funus cessa-  
vit actio funeraria, privilegium pralationis ante alios  
creditores haud videtur denegandum. Etsi enim pri-  
vilegium hoc pralationis, quod coheret actioni fune-  
rariæ personale dici possit, in quantum nullum ius  
hypothecæ a lege datum invenitur; tamen, quia non  
contemplatione personæ creditis indultum est, sed  
magis causæ intuitu ac sepulture favore; adeo ut et-  
iam ad heredes creditis reliquosque successores trans-  
eat, l. si futuræ familiæ 31. §. ult. ff. b. t. nihil ve-  
tat, quo minus & cessionario prodesse debeat. Nam  
& restitutionis beneficium, quod minoribus laicis in-  
dulgeri consuevit, uti ipsorum prodest heredibus, l.  
minor autem 18. §. ult. l. 19. ff. de minor. 25. annis,  
ita quoque his, quibus suum minores ius cesserunt,  
utile esse, patet ex l. quod si minor 24. pr. ff. de mi-  
nor. 25. annis, l. alterius 20. §. 1. ff. de tutor. et re-  
sion. distrab. l. si minoris 25. ff. de admin. et peric-  
sator. cum tamen restitutionis beneficium magis, quam  
actionis funerariæ privilegium, personæ intuitu con-  
cessum sit, adeo ut mixtum inter personæ & rei be-  
neficia vel jura causam obtinere censeatur. Denique  
si in omnibus causis id observetur, ut, ubi personæ  
conditio locum facit beneficio, ibi deficiente ea be-  
neficio quoque deficiat; ubi vero genus actionis id  
desiderat, ibi, ad quemvis persecutio ejus devenit,  
non deficiat ratio auxilii, l. in omnibus causis 68. ff.  
de regul. juris, necesse fuerit, ut hæc quoque non per-  
sonæ, sed actionis funerariæ, prerogativa iis salva  
sit, in quos actio cessione translata est. Adde l. qua-  
situm est 17. pr. ff. de reb. auct. jud. possid. Bron-  
chorst enant. cont. 4. assert. 90. Ant. Matthæus de  
auct. lib. 2. cap. 8. num. 31. in medio.

12. Nec actione hac funeraria vel privilegio ejus,  
carere debet, qui prohibente forte herede funus cu-  
ravit; si modo vel cura humani ei a defuncto man-  
data sit, vel hæres ipse diutius cessaverit in pio fu-  
nerandi officio præstando, l. & si quis 14. §. idem  
Labbe 13. ff. b. t. Uti nec, qui funus fecit, cum se  
heredem esse, adeoque ad se funus pertineret, puta-  
ret, si postea hereditatis petitione victus heredi ve-  
ro hereditatem restituerit, impensis funeris haud de-  
ductis, d. l. 14. §. si quis, dum 11. l. si possessor  
32. ff. b. t. Quod utrumque singulare quidem est,  
ac ab ordinaria actionis negotiorum gestorum natu-  
ra alienum, quippe in qua repetitionem sumptuum non

habet, qui inviti & prohibentis negotia gessit, l. ult.  
Cod. de negotiis gestis, l. si pro te 40. ff. mandati,  
quive aliena tractavit ut sua, uti dictum iii. de ne-  
got. gestis, sed ob sepulture favorem placuit, non  
meram hic negotiorum gestorum actionem imitari,  
sed solutius aquitatem sequi, d. l. 14. §. idem Labbe  
13. in fine ff. b. t.

13. Cessat tamen repetitio impendiorum in funus,  
si pietatis intuitu sine animo repetendi funus defun-  
cto factum sit; quod ex conjecturis æstimandum est,  
considerata affectione in defunctum, aliisque; sed  
quia conjecturæ hujusmodi fallaces sæpe sunt, con-  
sultum funeranti est, ab initio testari, quo animo  
funeret, ne postea patiat questionem d. l. 14. §. sed  
interdum 7. 8. & §. 9. ff. b. t. Et quia defunctum  
unumquemque pro facultatibus suis ac dignitate fu-  
nerari conveniens est, l. si quis sepulchrum 12. §.  
pen. ff. b. t. ideo sumptuum rationem iudex non ha-  
bebit, si forte nimium modici, ac parce nimis in con-  
tumeliam defuncti hominis locupletis facti sint, sic  
ut non in honorem sed injuriam ac dedecus defun-  
cti hic sumptus cesserit, d. l. 14. §. iudicem 10. ff.  
b. t. Rebusus ad consil. reg. tom. 1. de sentent.  
provisional. in prefat. num. 52. 53. Uti vice versa im-  
moderatorum quoque impendiorum, facultates & con-  
ditionem defuncti superantium, repetitionem concedi  
non oportet; sed tantum eatenus, quatenus ex æ-  
quo & bono in hominis istiusmodi funus impenden-  
dum fuerat, arbitrio iudicis definiendum. Neque  
immodice erogantem juvabit, quod id fecerit ex te-  
statoris præscripto ac voluntate: nam uti stolidæ at-  
que ridiculæ defunctorum elogia implenda non sunt;  
ita nec voluntati ipsorum parendum in eo, quod ius-  
tam egreditur sumptus rationem, l. & si quis 14. §.  
hæc actio 6. junct. §. non autem 5. ff. b. t. l. ser-  
vo alieno 113. §. ult. ff. de legatis 1. l. quidam 27.  
ff. de condit. institution.

14. Funeris causa sumptus proprie factus intelli-  
gitur non ille, qui ad meram ostentationem ambitio-  
nemque spectat, veluti cum præter id, quod monu-  
menti, id est, causæ muniendi ejus loci, in quo ca-  
daver impositum, factum est, insuper amplum quid  
adificatum fuit, quales sunt in circum portationes  
l. funeris sumptus 37. §. 1. in fine b. t. sed potius  
is tantum, qui ideo erogatus fuit, ut funus ducatur,  
& sine quo ex usu regionis ac qualitate funerandi  
duci non posset, ut puta, si quid impensum sit in  
dilationem mortui; in locum, quo mortuus inferen-  
dus est; in marmor, aut vestem collocandam; in  
cadaveris custodiam aut commendationem; in sarco-  
phagum; in arcam lapideam; in vesturam peregre  
mortui ad locum, ubi deinde humanus est; in vesti-  
gal eo nomine pendendum (etsi lex ult. C. b. t. ex  
basilicis restituta, vetet vestigalis exactionem); in-  
odores & unguenta cadaveri applicanda; in libitina-  
rium & polliniflores, l. & si quis 14. §. funeris cau-  
sa 3. 4. l. funeris sumptus 37. ff. b. t. l. & ideo 7.  
§. illud plane 3. ff. de in rem verso, arg. l. cuicum-  
que 5. §. idem ait 8. ff. de institutio. act. Quibus  
addunt ex hodierno funerandi more ritique, quod  
vespis seu vespillonibus (de quibus Festus in verbo  
vespa), quod adituo, quod pro clangore tintinnabu-  
lorum, pro chirothecis, pro veste lugubri expenditur;  
item quod pro insignibus aut faciendis aut præfere-  
dis: vini pretium, quo exequias euntes honorantur,

ipsaque adeo convivium funebre, & si qua alia, in quibus nimium quantum sibi indulget ambitio civitatum; ut ait Ant. Matthaeus *de auctione. libr. 1. cap. 19. num. 9. in fine*, Berlichius *conclus. pract. par. 1. conclus. 64. num. 83. et seqq.* Carpiovius *definit. forens. par. 1. consil. 28. def. 41.* Addunt alii vestem, qua conjux conjugem, qua famuli aut ancille dominum dominasve defunctam ex consuetudine recepta ligent, suspensa quoque luctus vela, & qua carpento pensili obducuntur pulla, si isto vehiculi genere conjuges stante matrimonio uti soliti, D. Someren *de jure nuptiarum cap. 8. num. 2. 3.* Abrah. a Wesel *de consubial. bonor. societate tract. 2. cap. 3. num. 89. et seqq.* quae admitti poterunt, si usus regionis ferat, ut conux superstes non suus, sed conjugis defuncti sumus lugeat; ut id Ultrajectinis probatum est; nam si regionis jus sit, ut propriis impensis conjux conjugem lugeat (Quod Hollandis placet, teste Groenewegio *ad l. unic. §. 7. C. de rei uxor. act. num. 4.* Responsa Jurisc. Holl. *part. 4. consil. 277. in fine*;) vix est, ut tunc is, qui vestem lugubrem superstiti credidit, privilegiam habeat actionem; cum illa non detur, nisi adversus eos, ad quos funus defuncti pertinet, talis autem vestium creditor in usum defuncti non crediderit, neque heredum ista impensa gravet, aut hereditati imputetur, Jac. Coren *observ. 30. num. 53. et seqq.*

15. Quin imo, quaevis jure Romano verius sit, in medicos & chirurgos erogata morbi postremi occasione non contineri sub impensis in funus, ac propterea nec adeo favorabilis aut privilegiata esse eorum exactionem; dum alium de talium praelatione in nostro juris corpore silentium est, neque privilegia sine lege extensionem ad ea, quae ne omni quidem ex parte similem causam habent, patiuntur; tamen, cum vetustiores interpretes invenirent, in *l. funeris sumus 37. ff. de i. unguenta corporis causa* adhibita sumeibus funeris accenseri; conjungi quoque sumus in funus & defuncti morbum aut infirmitatem erogatos, dum possessori videtur in petitione hereditatis permittitur ista simul deducere ex hereditate restituida, *l. in restituenda §. C. de petit. hered. & repetitio eorum simul conceditur ei, qui in morbum aut funus impendit, l. legatum §. C. de i. unguentis ad medicinam spectantibus*, sed ista, quae cadaveris adversus patrimonium conservandi gratia adhiberi solita, sermone esse; & in *d. l. 3. & d. l. 4.* petitionem quidem aut deductionem erogatorum concedi, de praelatione vero aut privilegio nihil definiri in eam plerique opinionem abierunt, ut patremogatis in morbum & funus praelationem vindicaverint, et hoc jus etiam in forum traduxerint, adeo longa nunc passim serum perpetuo similiter judicatarum serie firmatum probatumque, ut ab eo recedere in respondendo consultum non sit. Dummodo meminerimus, hanc ipsam sententiam, non ratione, sed errore primum, deinde velut consuetudine obtentam, vulgo ad solos referri sumus in morbum postremum factos, non item in alios, ex quibus ante defunctus ope medica convalescit restitutus est: etiam ista fiat, ut honoraria medicorum, ex actis sua praecipua fideliter feliciterque curantem, postponatur subinde posterioribus eorum salutaribus, qui sua vel impudentia vel imperitia potuerunt moriendi causam defuncto praevaluisse, quorum-

que errorem tersa tegit. Vide Berlichium *conclus. pract. part. 1. conclus. 64. num. 94. et multis seqq.* Carpiovius *definit. forens. part. 1. consil. 28. definit. 43. 45. 46.* Ant. Matthaeum *de auctione. libr. 1. cap. 19. num. 8. 9.* Neque etiam praetermittendum, non obstante ea moribus recepta praelatione ratione impensarum in morbum postremum; eas tamen non solum conjugis defuncti heredem gravaturas, sed magis communioni conjugali imputandas esse, adeoque pro sola parte dimidia per heredem, pro altera conjugem superstitem, velut damna coaestante matrimonio convenientia, ferri oportere, Sando *de iur. Frits. libr. 2. tit. 5. definit. 8. in pr.* Parens p. mem. Paulus Voet *ad §. ult. Instit. ad leg. Falcid. num. 3.* Wesel *de consub. bonorum socii. tract. 2. cap. 3. num. 101. et seqq.*

## TITULUS VIII.

De Mortuo inserendo & Sepulchro aedificando.

### SUMMARIA.

1. *Qui prohibitus est inferre mortuum, cum haberet inferendi jus, habet actionem in factum ad id, quod inferret; quia nec heredi, nec in heredem datur. Et quia ejus rei ratio sit, ad implicationem l. 9. ff. de religiosis.*
2. *Si prohibitus inferre non habeat locum alium commodum, agit statim interdicto, ne vis fiat mortuum inferenti. Vincere eo potest & ille, qui non habet inferendi jus, quia visus rei ratio sit?*
3. *Qui sepulchrum habet, non viam ad illud, si via per vicinos concedenda est.*
4. *De interdicto de sepulchro aedificando, vel reficiendo.*

1. Cum favorabilis admodum publice privatumque sit sepultura cadaverum, neque per privatos neque per magistratus impedienda fuit sine justa causa, nec vexanda fuerunt cadavera, aut detinenda, nec prohibenda eorum translatio per territoria oppidorum; ut tamen transferendi licentia impetranda fuerit ab illis, quibus permittendi jus est, *l. praeter ait §. non perpetuus 4. ff. de sepulchro violato l. ne corpora §. ff. de religiosis.* Quod si funerare cupiens, vel procurator ejus, prohibitus ab alio sit inferre mortuum in eum locum, in quem inferendi jus est, agere potest adversus prohibentem actione in factum ad id, quod interest: in quam computationem cadit loci empti pretium, aut conducti merces, item loci sui pretium, quem quis, nisi coactus, religionum facturus non esset, *l. ossa §. ult. l. 9. ff. de religiosis*, sive directio prohibetur inferre, sive itinere aut via ad inferendum necessaria arceatur, *l. 1. §. 1. & 3. ff. de i. unguentis*. Quae actio nec heredi nec in heredem competit, inter prohibentem tamen & prohibentem perpetuo datur, *d. l. 9.* Quod ipsa constare miratur Gajus, rationem non assecutus *d. l. 9.* minus miratur Ant. Faber in rationalibus *ad d. l. 9.* rationem e longinquo velut per nebulam vidisse visus: omnem vero admirationem non ita pridem valere jussit Cl. D. Van Leeuwen *3. de benedicta. adit. & exception. ibid. 8.* Constat scilicet, injuriarum actionem locum habere, quoties cadaveri defuncti vel funerali injuria facta est, sive ante sive post heredi-

tatis additionem, l. 1. §. *quotiens* 8. ff. de injuriis. eamque injuriam non tantum per illos inferri, qui jam humatum ejecerunt cadaver, aut statuum defundi in monumento positam saxis petiverunt, juxta l. ora 8. pr. ff. de religiosis, l. si statua 27. ff. de injuriis, sed & per eum, qui tentaverit sepulchrum impedire, uti semel iterumque testatur Imperator in l. ult. C. de sepulchro violato. Quemadmodum ergo injuriarum actio ex principiis notissimis nec in heredem datur, §. 1. Instit. de perpet. & temporal. act. ita nec mirum videri debuit, hanc in factum actionem, pro ultione injuriæ cadaveri illata potissimum comparatam, nec heredi dari, nec in heredem. Nec est, quod quis neget, ultionem & vindictam injuriæ hac contineri actione, quia id quod interest actor persequitur. Nam & sepulchri violati iudicio id, quod interest, peti potest, quod tamen non tantum ex lucro ejus, qui violati, vel ex damno illato æstimatur, sed & ex injuria, quæ facta est, l. prætor ait 3. §. qui de sepulchri 8. ff. de sepulchro violato, sic ut ista actio, utcumque ad id quod interest tendere dicatur, nihilominus ad ultionem magis pertineat, quam ad rem familiarem, l. sepulchri violati actio 6. l. quantum 10. ff. de sepulchro violato. Neque turbare quemquam debet, quod hæc actio non perpetua sed annalis esse debuisset, si ad injuriarum actionem potuisset referri; perpetuum enim non est, injuriarum actionem anno terminari; non utque eam, quæ propter atrociores injuriæ speciem ex lege Cornelia moveri solet, dum quis se pulsatum verberatum demumve suam vi introitam queritur. Cum ergo non levis, sed atrocissima contumelia fuerit credita, imo sceleris inhumanitas, defunctorum turbare quietem, tum efficiendo reliquias, tum arcendo cadavera a locis perpetuæ sepulture, & æternæ quasi sedis quietique destinatis, imo defunctorum quasi domibus, ut loquitur Imp. arg. l. qui sepultura 4. C. de sepulchro violato, l. nemo 3. in med. C. de episcop. audientia, iniquum non fuit, exemplo eorum, qui viventium domos, tutissima illa superstitionis refugia, violenter turbassent, etiam illos, qui defunctos a suis arcuissent quasi ædibus sedibusque quietis, in perpetuum teneri. Sed & amplius, sepulchri violati actionem, ætate popularem, nec heredi nec in heredem dari, ex popularium actionum communi natura manifestum est, l. pen. & ult. ff. de de popularib. action. l. si vero plures 5. §. hac autem actio 5. ff. de his, qui affund. vel de hoc. hanc vero in factum actionem adversus illam, qui mortui illationem prohibuit, ad sepulchri violati iudicium pertinere, patet evidenter ex l. sepulchri 8. ff. de sepulchro violato, ubi Macer Jurisconsultus ait, sepulchri violati crimen posse dici ad legem Iuliam de vi publica pertinere, ex illa parte, quæ de eo cavetur, qui fecerit quid, quo minus aliquis funeretur sepeliaturve, quia & qui sepulchrum violat, facit quo quis minus sepultus sit.

2. Quod si alius locus commodus ad inferendum cadaver sepelire volenti, sed prohibito, non suppetat, liberum ei est in continenti prohibitorio experiri in-

terdicto, ad id, ut prætor vñ fieri vetet mortuum inferenti, quo ei inferendi jus est, d. l. 8. §. ult. l. 9. ff. de religiosis, l. 1. ff. b. t. Considerandum tamen, utile hoc interdictum nonnunquam & illis accommodari, qui jure inferendi mortuum destituti sunt, velati audis proprietariis contra fructuarios, aut sociis contra socios respecta loci quasi, l. sunt persona 43. ff. de relig. Quod ita placuit, tum quia ea sæpe negotiorum, quia quæ interdicta versantur, conditio est, ut tantam moram non patiantur, quanto ad plenam causæ cognitionem sufficiens est, ut id in ipsis funeribus faciendis in aperto est; quo fit, ut, dum summam tantam causæ cognoscitur, interdicta etiam illis quandoque dentur, quibus jus nullum quaestum est, l. 1. §. vel & si 10. ff. de aqua quasi. & servita, l. ult. ff. de rebus, tum præcipue favore religionis & pietatis, ac publicæ utilitatis, ne cadavera jacerent insepulta; qui favor tantus est, ut nonnunquam in ambiguis questionibus strictam juris rationem amittere soleamus, ac insuper habere, quia summa ratio est, quæ pro religione facit, d. l. 43. in fine ff. de religiosis. Et quamvis interdicta causam proprietatis continentibus plena atque perfecta causæ cognitio prætermittenda videatur, quia tunc tota quaestio finitur, nec ultra in principalis deinde superest, l. 1. §. ult. ff. de aqua quasi. & servita, in hoc autem interdicto quasi proprietatis quaestio versatur, l. interdictorum 2. §. quædam 2. ff. de interdictis, observandum tamen, ob periculum in mora, cuius impatiens sepultura est, plenam causæ cognitionem adhiberi non posse; neque eam rem tantopere domino loci, socio, vel fructuario, fraudi esse, quia locus illatione tali justum sepulchrum non fit, d. l. 43. ac proinde vel de cadavere auctoritate publicæ eximendo vel de loci pretio prestando actio hæc superest, titulo præcedente explicata.

3. Si quis sepulchrum quidem habeat, aditu vero ad illud careat, officio iudicis vicini cogi possunt, ut vel precario, vel pretio iusto constituto, iter aut viam concedant sanis facturo, l. si quis sepulchrum 12. pr. ff. de religiosis, l. utitur 5. ff. de sepulchro violato, de quo latius actum sit. de servit. præd. rusticor. num. 4.

4. Est & interdictum de sepulchro edificando ei competens qui in suo loco sepulchrum edificat, vel etiam reicit, l. 1. §. pen. ff. b. t. adversus illos, qui ædificationem refectionemve impediunt, sive directo, sive per consequentiam, quive id agunt, ut sepulchrum collabatur, l. 1. §. prætor ait 3. & seqq. ff. b. t. ad id, ne vis fiat jure suo ædificanti rescipientique, d. l. Ut tamen denegandum sit hoc interdictum, si ædificans in solo alieno velit machinam ad extruendum ponere aut alligare, vel materiam eo congerere, vel propius ædes alienas sepulchrum edificare, cum nulla ei rei servitus constituta esset, l. 1. §. edificare 8. l. si propius 5. ff. b. t. Et, si cadaver jam illatum esset, atque ita locus religiosus factus, pontifices explorare debuerunt, quatenus, salva religione, desiderio rescienti operis medendum fuerit, l. ult. §. 1. ff. b. t.



# INDEX TITULORUM

## IN COMMENTARIO

### AD PANDECTAS CONTENTORUM.

#### LIBER V.

|                                                                  |        |
|------------------------------------------------------------------|--------|
| TITUL. I. De judiciis, & ubi quisque agere vel convenire debeat. | Pag. 5 |
| II. De inofficioso Testamento.                                   | 60     |
| III. De hereditatis petitione.                                   | 94     |
| IV. Si pars hereditatis petatur.                                 | 102    |
| V. De possessoria hereditatis petitione.                         | 104    |
| VI. De fideicommissaria hereditatis petitione.                   | ibid.  |

#### LIBER VI.

|                                                           |     |
|-----------------------------------------------------------|-----|
| TITUL. I. De Rei Vindicatione.                            | 105 |
| II. De Publiciana in rem actione.                         | 120 |
| III. Si ager vectigalis, id est, emphyteuticatus petatur. | 123 |

#### LIBER VII.

|                                                            |     |
|------------------------------------------------------------|-----|
| TITUL. I. De usufructu, & quemadmodum quis utatur fruatur. | 140 |
| II. De usufructu accrescendo.                              | 160 |
| III. Quando dies usufructus legati cedat.                  | 163 |
| IV. Quibus modis usufructus vel usus amittitur.            | 164 |
| V. De usufructu earum rerum, quæ usu consumuntur.          | 168 |
| VI. Si usufructus petatur, vel ad alium pertinere negetur. | 171 |
| VII. De operis servorum.                                   | 172 |
| VIII. De usu & habitatione.                                | 173 |
| IX. Usufructuarius quemadmodum caveat.                     | 175 |

#### LIBER VIII.

|                                          |     |
|------------------------------------------|-----|
| TITUL. I. De servitutibus.               | 179 |
| II. De servitutibus prædiorum urbanorum. | 181 |

|                                                          |     |
|----------------------------------------------------------|-----|
| TITUL. III. De servitutibus prædiorum rusticorum.        | 189 |
| IV. Communia Prædiorum tam urbanorum, quam rusticorum.   | 195 |
| V. Si servitus indicetur vel ad aliam pertinere negetur. | 201 |
| VI. Quemadmodum servitutes amittuntur.                   | 205 |

#### LIBER IX.

|                                                   |     |
|---------------------------------------------------|-----|
| TITUL. I. Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur. | 209 |
| II. Ad Legem Aquiliam.                            | 212 |
| III. De his qui effuderint vel dejecerint.        | 225 |
| IV. De noxalibus actionibus.                      | 227 |

#### LIBER X.

|                              |     |
|------------------------------|-----|
| TITUL. I. Finium regundorum. | 232 |
| II. Familias erciscundæ.     | 237 |
| III. Communi dividundo.      | 255 |
| IV. Ad exhibendum.           | 258 |

#### LIBER XI.

|                                                                                |     |
|--------------------------------------------------------------------------------|-----|
| TITUL. I. De interrogationibus in jure faciendis, & interrogatoris actionibus. | 258 |
| II. De quibus rebus ad eundem judicem catur.                                   | 261 |
| III. De servo corrupto.                                                        | 262 |
| IV. De fugitivis.                                                              | 264 |
| V. De aleatoribus.                                                             | 265 |
| VI. Si mensor falsum modum dixerit.                                            | 268 |
| VII. De Religiosis & sumtibus funerum, & ut funus ducere liceat.               | 269 |
| VIII. De mortuo interiendo & sepulcro adificando.                              | 274 |

**JOANNIS VOET**  
**JCTI ET ANTECESSORIS IN ACADEMIA LUGDUNO-BATAVA**  
**COMMENTARIORUM**  
**AD PANDECTAS**  
**LIBRI QUINQUAGINTA,**

In quibus, præter Romani Juris principia ac controversias illustriores, Jus  
etiam hodiernum, & præcipuæ Fori Quæstiones excutiuntur.

.....

*EDITIO QUINTA VENETA*

**PRIORIBUS EMENDATIOR ET AUCTION:**

Cui nomen præter V. CL. CASPARI BURMANNI Vitæ Auctoris Narrationem, et Indicem  
Generalem Titulorum, et Materiarum, in sex Tomis contentarum,

**NUNC PRIMUM ACCEDUNT**

*Alii duo Tractatus de FAMILIA EXCURDA, et de JURE MILITARI, qui simul  
cum prædicto Indice constituent Tomum Septimum.*

**TOMUS TERTIUS.**



**VENETIIS**  
**SUMPTIBUS PETRI MILESI EDIT.**  
**M. DCCC. XXVII.**



## TITULUS I.

De rebus creditis, si certum petatur, et de conditione.

## SUMMARI A.

1. De contractibus in genere, & in specie de mutuo.
2. Mutuum est verus contractus, licet ex uno tantum latere obliget.
3. Mutuum est stricti juris. Excipitur generaliter, quare contractus alii sint stricti juris, alii bona fidei; & unde colligatur regulariter, an bona fidei an stricti juris sint?
4. Mutuum re constat. Sufficit facta traditio. Conciliatur l. 11. ff. h. t. cum l. 19. ff. de præscr. verbis, & l. 34. ff. mandati.
5. Conciliatur l. 15. ff. h. t. cum l. 34. ff. mandati, ac probatur, inter solos presentes non item absentes, factam traditionem jure Romano, sed secus moribus, fuisse conceptam, excepto constituto posteriori, ejus ratio redditur, & casu quo res prius ex alia causa per dominum tradita fuit.
6. Monstratur, legum superiorum conciliationem non posse peti a distinctione temporum quasi olim facte traditiones varia fuissent reprobata, qua post admissa.
7. Qui possint dare mutuum? ubi de negotiorum gestoribus, procuratoribus, tutoribus, civitatis administratoribus, dominis nummos suos aliene nomine mutuos dantibus; & de sociis, qui dant pecuniam communem.
8. Qui non possint dare? ubi de pupillis, provinciarum præsidibus, & his qui nummos alienos dederunt tanquam suos. Sæpe mutuum, quod ab initio inutile est, nummorum consumptione confirmari, etiam reprobis nummi dati essent, quod exemplis docetur.
9. Confirmatur etiam ante consumptionem nummorum si accipiens eos suscepit. Quando nummi censentur consumpti?
10. Quid juris, si filiusfam. viaticum suum, cum peregre degeret, studiorum causa, mutuum dederit?
11. Qui possint mutuum accipere? ubi de Fratribus, Judicibus, apud quos lis pendet, Civitatibus & Ecclesiis mutuum accipientibus per suos administratores; & quando civitates ac Ecclesia ex mutuo per administratores accepto obligentur vel non; secundum jus civile, canonicum, ac bodiognum.
12. Quando pupilli, minores, & similes obligentur ex mutuo per tutores aut curatores accepto?
13. An, & quousque uxores mutuum accipientes obligentur aut maritos obligent? remissive.
14. In mutuo sit alienatio corporum disorum. An sit mutuum, si sibi nummos dorem, ut eos mihi credas, tuque credideris?
15. Quibus datur certi conditio ex mutuo? an & domino nummorum, quos non dominus suo nomine numeraverat? An Titio, si meos nummos Tui nomine dederim, vel ipsius Titii nummos? Quid si plures mutuum dederint? Quando actio incipiat illis competere, qui nummos alienos dederunt ut suos?
16. Non impeditur certi conditio ex mutuo, si numerationi mutui conventio alia inutilis adjecta sit? quod exemplis illustratur.
17. Conveniendi hac actione mutuatarii. Si plures acceperint, an singuli in solidum? An mutuatarius efficaciter in mutuo accipiendo id agere possit, ut mutuant unum ex pluribus mutuatarii beredibus in solidum conveniant?
18. Reddendum in mutuo idem in genere, non plus, nec usura ex pacto adjecto, sed tantum ex stipulatu. Quid moribus?
19. Quo in loco, & quo tempore mutuum reddi debeat? quando reddendum, si nullum restitutioni mutui tempus adjectum sit?
20. An adjecto die, quo mutuum restitui debeat, mutuatarius illud ante tempus additum invito mutuanti reddere possit? & an valeat pactio, ne mutuatarius reddat mutuum nisi post certi temporis lapsum?
21. Mutuum non potest per partes restitui, nisi in casibus quibundam exceptis.
22. Aliud pro alio restitui nequit, nec aurum infusum pro pecunia signata. Quid reddendum, si aliud in instrumento dicitur datum esse, aliud vere datum probetur?
23. Pro nummis aureis datis argentei restitui possunt, & vice versa, exceptis paucis casibus.
24. De mutatione mone: a ratione bonitatis interna vel externa, qua inter dationem mutui ac restitutionem contingit, cui prosit vel noceat, an debitori, prolixior disputatio.
25. Si alius sit valor nummorum in uno quam in altero loco, considerandus valor loci illius, in quo solutio facienda est.
26. Probatur mutuum per scripturam; ubi de agnitione chirographi per scribentem, aut viduam ejus, aut beredes, aut in officio successores, facienda; & quando illud juris interpretatione pro agnito habeatur?
27. Probatur & per testes. Quid si dissentiant in quantitate numerata, vel de numeratione quidam, at non de quantitate deponant; vel unus de numeratione, aliter de quantitate?
28. Olim viginti paramia cens renten altyd renten, nec post acceptas semel usuras sortis repetitio fieri potuit, licet id pacto actum esset. Quousque id nunc in Hollandia & Ultrajecti mutatum sit?
29. Cujus loci statuta spectanda sint in questione, an sortem ex dato repetere liceat, nec ne?
30. An vere datur ulla literarum obligatio, qua nasceretur ex confessione numerationis, qua recitata non est?

30. An vere datur ulla literarum obligatio, quæ nascitur ex confessione numerationis, quæ secuta non est?
31. Opponitur scriptura exceptio non numerata pecunia; quæ in rem est, & intra biennium privilegiata. Quid agendum sit, si possessor circigraphi agat intra biennium, & præsens vel abiens sit?
32. Recensentur casus, quibus cessat hæc exceptio; ubi de confessione apud argentarios; de pignore vel fideiussore data, de parte debiti refuta, de transactione super ea, quod numeratum non est, de confessione depositi, & solutionis per apocam.
33. Post biennium exceptio non numerata pecunia opponi potest, si excipiens ipse paratur sit probare, numerationem non esse secutam.
34. Respondetur ad objectiones.
35. Quid moribus circa hanc non numerata pecuniarum exceptionem & probationem ejus obineat?

1. **A**ctum fuit in secunda Pandectarum parte de iudiciis in rem. In personam actiones ex contractu vel quasi, maleficio vel quasi, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris descendere, expeditum est, §. 1. *Instit. de actionibus*, l. 1. ff. de obligat. & action. §. ult. *Instit. de obligation. ac quicquid ex his causis debetur, crediti appellatione contineri potest, latius sumto crediti vocabulo*, l. 1. l. 2. §. creditum 3. ff. b. t. junct. l. creditores 10. l. 11. l. 12. ff. de verb. signif. Sed in hac tertia Pandectarum parte potissimum de eo credito, quod ex contractu descendit, ac actionibus inde vel ea occasione natis tractatio instituta fuit. Contractus in genere, prout a pacto distincti concipiuntur, sunt conventiones de re danda faciendæ vel præstandæ, quibus subest obligandi causa ex sua natura. Et vel innominati sunt, de quibus in fine libri decimi noni; vel nominati, quibus nempe certum ac speciale nomen & jure civili impostum est; dum utilitas fecit, ut conventio esset in usu communi; usus conventioni nomen peperit; atque ita utilitas obligationis constituendæ causa fuit, nomen iudicium ac nota constitutæ, ut post Donellum Vinnius tract. de pactis cap. 8. num. 3. Et hi iterum vel re constant vel verbis vel literis vel consensu d. §. ult. *Instit. de obligat.* Re constantes dicuntur, ad quarum perfectionem necessaria est rei traditio: inter quos ordine primum est mutuum, quod recte definiens contractum juris genium, stricti juris, re constantem, quo res fungibilis (id est pondere numero vel mensura constans & functionem seu permutationem recipiens in suo genere, sic ut per appensionem, adimensionem aut adnumerationem transferatur, & res alia similis restitueda fungatur vice rei datæ, l. mutuum 2. §. 1. ff. b. t. ibique Gothofred. in notis) alteri datur ea lege, ut res eadem in genere, seu ejusdem bonitatis & quantitatis restituiatur, pr. *Instit. quib. mod. re contrah. oblig.*

2. Quamvis autem mutuum non utrinque, sed ex uno tantum latere obligatorium sit, non tamen ideo e contractuum serie eliminandum est, cum enim Labeo contractum describit ultro citroque obligationem, l. Labeo 19. ff. de verbor. significat. neque plenam contractuum omnium, neque accuratam definitionem, sed rudem magis delineationem, in pluribus quidem,

at non omnibus in contractibus locum inveniensem concepisce dicendus est. Constat utique, contractus proprie accurate loquendo obligationes non esse, sed magis ex contractibus, perinde ut ex delictis, obligationes nasci, §. ult. *Instit. de obligat.* ac potius conventionem, velut genus tum pactorum tum contractuum debere considerari, l. 1. §. conventionis 3. ff. de pactis, denique non mutuum tantum, sed & contractus omnes introminatos, ipsamque etiam stipulationem, non utrumque, sed ab uno latere obligationem inducere. Nisi forte per varias vocabuli contractus significationes dissidium videatur componendum. Quandoque enim tam late patet, ut & quasi contractus comprehendat, l. contractus 23. ff. de reg. juris, frequentius ita, ut veros complectatur contractus, & quasi contractibus omnino distinctos, §. ult. *Instit. de obligat.* subinde strictissime, ut denotet tantum conventiones illas, quæ utrimque obligatorie sunt, d. l. 19. ff. de verb. significat. quo modo Ulpianus scribens, sed si non sit mutus pecunia, sed contractus, hoc sensu angustissimo contractum accepit in l. creditores 10. ff. de verbor. signif.

3. Stricti juris mutuum est, ea nisi fallor potissimum ratione, quia ab una tantum parte obligationem parit. Etenim (ut parumper hic ad generaliora digrediar) si tantum obligationum tam ex quasi, quam vero contractu descendendum seriem mente revolvamus, invenimus, illa plerumque habita fuisse bonæ fidei negotia, ex quibus vel utrimque principaliter obligatio ac propterea etiam directæ utrimque actio nascebatur; vel ex uno latere principaliter, ex altero per consequentiam quandam ac velut ex post facto, ideoque duplex quidem actio competebar, sed directæ una, altera contraria: contra vero ea, quæ ex uno tantum latere obligationem pariebant, stricti juris fuisse. Scilicet, cum in negotiis utrimque obligatoriis difficilior esset, ob multiplicem circumstantiarum varietatem ita vel pactioibus omnia definire, vel cautionibus circumscribere, ut non a prudentissimis quædam omitterentur, justum visum fuit, id, quod deesset expressæ partium conventioni, per iudicem ex bono & æquo suppleri, atque ita per eum æstimari, quantum alteri ex bono & æquo, etiam extra ac præter id, quod in conventionem deductum erat, præstare oporteat. Hæc adverso, cum non tantæ tamque multiplicatæ in negotiis ab uno tantum latere obligantibus occurrerent rerum varietates, visum fuit, his definiendis prudentem contrahentis circumscriptionem posse sufficere; ac suæ culpæ & negligentie debere unumquemque accepto ferre, si minus, ei per conventionem prospectum sit; ac proinde iudicem quoque in judicando adstrictum esse oportere illis, quæ placuerant, nec debere eorum, quæ nominatim cauta non essent, habere rationem. Confer Vinnium ad §. 23. *Instit. de action. num. 2.* Sic sane mutuum nostrum, sic stipulatio; hereditatis additio, indebiti solutio, pacta legitima donationis ac constituti, contractus denique innominati plerique, uti ex uno tantum latere obligant, ita & stricti juris sunt. Hæc opposito, commodatum, depositum, pignus, emptionem, locationem, emphyteusim, societatem, mandatum, tutelæ administrationem, negotiorum alienorum vel etiam rerum communium gestionem, bonæ fidei esse, ac bonæ fidei actiones producere, discimus ex §. actionum autem 23. *Instit. de action.* ex quibus

omnibus vel utrimque directas, vel directas ac contrarias actiones oriri, principia juris abunde docent. Masitationem interim aliquam forte fecerit, quod in jure proditum est, descendentes ex permutatione vel aestimatorio contractu actiones, & hereditatis petitionem, ipsamque pro dote ex stipulatu actionem, bonae fidei iudicii accenseri, *d. §. 23. & 29. Instit. de action.* & tamen non nisi uno ex latere his in causis aut obligationem esse aut dari actionem. Sed a simadvertisendam, ista si peculiaribus de causis praeter jus commune placuisse, atque adeo in iis a regula exceptiones esse. Quis enim, obsecro, magnopere miratur, permutationem & contractum aestimatorium bonae fidei fuisse habitum, ubi perpenderit, quantum hi duo contractus innominati connexionem & affinitatem habeant cum emptione, locatione, mandato, negotiis bonae fidei & utrumque contrahentem obligatum reddentibus, juxta *l. 1. ff. de aestimatoria, l. 2. ff. de rerum permutat. l. ult. ff. de condit. causa data.* Actionem ex stipulatu de dote bonae fidei esse, aequum fuit, quia in locum veteris rei uxoris actionis, quae dotium favore bonae fidei erat, surrogata, ejus quoque naturam ac conditionem debebat imitari; quippe non durante tantum eo, qui olim fuerat, sed & multis modo aucto per leges novas dotis favore. Denique de hereditatis petitione jus certum ante non fuisse, sed demum ex Justiniani constitutione eam in classem negotiorum bonae fidei relictam fuisse, constat ex *l. ult. §. ult. Cod. de petit. hered. §. 23. in fine Instit. de action.* ea forte ratione, quod possessor hereditatis non tam sua, quam hereditaria ac per consequentiam heredis veri negotia gessisse, adeoque ad negotiorum gestorem, bonae fidei iudicio devinctum, accedere intelligitur: dum vendit, pretia venditarum rerum ac credita hereditaria exigit, aliaque plura facit, quorum intuitu ipsam etiam ex quasi contractu obligari vero heredi, supra demonstratum est *iii. de petit. hered. num. 1.* Quod si e contrariis urgeas, finium regundorum iudicium stricti juris esse, & tamen in eo aequae ac in familiae circumsundae ac communis dividundo iudicio continem utrumque experiri posse, sic ut & duplex inde hoc iudicium appelletur, *l. in tribus 12. & 14. ff. de iudiciis, l. iudicium 10. ff. finium regund.* ita habet, nullam ex finium confusione inter confines communionem fuisse natam, adeoque nec desiderari per eam actionem, ut a communione, multis plerumque difficultatibus innodata, sed tantum ut a terminorum confusione, recedatur: a qua, tanquam non multis circumstantiarum varietatibus implicita aut impedita, satis apte recedi posse placuit, etsi iudici plerum ex bono & aequo iudicandi arbitrium datum non sit.

4. Sed de diverticulo ut in viam ac ad mutuum redeamus, illud re constare, ac non nisi traditione perici, certum est, *prim. Instit. quib. mod. re contrah. obligat.* quod tamen ita accipiendum, ut non praecise veram intervenire necesse sit, sed & ficta sufficiat, sic ut unus vel etiam duplex actus traditionis quasi occultetur, ambagum evitandarum causa, non modo secundum juris civilis placita, sed & juxta hodiernos mores, teste Hugone Grotio in *mand. ad jurisprudent. Holl. lib. 3. cap. 10. num. 8. 9. 10.* Veluti, si convenerit inter deponentem ac depositarium, ut nummi antea depositi in posterum mutui sint, *l. certi conditio §. §. ult. l. 10. ff. b. t. l. qui negotia 34. ff. de*

*in pr. ff. mandati.* Vel jussero, te a debitore meo accipere pecuniam tanquam mutuum, tuque acceperis, *d. l. 34. l. singularia 15. ff. b. t.* vel si quis rogatus mutuum dare pecuniam, cum eam non haberet, lancem roganti dederit vel massam auri, ut eam venderet, & nummis uteretur, dummodo venditio ac pretii numeratio subsoluta fuerit, ut auctor est Ulpianus, *l. rogasti 11. ff. b. t.* Nam si res quidem vendenda fuerit tradita, ea lege, ut pretium inde redactum mutuum esset, ac venditio etiam celebrata, pretii vero numeratio roganti mutuum facta necdum sit, ficta quoque traditio necdum intervenisse videri potest, nec mutuum datum, cum nihil haecenus ad rogantem pervenerit, quod alia ex causa vere traditum, ex mutui causa numeratum fingeretur: unde & rogans tunc, ex eadem Ulpiani sententia, non certi conditione ex mutuo, sed praescriptis verbis actione tenetur, puta ex contractu aestimatorio, quasi negotio quodam inter eos gesto proprii contractus, id est, a mutuo diversi, *l. rogasti me 19. ff. de praescriptis verbis, junct. l. si gratuitum 17. §. si margarita 1. ff. eod. tit. l. 1. ff. de aestimatoria.* Neque huic postrema fictarum traditionum speciei adversatur Africanus, cum in *l. qui negotia 34. vers. hic argumentum ff. mandati,* scribit, eum, qui, cum mutuum pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedit, nihil magis pecuniam creditam recte petiuram, & tamen pecuniam ex argento redactam periculo ejus fore, qui accepisset argentum. Loquitur enim de eo, qui non de facto mutuum dabat, sed dare volebat, eumque in finem argentum vendendum dabat; nullo pacto addito, ut pecunia inde redacta mutua esset, quippe cujus altum in verbis legis silentium est; cum tamen illa sola formula atque conventio, ut nummi inde redacti mutui essent, vel ut nummis uteretur, fictam in mutuo traditionem inducat, ubi pretii numeratio subsecuta est. Sola sane voluntas dandi mutuum, sola conventio de mutuo dando, sola denique destinatio nummorum ad mutuum, non facit mutuum aut fictam efficit traditionem, *l. qui pecuniam 30. ff. b. t. l. si quis patremfamilias 3. §. ult. l. 4. §. 5. §. ff. ad senatus. Macedon.* quod & ab Africano in *d. l. 34.* adnotatum est, cum ait, *nuda pactione pecuniam creditam fieri non posse.* Ac proinde recte dixeris, minus esse in ea conventionione, quae proponitur ab Africano in *d. l. 34.* quam in ea, quam Ulpianus concepit in *d. l. 11. ff. b. t.* imo, quia deerat in *d. l. 34.* conventio, ut nummi ex argento vendendo dato mutui essent, non alius in ea facti specie contractus intelligi potuit, quam innominatus intelligi aestimatorius, quo alter alteri rem aestimatum vendendam tradit, ut accipiens vel rem incorruptam reddat, vel aestimationem de qua convenit, juxta *l. 1. in fine ff. de aestimatoria, l. si gratuitum 17. §. si margarita 1. ff. de praescriptis verbis.*

5. Quin & ficta censebitur ad mutuum contrahendum traditio intervenisse, secundum Ulpianum, si procurator, qui nummos a domini debitoribus exegerat, eosque ex causa mandati reddere domino tenebatur, praesens cum domino praesente convenerit, ut crediti nomine eos retineat; videtur enim domino prius data pecunia, & ab eo rursus ad procuratorem profecta, *l. singularia 15. ff. b. t.* adeoque nulla prioris debiti novatio, sed potius solutio intercessisse videtur, per quam prior ex mandato obliga-

tio perempta est: cum ad novationem stipulatione opus esset, quæ hic non apparet. Cui rursus non contradicit Africanus in *d. l. qui negotia* 34. ff. *mandati*, quando ait, ex eo, quod is, qui negotia Lucii procurabat, & a debitoribus ejus pecuniam exegerat, epistolam ad eum emisisset, quæ significabat, *certam summam ex administratione apud se esse, eamque creditam sibi se debitorum cum usuris semissibus, creditum non fieri*. Nam etsi a Vinnio recte observatum sit *lib. 1. select. quart. cap. 40.* frustra conciliationem tentari ex eo, quasi in *d. l. 54.* epistola quidem ad dominum emissæ esset, sed de domini in mutuum consensu secundum epistolam non apparet; cum aperte satis Africanus ipse conventionem adeoque domini assensum supponat, dum pro argumento utitur, nuda pactione pecuniam creditam fieri non oportere; imprudenter tamen est, quod vir doctus iterato repetiit, illos oleum & operam perdere, qui hoc inter Africanum & Ulpianum dissidium student componere; perinde ac si dies diem non doceret, nec quicquam ultra superesset tentandum. Quamvis enim id libens concesserim, ex usu forarum interesse, utrum inter dominum ac procuratorem, absentem an præsentem conveniret, ut exacti pro domino nummi apud procuratorem ut mutui remanerent, ad id, ut mutuum fiat, ut ipse ait *d. cap. 40. in fine*, ex juris tamen Romani principiis ista quo perinde habita fuisse, persuasum mihi non est. Cum ergo ab Africano tractari video de procuratore absente, qui id per epistolam emissam domino significaverat; ab Ulpiano vero simpliciter, sine distinctione vel absentia, conventionem inter dominum præsentem ac procuratorem proponi, nihil vetare putem, quo minus Ulpiani verba de conventionem inter præsentem inita accipiam, restrictione ad multas alias leges conciliandas & explicandas usitata ac necessaria, quarum una generalius asserit, quod altera cum distinctionis mentionem negat. Quo posito, jure optimo Ulpianus fictam admittit traditionem, atque inde mutuum; negavit jure non minore Africanus. (Cum enim fictiones juris solius soleant regulariter imitari naturam, ac possibilitatem naturæ plerumque supponant, sic ut ibi fictiones juris cessent, ubi rerum natura veritatem non admittit, ut patet ex *§. minorem* 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. *l. ii. de adoptione*, nisi diserte ac nominatum aliud in hac aut illa fictionis specie inveniatur dispositum; ut id adnotatum in *pr. Inst. de ineff. testam.* necesse fuit, Africanum inter dominum & procuratorem absentem negare fictam traditionis interventum; eo quod nec vera poterat inter eos, sibi invicem absentes, intervenire. Contra quoque, cum inter præsentem vere traditio naturalis esset, fictam etiam ad imitationem naturæ Ulpianus inter dominum ac procuratorem ei præsentem haud difficulter probavit. Hanc vero inter absentes præsentemque diversitatem juris circa fictam brevis manus traditionem admittendam aut respuendas, ne quis temere confictam gratis poni putet, efficit abunde Ulpiani locus in *l. falsus creditur* 43. §. *si is, qui 2. ff. de furtis*, ubi scribit, *si is qui indubitum accipiebat, delegaverit solvendum non erit furti actio, cum eo absente solum sit; ceterum si eo præsentem, alia causa est, & furtum fecit*. Aut enim omnia me iura fallunt, aut unicum distinctionis ab Ulpiano factæ fundamentum in ficta brevis manus traditione

inter præsentem probata, inter absentes impedita positum est. Titius scilicet secundum speciem facti institutus legis, cum sciret sibi nihil deberi, Mævium, putantem per errorem, se Titii debitorem esse, cum non esset, delegavit Sempronio; solutione Sempronio facta, cum quæreretur, an non Titius ita furti reus factus esset (quia constat, furtum fieri, cum quis indebitos nummos sciens accepit, *l. quoniam* 18. ff. *de condit. furtiva*) ait Ulpianus, furtum a Titio delegante factum esse, si eo præsentem solum sit: non alia, ut opinor ratione, quam quia tunc contrafactio nummorum a Titio delegante facta intelligitur, quasi nummi per delegatum Mævium non Sempronio, sed ipsi Titio præsentem soluti, rursus per Titium Sempronio numerati essent. Contra vero furti actionem non esse cum Titio, cum eo absente solutio Sempronio per Mævium facta est; non aliam, ut existimo, ob causam, quam quia, uti nulla absenti Titio naturalis solutio fieri poterat; ita nec ficta nummorum numeratio in eo concipi aut fingi debuit, adeoque nec nummi considerari, quasi Titio traditi & rursus per eum Sempronio soluti: cui consequens erat, ut, deficiente & vera & ficta traditione, atque ita nulla etiam apparente Titii vera vel ficta contrafectione ad furtum necessaria, a furti vitio Titius immunis pronunciaretur: quod fieri non oportuisset, si in absente æque ac præsentem Titio delegante ficta nummorum traditio concipienda foret. Juvatque hanc de ficta traditione inter absentes non probata sententiam contansue Ulpiano Paulus, quando in *l. ejus rei* 46. l. 47. ff. *de rei vindic.* statuit, si in rei vindicatione reus ex jurejurando in litem præstiterit æstimationem, dominium statim ad possessorem pertinere, quia dominus cum eo transegißet & decidisse videtur eo pretio, quod pro ipso constituit: hæc autem ita esse, si res præsens sit: sin absens, tunc dominium rei acquiri, cum possessionem ejus possessor nactus est ex voluntate actoris. Non enim alia de causa Paulum ita scripsisse existimo, quam quia, ubi res præsens est, vere tradi potuit, & ob id quoque tradita fingitur; tradi vero non potuit vere, cum absens est, ideoque nec dominium ejus videri potest translatum ex ficta traditione, terminos habiles haud inveniende. Sed & pro hac opinione facit, quod idem Paulus in *l. 1. §. si jusserim* 21. ff. *de acquir. vel. amitt. poss.* cum Prisco tradit, si jusserim venditorem procuratori rem tradere, tum ea in præsentia sit, videri mihi traditum; idemque esse, si nummos debitorem jusserim alii dare; non est enim corpore & actu necesse, apprehendere possessionem; sed etiam oculis & affectu: & argumento esse eas res, quæ propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas: nam pro traditis eas haberi, si in re præsentem consenserint. Vides, & rerum venditarum traditionem & nummorum ex delegatione solvendorum numerationem ita fingi factam emtori ac creditori deleganti, si in præsentia sint. Et sane, si sibi invicem, & ipsis rebus, præsentem esse non deberent, inter quos ficta brevis manus intercedit traditio, ineptus plane Paulus fuerit, quod addidit conditionem illam, cum ea in præsentia sit; ac mox subiungit, columnas pro traditis haberi, si in re præsentem consenserint. Juvat insuper, quod Papinianus (qui Paulo ac Ulpiano non nihil superior) placuit, non aliter traditis horrei clavibus merces in horreo reconditas.



videri traditas, quam si apud horrea claves traditas sint, l. clavibus 74. ff. de contrab. ems. Quodque i. dem Papinianus in l. donationes 31. §. species 1. ff. de donation. respondit, species extra domum a matre filia nomine viro traditas, fuit, qua præsens fuit, donatus & ab ea viro traditis videri. Qualis filie præsencia rursus frustra cum emphasi proponeretur, si æque; filia absente, ficta potuisset traditio esse. Denique, quod & Javolenus, his omnibus antiquior scripsit, si pecuniam, aut aliam rem, quam mihi debes, te in conspectu meo ponere jubeam, eo id effici, ut mea esse incipiat, quasi quodammodo longa manu tradita, l. pecuniam 79. ff. de solutionibus. Etsi ergo legibus nonnullis simplicius dicatur, merces videri traditas, clavibus horrei traditis, rerum venditarum possessionem censi translatam, si venditore, quod emerim, deponere in domo mea jusserim, §. item si quis merces 45. Instit. de rer. divis. d. l. 1. §. 21. in fine, l. quod meo 18. §. si venditor 2. ff. de acquir. vel amitt. poss. l. qua ratione 9. §. item si quis 6. ff. de acquir. rer. domin. tamen ista non aliter, quam concurrente præsencia, secundum plures leges alias manifestas requisita, intelligenda ac restringenda sunt. In ea tamen ficta traditione, qua res, quæ jam ante per dominum ex alia causa fuerat tradita, ex nova causa tradita fingitur, exceptionem esse puto, nec præsencia rei opus esse eo tempore, quo id agitur, ut, verbi gratia, id quod apud te prius deposui, deinceps ex causa mutui vel empti vel donati penes te sit: eo quod tempore præcedentis vera traditionis res præsens fuit, & ista vera traditio nunc cum suis qualitatibus simpliciter fingitur repetita: unde & tunc dicitur animo capitis possidere, & sine traditione nuda domini voluntate res translata esse, §. interdum 44. Instit. de rer. divis. l. certi conditionis 9. §. ult. l. 10. ff. h. t. Sed & secundo, in constituto possessorio, quo quis id, quod prius suo nomine possidebat, constituit se velle deinceps alieno nomine possidere, (secundum l. quod meo 18. pr. l. qui bona 19. §. 1. ff. de acquir. vel amitt. poss.) probatum Romanis video, præsentiam eorum, inter quos per constitutum ficta contingit traditio, non desiderari, sed & inter absentes posse locum invenire, ut colligi potest ex l. quadam mulier 77. ff. de rei vindicatis. & ex societate universalis, in qua per quoddam constituti genus res omnes corporales a sociis possessor inter eos communicantur, ita scilicet, ut quisque, quod ante tanquam proprium suo nomine possedit, deinceps pro parte velit nomine socii possidere, l. 1. §. 1. l. 2. ff. pro socio. Quam singularitatem in constituto non aliunde quam ex ipsius constituti propria natura proficere existimo: eo quod constitutum tale, non facti, sed animi est: vult alieno nomine possidere, quod suo ante possedit: animum solum si mutaverit, constitutum est, d. l. 18. d. l. 19. §. 1. ff. de acquir. vel amitt. poss. qualis animi mutatio nullam duorum præsentiam naturaliter requirit. Atque hinc etiam, si quis non simplici constituto possessionem transferre voluerit, sed amplius fictam quandam traditionem interponere, præsencia iterum opus fuit; ut patet in eo, qui, cum fundum vendidisset, eumque tradere vellet, emptori ex alta turre fundum monstrat vacuumque se tradere possessionem dicit; non translaturus sane possessionem professione illa traditionis vacua possessionis, nisi cum ea concu-

risset monstratio fundi ex turre conspicui, atque adeo in præsencia emptoris ac venditoris sic positi, ut oculis & affectu apprehendi posset, l. quod meo 18. §. si venditor 2. in fine ff. de acquir. vel amitt. poss. junct. l. 1. §. 21. in med. ff. eod. tit. Quod si & stipulatione considerare libuerit, quamvis a mutuo ceteroquin distinctas, vel ex ipsa patescet, quantam juris diversitatem præsencia pariat, ad absentiam oppositionem, atque ita huic quoque disputationi lucem addent. Si enim procurator domini præsens cautum fuerit, ex stipulatu actionem utilem domino competere, nemo ambigit, ut ait Ulpianus, l. si procurator 79. ff. de verb. obligat. Contra, si absente domino procurator sibi de evictione cavere curaverit, non aliter domino de evictione actio datur, quam si per procuratorem cessa sit, procuratore per actionem mandati ad cessionem compellendo, l. possessio 49. §. ult. ff. de acquir. vel amitt. poss. idque secundum generalia juris principia, quibus quisque sibi, nullus alteri (exceptis quibusdam casibus singularibus) stipulatur, & ex stipulatu actionem querit §. si quis alii 4. §. auctori 19. Instit. de inutil. stipulat. Ex quibus, nisi fallor, illud conficitur, procuratore stipulante dominum præsentem ipsum fingi stipulatum esse, absentem non item, quia præsens ipse potuit, absens non potuit, per naturam stipulari. Nec est, quod quis etiam in casu d. l. 34. ff. mandati, æque, ac in cetera l. quadam mulier 77. ff. de rei vindicatis. constitutum possessorium querat. Etenim in constituto possessorio is, qui suo nomine possedit, incipit deinceps alieno nomine possidere, d. l. 18. ff. de acquir. vel amitt. poss., quod & contigit in facti specie, quæ est in d. l. 77. at in d. l. 34. ff. mandati, non potest procurator velle nummos, a domini debitoribus exactos, nomine domini possidere, quos vult mutuos apud se esse; sed potius, cum antea nummos illos exactos nomine domini possedisset, nunc id agere vult, ut eos suo nomine tanquam mutuos habeat, quod a constituto possessorio longe diversum est.

6. Sunt interim, quibus placuit, leviori ac simpliciore via hanc inter Africanum & Ulpianum, adeoque inter d. l. 34. ff. mandati, & l. 11. ff. b. t. dissonantiam tolli posse, puta, temporum distinctio; jura incrementa, augeri, extendi quotidie; Africano florente nondum adeo plene fictas traditiones pluribus in casibus invaluisse; Ulpiani vero tempore magis frequentatas fuisse, ac pluribus in casibus, quam ante receptas, utrumque sui seculi jura adnotasse. Quorum opinionioni haud difficulter subscriberem, tanquam facillimæ; nec multis ambagibus aut involucribus implicitæ, simulque eam continentem conciliandi rationem, quæ pluribus in partibus juris nostri explicandis componendisque usitata atque merito probata est; nisi ex aliis legibus patesceret, etiam fictas traditiones multifariam Africani ætate, atque etiam antea, fuisse admissas, laudantibus illas Javoleno atque Celso, sibi fere coætaneis, Africano ætatem superioribus, l. si rem 62. ff. de evictione. l. pecuniam 79. ff. de solutionibus. l. interdum 21. ff. de acquir. vel amitt. poss. l. quod meo 18. §. si venditor 2. ff. eod. tit. l. ut mihi 21. §. 1. ff. de donation. Gajo quoque, qui Africano non inferiori, l. qua ratione 9. §. interdum 5. & ff. de acquir. rer. domin. ac Pomponio, qui Africano prope aequalis, l. si terrenus 21. §. 1. ff. de acquir. rer. domin. Et sane,

si omnium horum jurisconsultorum temporibus id, quod meum erat, & apud te extabat, mea voluntate potuerit tuum fieri, tanquam fidei traditione, uti id in rebus depositis vel commodatis, ac postea depositario vel commodatario venditis donatis mutuo daretur apparet; nulla ratio fuit, cur non eque, imo longe facilius, mea voluntate penes te manere potuisset tanquam tuum, quasi per fidei traditionem; quod tu mihi ex causa mandati vel astrictoriorum contractus alioquin debuisti prestare, quodque, antequam mihi solveres, revera tuum erat, solutione tua demum a te in me transferendum, secundum casum in *d. l. 11. § 15. ff. b. t. propositos*. Et hæc quidem de fidei traditionibus pro locis nostri juris difficillimis explicandis sufficiant.

7. Mutuum dare potest dominus, liberam habens rei illius fungibilis, quam dat, administrationem, vel alius domini nomine, quo casu domino nummorum ex numeratione, per procuratorem vel negotiorum gestorem facta, non tantum certi conditio ex mutuo acquiritur, sed & actiones alia, sive in rem, sive in personam, pro conveniendis fideiussoribus, ac persequendis pignoribus in mutui dati securitatem procuratori devinctis, sine ulla actionum cessione, *l. 2. C. per quas personas nobis acquiritur, arg. l. si absentis 4. C. si certum per. l. si pecuniam 26. ff. b. t.* Ut tamen domino liberum sit nomen mutuarii reprobare, quoties in illud non consensit, & aliqua gestor in pecuniis collocandis culpa apparet, *d. l. 4. pr. § 1. C. si certum per. junct. l. litis contestata 37. § 1. ff. de negotiis gestis*. Sic & civitatis pecuniam recte dat mutuam civilis administrator, *l. Gajus Sejus 11. ff. de usuris*, tutor aut curator nummos pupilli vel furiosi, *arg. l. si tutor 15. ff. de administr. & peric. tutor*. Quin imo, si dominus suos nummos, tanquam ad Titium pertinentes, Titii nomine mutuos dederit; sive sciente Titio, sive ignorante, mutuum tamen contractum intelligitur, & certi conditio Titio quaesita, *l. certi 9. §. si nummos 8. ff. b. t. l. si i a stipulatur 128. §. Chrysogonus 2. ff. de verbor. obligation.* quod ita in mutuo, uti alia plura, jure singulari receptum est. Quod si socius communem sociorum pecuniam numeravit ut mutuam, non aliter creditam efficit, quam si ceteri quoque consentiant, quia suæ tantum partis alienationem habuit, *l. si socius 16. ff. b. t. cujus etiam solius partis introitu tunc mutuam consistere in sociorum dissen- su, arg. l. nam & si fur 13. §. ult. in fine ff. b. t.* nisi per mutuatarium nummi jam consumti sint; tunc enim ex consumptione confirmato mutuo in nummis alienis, etiam conditio ex consumptione danda foret, ut post dicitur.

8 Non tamen mutuum dare potest pupillus sine tutoris auctoritate, *§. ult. Instit. quibus alien. licet vel non l. non omnes 19. §. 1. ff. b. t.* Nec præses provincie eorumque ministri, qui ad tempus, non perpetuo funguntur officio: sive per se sive per interpositas personas id faciant, *l. principalibus 33. l. 34. ff. b. t. l. eos qui, 3. C. si certum per.* (quod tamen hodie non servari, notat Perezius *Cod. si certum petatur num. 5.*) nec quisquam nummos alienos suo nomine sine domini voluntate, quippe quos extantes dominus vindicare posset, bona fide consumptos conditione repetere; puta, conditione sine causa; de consumptis mala fide ad exhibendum age-

re, *l. rogati 11. §. ult. ff. b. t.* vel etiam consumptos condicere, cessa sibi per eum, qui nummos numeraverat, conditione, quæ danti fuerat vel ex stipulatione de restituendo, vel ex consumptione accipientis quaesita, *l. quamvis 2. C. si certum per. l. nam & fur 13. b. t.* Observandum enim, saepe mutuum, quod ab initio non recte datum erat, atque ita ex numeratione inutile, dum obligatio ex mutuo nasci non potuit, quamdiu id, quod datum erat, accipientis factum non esset, quasi deficiente obligandi causa, postea tamen ex consumptione convalescere, ac parere conditionem ex consumptione, non præcisè domino nummorum, sed numeranti accommodandam; eo quod non, unde originem pecunia, quæ mutuo datur, habeat, sed qui contraxit, sic ut propriam numeravit, in hujusmodi obligationibus, requiritur, *l. non omnis 19. §. ult. in fine ff. b. t. junct. l. non unde 7. C. si certi petatur*. Qua ratione pupillo mutuum numeranti sine tutoris auctoritate, & furioso, & prodigo, & furi vel prædoni post consumptionem nummorum per ipsos nullo jure mutuo daturum conditio data est, *§. ult. Instit. quibus alien. licet vel non, l. rogati 11. §. ult. l. 12. l. 13. pr. & §. 1. l. non omnis 19. §. 1. ff. b. t.* quod & us probatum, Hugo Grotius *manud. ad jurispru. Holl. lib. 3. cap. 10. num. 14.* Quin imo, etsi reprobi nummi dicantur mutuo dari, si tamen per recipientem tanquam probi expensi fuerint, magis esse putato, ut hic quoque numeranti jus suum crediti ex consumptione firmatum sit. Licet enim fateri necesse sit, reprobis nummis solutis liberationem debitori solventi non contingere, *l. eleganter 24. §. qui reprobos 1. ff. de pignorat. act.* similique modo, nummis non probis ex causa mutui datis, jus crediti non nasci: expensis tamen iisdem per accipientem, ut probis, & debitori liberationem competere, & mutuanti suum jus crediti confirmari, dicendum est: tum, quia vix est, ut probari queat, reprobos fuisse, quos accipiens iterum tanquam probos erogavit; tum quia, eo maxime probato, audiendus non est quisquis propriam audet turpitudinem allegare; allegat autem, qui se reprobam pecuniam pro proba expendisse, quod legibus interdictum, commemorat; tum denique quia is, qui per reprobos nummorum numerationem ex causa mutui obligari non vult, vel debitorem suum liberari non patitur, ita demum reprobos nummorum exceptione tueri sese potest, si reprobos restituit, *d. l. 24. §. 1. ff. de pignorat. act.* Etiam si de cetero verum sit, impune ferre non oportere, sed tanquam falsi reum coercendum esse, qui sciens dolo malo reprobos pro probis numerasse, probatur, de quo, *ad tit. de lege Cornelia de falsis*.

9. Quid, quod & ante consumptionem pecunie, per non dominum suo nomine numeratæ, mutuum utiliter convalescere intelligitur, si accipiens eam nondum consumptam usuceperit, cum per istam usucapionem sic adimpletam ipsi danti suum jus crediti confirmatum sit, dum ipse est, qui accipienti præstitit usucapiendi facultatem, *arg. l. si alienam 13. l. qui alienam 33. ff. de mortis causa donat.* Consumti autem nummi alique res fungibiles intelliguntur, non modo si erogati fuerint, aut oleum, vinum, frumentum similique per usum, in abusu consistentem, esse desierint; sed & si ita hæc omnia rebus acci-

plentis propriis mixta fuerint, ut discerni ultra non possint, *l. si alieni* 78. ff. de solut.

10. Quod si filiusfamilias viaticum suum, (quod scilicet ei peregre studiorum causa degenti in iter & alimenta pater subministraverat seu in sumtum destinaverat) mutuum dederit, cum studiorum causa Romae ageret, responsum est a Scavola, extraordinario iudicio illi subveniendum esse; cum alioquin filiusfamilias vulgo nequeat suo nomine actionem in iudicio movere, *l. cum filiusfamilias* 17. ff. b. t. l. si longius 13. in fine ff. de iudicis, junct. *l. filiusfamilias* 9. ff. de oblig. & act.

11. Accipere mutuum possunt omnes, qui & efficaciter obligari, etiam praesides provinciarum, *l. praesidis* 34. §. 1. ff. b. t. non tamen iudices, apud quos lis pendet; ab iis, ad quos ea lis pertinet; quippe qui mutuum tunc dantes videri possent iudicium corruptores, & (ut rescriptum habet) legum & provinciarum emptores esse, *l. quiquis* 16. C. b. t. si certum petatur. Sed & mutuum recte accipiunt civitates aliarumque universitates & Ecclesiae per suos administratores: ut tamen haec non aliter obligentur ex mutuo administratoribus adnumerato, quam si doceatur, illud in rem ipsarum versum esse; cum alioquin ipsi potius administratores, qui contraxerunt, suo nomine ex mutuo tali conveniendi forent, *l. civitas mutui* 27. ff. b. t. novell. 120. cap. & hoc quidem 6. §. ult. vel etiam probetur, nominatim administratoribus id ex universitatis consilio atque decreto legitime & ex more interposito mandatum esse, ut universitatis nomine mutuum pecuniam sumant; tunc enim necesse non est ad obligandam universitatem, ut creditum re ipsa verum sit. Scilicet administratorum rerum universitatis earundem quidem bene curandarum, conservandarumque provincia incumbit, sic ut sine speciali universitatis mandato possit ea omnia facere, sine quibus rerum talium gestio atque tuitio peragi nequit, arg. *l. cui jurisdictio* 2. ff. de jurisdictione, gravare tamen universitatem nequit mole aëris alieni, mutuum suo arbitrato nomine universitatis accipiendo; cum id ad administrationem non pertineat, sed magis ita universitas perderetur ac mergeretur, arg. *l. babebat* 13. ff. de institutio. act. Sed si consilio ex more habito, ac decreto subsecuto; administrator sic speciali instructus mandato mutuum acceperit pecuniam nomine universitatis, illa procul dubio obligata efficietur etiamsi creditor haud probaverit, in utilitatem ejus creditum versum esse, vel etiam constaret, administratorem istas pecunias inutiliter absumsisse: eo quod creditor ex mandato administratori dato nummos ei numerans ex mutui causa, non tam administratoris, quam potius universitatis mandantis fidem secutus intelligitur; eo modo, quo quis credens magistro navis, cui tacitum ex praepositione mandatum est datum, ut nempe contrahat, quoties navis tali sumtu indiget, non ultra quicquam inquirere tenetur, quam an mandato locus sit, id est, an tali sumtu navis indigeat; quo comperto, tuto credit magistro navis, & exercitorem sibi obligatum efficit: non modo cum pecunia in navis usus a magistro versa est, sed & cum is mutata mente in suos usus bonos malosve eandem derivavit, *l. 1. §. unde quaerit* 9. l. ult. ff. de exercit. actione, arg. *l. babebat* 13. ff. de institutio. actione. Utrobique enim est quod sibi tum universitas

tum exercitor imputare debet, quod talem suis negotiis ac pecuniis mutuis accipiendis praefecerit. Et hanc ex legibus Romanis petitam distinctionem circa universitates mutuo obligandas per suos administratores, non obscure comprobavit jus canonicum in cap. pen. ex. ra. de fideiussoribus, dum illic a Pontifice constitutum est, ne quis religiosus abique majoris partis laicorum & abbatum sui licentia ab aliquo pecuniam mutuum accipiat; alioquin non teneatur conventus pro his aliquatenus respondere: nisi forte in utilitatem domus ipsius manifeste constiterit redundare. Si ex consensu majoris partis capituli & abbatum mutuum acceptum esset, non inquirendum amplius erat utrum in conventus aut monasterii utilitatem versum fuissent nummi, nec ne; sed id unum, an Abbatibus & capituli licentia intervenisset, ad id ut conventus aut monasterium ex illo mutuo teneretur. Sed si consensus ille defuisset, tum verum erat, ita demum ex mutuo obligari etiam religiosorum universitatem, si in utilitatem domus ipsius versam fuisse pecuniam manifestum constet. Confer *tit. quod casusque universi. nomine num.* 4. Facineum controversi. libr. 2. cap. 75. 76. 77. Andr. Gayl. tract. de arrestis imperii observat. 9. num. 5. & seqq. Menochium de arbitrar. judic. libr. 2. casu 432. Hartmannum Pistoris libr. 1. quaest. 37. Zoesium ad Land. b. t. num. 41. 42. 43. 44. Joh. a Sande decr. Frisic. libr. 3. tit. 2. defin. 3. Carpzovius defin. forens. part. 2. consil. 6. defin. 18. 19. Responsa Juriscons. Holl. part. 4. consil. 91. Huberum ad Land. b. t. num. 8. & seqq. Maxium de arrestis cap. 8. num. 204. & seqq. Interim malkia quorundam ararii quatorum, mandati occasione majorem pecuniae quantitatem, quam mandato cautum erat, nomine reipublice mutuo accipientium, effecit, ut hoc saeculo anno 1651. die 6. Octobr. vol. 1. plac. Holl. pag. 1506. per Hollandiae Ordines sancitum fuerit, non obligari Hollandiae provinciam ex solis quatorum cautionibus, quibus fatentur, se nomine ac mandato Ordinum mutuas accepisse pecunias (vulgo recepisse) sed demum, si solennia instrumenta, specialem Ordinum ratihabitionem continentia, mutuantiis porrecta fuerint; qui etiam monentur non nisi ad talium solennium instrumentorum traditionem mutuum quatoribus pecuniam numerare. Qualis lex an nunc adhuc vigeat, merito dubites; dum nunc non aliter reipublice mutuum credi solet, quam scriptura privata primitus a quatoribus ararii recepta, quae pluribus saepe mensibus demum elapsis cum solenni obligationis instrumento commutatur.

12. Porro, quia pupilli & minores efficaci mandato suos tutores & curatores ad mutuum suo nomine accipiendum instruere non possunt, hinc nec aliter ex mutuo, quod tutores vel curatores se nomine pupillorum accepisse confessi sunt, pupilli ipsi obligantur, quam si in eorum utilitatem versum constet, *l. si in rem* 3. C. quando ex facto tutoris vel curat. minor. agere vel conveniri debeat, arg. *l. civitas* 27. ff. b. t. junct. *l. rempublicam* 3. C. de iure reipublicae, sic ut minores, in quorum rem mutuum non cessit, ne restitutionem quidem opus habebant; quippe ad quam demum coniugendum fuit, quoties ipsi tutoribus aut curatoribus auctoribus mutuum probarentur accepisse, ipsique contraxisse, juxta *l. 1. 2. C. si adversus creditorem.*

13. An autem, & quousque uxores mutuum accipere ac maritos aut se obligare valeant, in materia tutela & nuptiarum tractandum est.

14. Effectus mutui ex parte dantis est, quod & dominium rerum fungibilium datarum & periculum in accipientem transit: in mutuo enim corporum datorum alienationem contingere nec ipsa corpora, quae appensa admensa vel adnumerata sunt, sed tantum alia similia, ad mutuante redire oportere, expeditum est, *pr. & §. item si 2. Instiit. quib. mod. re contrab. oblig.* Unde & dubitatum fuit, an mutuum esset, si tibi pecuniam donassem, ut eam mihi crederes tuque credideris; eo quod nummi, quos donavi, ut mox reciperem, non videntur ex meo dominio extivisse; neque enim alienantur, qui sic dantur, ut recipiantur, *l. qui sic solvit 55. ff. de solution.* Sed benigne receptum fuit, tale mutuum valere *l. si tibi pecuniam 20. ff. b. t. l. qui id, quod 33. §. ea lege 1. ff. de donation.* nec obstat *d. l. 55. de solutionib.*, tum quia jurisconsultus in *d. l. 20.* ipso fatetur, secundum subtilitatem verborum neque mutuum neque donationem tali in casu esse; utrumque tamen ex benignitate valere: tum quia *d. l. 55.* demum obtinet, si nulla ad accipientem utilitas ex tali donatione perveniat; aliquin enim dominium etiam brevissimo temporis spatio transire atque redire posse, si quod inde commodum accipienti accedat, *pateret ex l. servus dotalis 53. ff. soluto matrimonio*, ubi servus dotalis heres institutus uxori per maritum stante matrimonio redditus est, ea conditione, ut cum jussu ejus tanquam domine, hereditatem adierit, eique acquisierit, rursus marito retradatur. Quo modo etiam in nostro casu utilitas accipientis nummos ea lege, ut iterum det mutuos, in eo est, quod ad breve tempus eos ex donatione capiens, mox reddendo obligationem sibi ex mutuo quesivit.

15. Ex parte accipientis mutuum id operatur, quod ipse incipit mutuanti obligatus esse; & inde adversus ipsum certi conditio ex mutuo datur: quae est actio personalis, stricti juris, competens mutuanti & ejus heredibus, si modo mutuos fuerit nummorum dominus, aut alienos nummos suo nomine numeraverit ex domini voluntate: neque enim domino nummorum haec actio competit, nisi per numerantem suo nomine non dominum ea cessa sit; vel nisi obligationis instrumento insertum sit, debitorem restitutum mutuum pecuniam possessori chirographi (*reorden deset*) cum eo casu non soli nummorum domino, sed & cuius alteri chirographi possessori sine speciali cessione contra debitorem agendi potestas sit, nisi probetur eum mala fide cautionem possidere, *Grotius manduist. ad jurispru. Holl. lib. 3. cap. 5. num. 7.* ibiq. *Groenewegen.* Si plures simul dederint, singulis actio pro parte danda est, cum hoc debitum dividuum sit, nisi id actum fuerit, ut unusquisque solidum repetere posset; quo casu praeventioni locus foret. Quod si quis nummos, tanquam ad Titium pertinentes, Titii nomine mutuos dederit, Titio magis, quam numeranti, ut ut nummorum domino, haec actio danda foret, sive Titio sciente, sive eo ignorante, id contigisset, *l. certi 9. §. si nummorum ff. b. t. l. si ita stipulatur 126. §. Chrysogonus 2. ff. de verbor. obligat.* multoque magis id obtinebit, si nummi ad ipsum Titium pertinentes Titii nomine exmutui causa per procuratorem ejus aut negotio-

rum gestorem numerati sint, *l. cum per liberam 2. C. per quas personas nobis acquir. l. si absentis 4. C. si certum petat. l. si pecuniam 26. ff. b. t.* Plane si quis alienos nummos ex mutui causa numeraverit tanquam suos, vel alia ratione mutuum non recte contractum sit, non nisi post consumtionem obligatio & certi conditio nata cessari debet, nisi is, qui alienos tanquam suos dederat suo nomine, stipulatus insuper esset, eos sibi restitui, quo casu, iis adhuc extantibus, non hac, sed ex stipulata conditione experiri posset, ut ante monitum, *l. nam & si fur 13. ff. b. t. l. si quis pro 56. §. si nummos 2. ff. de fidejussor. l. quamvis 2. C. si cert. petat.*

16. Illud mutuanti in repetitione, per hanc actionem faciendam, non obest, quod forte mutui numerationi conventionem aliam adjecit, quae inutilis est. Qua ratione, si suo nomine decem numeraverit, & hac alii reddi stipulatus sit, quamvis inutilis sit alteri facta stipulatio, ipse tamen condicere hac actione decem potest, *l. certi 9. numeravi 4. ff. b. t.* idemque est, si id, quod suo nomine numeraverat, sibi quidem restitui stipuletur, sed sub impossibili conditione, contractus vitians; nam & hic mutuum utiliter datum ab inutili stipulatione separandum est, *d. l. 9. item quari 6. ff. b. t.* Sed & si pupillo quis mutuum dederit tutoris auctoritate, vel alteri majorrenni, cui mox post dationem bonis interdictum est, deinde a pupillo solo vel prodigo sine tutoris aut curatoris auctoritate stipulatus sit, salvam adhuc ei esse ex mutuo conditionem, responsum est, *d. l. 9. §. idem erit 5. & §. sed & si 7. ff. b. t.* nisi novandi animo stipulationem cum pupillo prodigove fuisse subsecutam probatum sit, *arg. l. 1. §. 1. ff. de novation.*

17. Conveniendus per hanc certi conditionem mutuataribus; & si plures sint, singuli pro parte, quoties se singuli non nominatim in solidum obligaverint, *l. si non singuli 5. l. si in rem 12. C. si certum pet.* Praesertim, cum & praesumendum in dubio sit, ad unumquemque datam ex causa mutui pecuniam pro virili parte pervenisse, *arg. l. reor 11. §. cum tabulis 1. ff. de duobus reis constituendis.* Ant. Faber *C. lib. 4. tit. 14. defin. 21.* Si plures unius mutuatarii heredes sint, secundum jus commune, quo obligationes hereditariae dividuae ac actiones ipso jure inter coheredes divisa sunt, non nisi pro ea parte, qua heredes sunt, tenentur, *l. 1. C. si cert. pet. arg. l. 1. & tot. tit. C. de hereditar. action.* adeo ut ne speciali quidem stipulatione mutuataribus mutuanti facultatem concedere queat, conveniendi ex mutuo unum ex mutuatarii heredibus, mutuantis arbitrio & electione. Et si enim testamento debitor unum ex suis heredibus integri debiti solutione onerare queat, sic ut eo casu reliqua liberationem ab onere arie alieni legasse intelligatur, *l. serpo legato 69. §. si restator 2. ff. de legatis 1.* contractum tamen id agere non potest, ut unus ex plaribus heredibus solus creditori obligatus esset, & si id maxime actum sit, tamen pactum tale conventum non creditori tantum, sed & ceteris gravatis coheredibus inutilis esset, sive stipulationi sive mutuo insertum, *l. cum, qui ita 56. §. si & Titium 1. ff. de verbor. obligat. junct. l. omnia 7. ff. b. t.* Uti enim non potest obligare plane extraneum, ita nec heredem ultra eam partem,

ex qua is heres est; cum partium aliarum coherentibus datarum intuitu hic pro extraneo habendus sit. Eoque facit, quod ne tunc quidem, cum per testamentum onus illud aris alieni persolvendi uni ex pluribus heredibus impositum est, creditori ullum jus agendi in solidum contra gravatum nascitur, sed magis secundum juris Romani principia contra singulos heredes sunt, experiendum est; dato ipsis regressu adversus eum, qui solus solvere testamento damnatus est; *d. l. 69. §. 2. ff. de legatis 1. Gomezius variar. resolut. tom. 2. c. 11. num. 15. in med.* Christinzus ad *Leg. Mechliniens. tit. 16. art. 37. n. 15.* Adde *tit. famil. creiscunt. n. 27.*

18. Petitur hac actione, ut tantundem, seu res eadem in genere, ejusdem bonitatis ac quantitatis reddatur, *l. cum quid 3. ff. b. t. non plus, quam datum est, licet id pacto actum esset, ut plus reciperetur, veluti pro decem numeratis undecim, l. rogasti 11. §. si tibi 1. ff. b. t. constitit enim, re non posse obligationem contrahi, nisi quatenus datum est, l. si tibi decem 17. pr. ff. de pactis, l. cum ultra 9. C. de non numerat. pecunia, adeo ut ne usura quidem fenoreis pecunia ex pacto peti potuerint, sed tantum ex vinculo stipulationis; eo quod jure Romano actionem ex pacto stricti juris negotiis addito non dari, *tit. de pactis dictum est, l. quamvis usura 3. C. de usuris, idque eo magis, quia hæc actio certi conditio est, obligatio vero usurarum incerta pro temporis duratione, l. ubi autem 75. §. pen. ff. de verbis obligat. absurdum vero fuerit, incertum peti certi condicione. Hodie tamen, uti ex alia quavis nuda conventionione, ita ex pacto numerationis addito recte agitur ad usuras, aut ad undecim cum decem dati essent, si modo nihil in fraudem usurarum legitimatum fiat.* Groenewegen ad *leg. 17. ff. de pactis.* Plane si decem dati fuerint ex lege, ut novem reddantur, non minus civili quam hodierno jure conventio servanda est, *d. l. 11. §. 1. ff. b. t. junct. leg. in traditionibus 41. ff. de pactis.**

19. Reddendum autem mutuum eo loco, quo datum est, nisi locus alius restitutioni destinatus sit, de quo alibi: tempore etiam per conventionem definitio, alioquin, die non apposito, non statim, sed post temporis modici lapsum, ut tempore medio aliquam saltem ex mutuo ac usu pecunie utilitatem mutuatarius sentire potuerit; quod arbitrio judicis pro re nata definiendum. Ut enim commodato sine temporis adjectione concessio, officii ac humanitatis ratio patitur, intempestive commodatæ rei usum auferri, *l. in commodato 17. §. sicut autem 3. ff. commodati, ita quoque iniquum esset, mutuatarium, qui quasi beneficio mutantis juvari debet, per subitanam numeratæ pecunie repetitionem eludi, decipi, circumscribi. Et quamvis verum sit, in omnibus obligationibus, in quibus dies appositus non est, presenti die deberi, *l. in omnibus 14. ff. de reg. juris, l. cum, qui calendis 41. §. 1. ff. de verbis obligat.* non tamen eo humanitas atque etiam arbitrium judicis excludi censi debet, ut mutuatario conventio modica vel per mutantem vel per judicem dilatio tribuatur, pro negotiorum diversitate, arg. *d. l. 17. §. 3. ff. commodati, l. quod dictum 165. ff. de solutione. l. promissor Sici 21. §. 1. ff. de constituta pecunia. l. cum militi 16. §. 1. in fine ff. de compensatione.* sic ut merito huic rei applicaveris illud Pauli, hæc equitatem*

suggestere, etsi jure deficiamus, *l. in summis 2. §. 1. sem Varus 5. ff. de aqua plu. ascend. act. Fachtneus contrav. lib. 2. cap. 52. Menochius de arbitr. judicium lib. 2. casu 22.*

20. Diei tamen adjecti occasione dubium, an mutuatarius invito mutuantem ante diem, restitutioni tempore numerationis dictum, obtrudere queat mutui redditionem. Sane, si ut plerumque adsolet fieri, in mutuatarii gratiam dies adiectus sit, quo possit interim conquirere quod reddat; dubium non est, quin & mutuatarius invitum ad recipiendam ex mutui causa debitam pecuniam jure compellat; cum suo quisque juri ac favori recte renunciet, *l. quod certa 70. ff. de solut. arg. l. pen. C. de pactis, junct. l. stipulatio ista 39. §. inter incertam 16. l. cum, qui 41. ff. de verbis obligat. l. intra dies 7. ff. de re judicata, etque pertinet, quod a Venulejo scriptum est, id quod in diem debetur, ante solvi posse, licet peti non possit, *l. cominus abbas 137. §. cum ita 2. circa fin. ff. de verbis obligat.* Adde *l. Javolenus 15. in fine ff. de annuis legatis.* Si vero in ipsius mutuantis gratiam potissimum diem restitutioni præfixum esse constet, dum pactus est, sibi demum post anni bienniiive decursum mutuum restitui, ne alioquin quot mensibus, aut saltem sæpius, de collocanda fœnori aut in alios usus vertendi pecunia sollicitus esse teneatur, sæpius etiam otiosos penes se diutius servare nummos præter expectationem maturius redditos, non animadverto, cur mutuatario liberum esset ante tempus reddere, quod ex lege, ne ante reddat, accepit: nisi interfarium temporis needum ex pacto elapsi superaddere paratus sit. Etsi enim a variis traditum inveniam, sustineri non oportere pactionem illam, qua id agitur, ne intra certum tempus mutuum reddi queat, Molinusz *tract. de usuris quæst. 31. num. 354.* Menochius *de præsum. lib. 3. præ. 122. n. 69. 79. 71. Sane de dec. fronic. lib. 3. tit. 12. definit. 11. in fine.* Ant. Matthæus *parvus. Belgar. juriscons. h. num. 7.* rationi tamen naturali ac certis juris principibus id adversari putem. Primo enim constat satis ex *l. Javolenus 15. ff. de annuis legatis*, per heredem id, quod in diem a testatore legatum erat, ante diem non recte solvi, si probatum fuerit, propter capientis personam, quod rem familiarem tueri non posset, legatum in diem relictum esse: sive autem pacto sive testamento dies in creditoris gratiam adjectus fuerit, quia, quæso, refert? Cujacius ad *l. 50. §. inter incertam 16. ff. de verbis obligat.* Deinde, cum expeditum sit, cum, qui ædium usum condidit in certum tempus, migrare ante tempus non posse, aut delinquere contra placita ædium usum; quin nihilominus integri temporis, contractu definiti, pensionem præstat, *l. dominus 55. §. ut. ff. locati*, sufficiens nulla diversitatis ratio reddi potest, cur non in usu pecunie, in abusu consistente ac per mutuum concessio, æque efficaciter converteretur de usu pecunie ad certum usque tempus sub usuris retinendo. Vanum sane simulque fictum est, in usurarum legitimarum fraudem ita quicquam agi. Et, si valeat conventio, ut post certum tempus reddere liceat, cui tacite inclusa, ut ante illud tempus restitutio fiat, ut id plures censent secundum Christinzum ad *Leg. Mechl. tit. 12. præ. 3. n. 4. in notis*, consequens est, nisi in verbis hinc videri visum sit, suspensionem quoque conventionem, de mutuo non nisi post*

tempus invito mutuantem reddendo, justam esse ac extra fœnoris illiciti vitium positam. Atque hoc fundamento nititur nunc passim probata illa pãctio, ne debitor creditori sortem reddat, nisi facta creditori ante sex menses aut aliud tempus denunciatione, eam restitutum iri; quo non aliud efficitur, quam ne intra certum tempus restitutio mutui permessa sit, *Maximilianus ad jus Lubecense lib. 3. tit. 8. art. 12. num. 4. Et seqq.* Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 14. num. 38.* Christinaus ad *Leg. Mediolan. tit. 12. art. 2. num. 8.* Loesius ad *sit. pand. de solution. num. 31.* Vinnius ad *S. 2. Inst. de verb. oblig. num. 4.* Abr. a Wesel *de novel. constit. Ultraject. art. 20. num. 12.* 15. ibique plures allegati. Quod ipsum isti quoque conventioni inclusum est, quam mutuatarius in annum mutuum accepit pecuniam sub usuris: in quantum ante annum reddere tunc sortem nequit, nisi oblatis simul anni totius usuris, arg. *l. qui Roma 122. ff. de verbor. oblig.* Groenewegen ad *d. l. 122.*

21. Restituenda ex mutuo simul & semel tota quantitas: non enim particularem solutionem, multa sæpe incommoda habentem, creditor invitus tenetur admittere, nisi id æffum sit, *l. tutor. 41. §. Lucius 1. ff. de usuris, l. obnoxiatione 9. C. de solut. aut pars debiti sit liquida ac in confesso, pars illiquida, sic ut de ea litigatum eundem sit, l. quidam exstimatorum 21. ff. b. 1. aut plures unius mutuantis vel mutuatarii heredes sint, qui singuli non ultra partem suam hereditariam ex mutuo aliisque causis accipiunt, aut reddere compelluntur, l. pro hereditariis 2. C. de hereditat. action. l. per familia 2. §. ult. l. 3. l. heredes 25. §. si miles 1. ff. famil. ercisc.*

22. Est & restituenda res ejusdem generis, non aliud pro alio, nisi creditori consentienti aliud in solum detur, *l. cum, a quo 16. C. de solution. l. 2. §. 1. l. 3. ff. b. 1. junct. l. pretii causa 9. C. de rescind. vendit.* adeo ut, si mutui nomine acceperim auri vel argenti pondus, reddere non possim invito creditori pecuniam ad numerum; cum alia sit pecunia numerata, seu signata, aliud aurum argentumve infectum, cujus solum pondus spectatur & materia, nec alterum sub altero contineatur, arg. *l. cum aurum 19. ff. de auro argento legato, etsi aliud id donationibus placuerit, dum mitius cum eo agendum videtur, qui ex sua liberalitate debitor est, l. si quis argenti 35. pr. C. de donation. junct. l. Divus Fius 25. ff. de reg. jur. dissentit Pinellus ad tit. C. de rescind. vend. in rubr. part. 1. cap. 3. n. 9. Et seqq.* Quod si aliud instrumentum, quasi numeratum comprehensum sit, aliud vere mutui titulo datum constet, non quod scripto cautum, sed quod re ipsa numeratum, reddendum est; eo quod plus valere debet quod agitur, quam quod simulate vel per errorem conceptum est, *l. si non singuli 5. C. si corr. potatur, sit. Cod. plus valere quod agitur quam quod simulate concip. & uti absurdum creditum, re obligationem ultra contrahi, quam datum est, l. si tibi decem 17. pr. ff. de pretii, l. cum ultra hoc C. de non numerat. pecun. ita ineptum æque esset, re quemquam obligari in aliud, quam quod ei numeratum fuit.*

23. Pecuniam tamen mutuo acceptam nemo restituere tenetur regulariter in eadem moneta, sed alios nummos æque probos, seu idem valentes, dando liberatur, veluti aureos pro argenteis, & vice versa;

cum in nummis mutuo datis non tam corpora quam quantitates spectentur, nec hætenus denarii ab aureis, neque aurum ab ære distet, arg. *l. qua exstimatorum 65. §. 1. ff. de verbor. obligat. l. etiam aureos 159. ff. de verb. sign. junct. l. si is, cui 94. §. sin autem 1. ff. de solution. l. 1. ff. de contrab. emt. l. plane, ubi 34. §. sed si non corpus 3. ff. de legatis 1. nisi nominatim aliud actum sit, vel inde damnum passurus esset mutuant, forte nimis minuta reddita moneta, vel alio modo, l. debitorem 99. ff. de solutionibus (ubi pro debitorem oportere legi, creditorem, Gothofredus in notis aliique jure monent) Pachynus *contro. lib. 2. cap. 50.* Pinellus ad *tit. C. de rescind. vend. in rubric. part. 1. cap. 3. num. 16.* 17. quod & per universum orbem invaluisse testatur Parladorius *rerum quotidian. libr. 2. cap. fin. part. 5. §. 17. num. 18. Et seqq.**

24. De mutatione monetæ inter diem mutui dati ac restitutionis gravis controversia est, cui illa placeat, debitorine, an creditori, & num idem an vero aliud in intrinseca bonitate, aliud in externo valore mutato statuendum sit? multos sane hac de re ita scripsisse deprehendo, ut post longam disputationem vix, quid velint, assequaris; quod ne & mihi eveniat, quibusdam præmissis cavere annitar. Considerandum itaque, internam nummorum bonitatem mutari, quoties ipsa proba nummorum materia, ex qua fabricantur, aurum, puta vel argentum, in nummis recentioribus minori invenitur pondere seu quantitate, quam in veterioribus; dum posteriores vel eandem quidem cum prioribus materiæ auri aut argenti puritatem bonitatemque habent, sed levioris ponderis sunt; vel ex adverso idem quidem cum prioribus pondus habent, sed plus æris aut alterius metalli singulis mixtum est; quo per artem separato, minor auri vel argenti puri quantitas deinceps in recentioribus quam antiquis apparet. Sciendum quoque, externam nummorum bonitatem consistere in valore, qui materiæ publice signatæ auctoritate publica imponitur ea mente, ut perpetuus stabilisque sit: quo fit, ut usum dominiumque pecunia non tam ex substantia, quam quantitate præbere intelligatur; imo non amplius corpus, sed sola quantitas & æstimatio illa publica deinceps spectanda sit, *l. 1. ff. de contrab. emt. l. si is, cui 94. §. sin autem 1. ff. de solutionibus*, per quam pecuniarum corpora semel æstimata omnem in posterum aliam respuunt privatam æstimationem, omniaque æstimant, *l. si ita fidejussorem 42. ff. de fidejussoribus.* Notandum insuper, mutari quandoque externum ipsius materiæ, id est auri argenti-que valorem, per usum atque commercia hominum aucto rudis auri aut argenti pretio; & ita quidem, ut non pari proportionem surgat utriusque metalli, ex quo nummus constat, æstimatione, sed magis auri, quam argenti, aut vice versa: ex quo deinde necessario augenda quoque venit publica nummorum jam cursorum cudendorumque æstimatione, etsi materiæ eorum neque melior neque major sit; qua ratione, cum verbi gratia ducatus aureus simplex anno 1395. valeretur publice florentis Hollandicis tribus & octo stufferis, Dalerus imperialis argentens duobus florentis & quinque stufferis, secundum placitum Ordinum generalium anno 1594. 2. Septembr. vol. 1. placitor. *Holl. fol. 2656.* per varias mutationes intra dimidiati sæculi spatium res eo deducta fuit, ut juxta edictum eorum-

dem Ordinum anno 1645. 6. Martii d. vol. 1. pag. 289a. valor Daleri ascenderit ad duos florenos & decem stuferos, ducati vero aurei ad quatuor florenos stuferosque quindecim; eadem in reliquis aureis argenteisque nummis servata augmenti proportionem. Junge Emanuelis Meterani historiam lib. 12 in fine. Ex quo apparet, argentæ monetæ valorem non tantum parte auctum fuisse, aureæ autem amplius, quam quarta parte, quia scilicet minus argenti quam auri infecti pretium creverat commercio mercatorum. Item ultimo animadvertendum, ita plerumque in rebus publicis ac regnis bene constitutis externum valorem nummi auctoritate publica solere, atque etiam oportere imponi, ut cum intrinseca materiæ bonitate conveniat, eique respondeat, seu, ut tanti valeant propter materiam nummi liquefacti ac in rudem auri vel argenti massam redacti, quanti valent signati, deductis solummodo impensis ad pecuniam formandam signandamque factis, et levi alia in majestatis signum publico cæsura portione: ac propterea etiam vel in totum interdici usu nummorum, in quibus deprehenditur deficere materiæ bonitas, vel publicam pro rata imminui eorum æstimationem; l. creditor oblatam 102. ff. de solution. Quibus premis, ajo, bonitatem internam et externam nummorum mutatam, ipsamque etiam mutationem valoris metalli seu materiæ, quæ mutationibus superioribus occasionem præbere solet, cadere lucro et damno debitoris, præcipue mutuatarii, ad reddendam pecuniam devincti; sic ut ille, aucto publico nummorum valore, liberari possit, pauciores reddendo, quam mutuos acceperat; eo vero diminuto, plures pro rata restituere teneatur; et si forte ex metallo priori constantes acceperit, reddere deinde possit alios ex materia viliori per quandam tolerantiam aut conniventiam aut abusum factos, quamdiu nummis illis intrinseca bonitatis intuitu vilioribus sua potestas auctoritate publica ademta non est, ipsique vel in totum reprobati vel externo diminuti valore. Confer Christinzum vol. 3. decr. 1. num. 1. Molinæum de usuris quest. 95. num. 729. & seqq. Neostadium Curia Holl. dec. 37. Grotium manud. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 10. num. 18. 19. & cap. 14. num. 39. 40. 41. Wassenar præct. judic. cap. 11. n. 102. 103. 104. Responsa Jurisc. Holland. part. 2. consil. 125. & 290. 291. 292. Quorum omnium assertionum fundamentum in præcognitis supra enarratis invenitur; puta, quia pecunia, quæ talis, usum dominiumque non tam ex substantia, quam quantitate præbet, quæ quantitas ita auctoritate publica definitur, ut illa sola, et nulla alia, in expendendo, inque commercio inter homines, spectanda sit, d. l. 1. ff. de contrab. emt. Quod et multis Ordinum generalium circa monetam edictis firmatur; quibus post querelas graves de illis, quorum solertia, artibusque etiam non bonis, surgebat in dies auri argenteique rudis æstimatio, prætentur, se ex necessitate crescentis istius valoris invitos compulsos esse ad augendam veterum ac recentiorum nummorum potestatem seu publicum valorem, interdicentes de cetero cum pona comminatione, ne quis eos supra istum lege publica stabilitum valorem expendat, oblatosve acceptet. Ut proinde mirari oporteat, cur Vinnius, postquam ad princ. Inst. quib. mod. se contrab. obligation. 11. hanc basin constitisset, in nummo non

tam corpus, materiam, numerum, qualitatem, quam potestatem, valorem, publica lege impositum, spectari, mox, in n. seq. 12. definierit, si bonitas materiæ intrinseca mutata sit, tempus contractus, si extrinseca, id est, valor impositus, tempus solutionis in solutione facienda debere attendi. Quæ etiam distinctio eo minus ab eo defendi potuit, quod ipse scripsit ibidem, mutata bonitate intrinseca vel extrinseca, atque adeo utrobique, pretia rerum omnium mutari, & pro modo auctæ vel minutæ bonitatis crescere vel decrescere. Id enim si ita sit, par utique externa & interna bonitatis mutata ratio non patitur tam diversum constitui jus. Est sane (ut nostra plenius firmetur sententia), de bonitate nummorum interna mutata id manifestum est ex d. l. creditor oblatam 102. ff. de solution. ubi erosa pecunia, id est, nihilum eris admixtum habens adeoque intrinseca bonitate laborans, oblata creditori proponitur eo tempore, quo necdum jussa præsidis reprobata erat, nec carpitur facta tunc per debitorem oblatio, sed cum creditor in aliud tempus solutionem differri petiisset, interimque jussu præsidis istud pecuniæ genus, tanquam erosum, sublatum, seu expendi vetitum esset, non creditoris, sed debitoris id damnum esse, a Scævola responsum est. Recensque non ab simile non ita pridem in nummis nostratibus argenteis, Schellingorum nomine denotatis, exemplum extitit, quippe qui diu publica quadam tolerantia (dum averti non potuit) expensæ tanquam sex stuferis nostratibus valentes, etsi constaret, multos recentior cuos non ejusdem cum antiquioribus bonitatis internæ esse, plenissimam debitoribus ipsisque mutuatariis ex probiore numerata pecunia obligatis pepererant liberationem, donec tandem istiusmodi nummorum valori publica lege pars duodecima detracta fuit. Sed & de mutato valore nummorum externo sententiam nostram usus quotidianus & hoc ipsum recentissimum monetæ schellingorum mutata exemplum abunde confirmat. Nam cum placuisset, usque ad certum diem tolerandum esse talium nummorum valorem hætenus receptum lex stuferorum, post diei illius existentiam illos deinceps tanquam tantum quinque stuferis cum dimidio valentes expendi debere, contigit frequentissime, ut, qui ante diem illum centum florenos in schellingis acceperant mutuos, lapsi illo die schellingos, plane similes illis quos acceperant, vel etiam eosdem forte nec erogatos, eodem numero reddendõ liberari non potuerint; sed tot nummorum similium corpora addere numeratis debuerint, quot sufficienter supplendæ diminutioni valoris externi. Vicissim occasione valoris perpetui publica auctoritate aucti ob incremens materiæ seu metalli pretium, ab Ordinibus Generalibus constitutum anno 1619. 13. Febr. vol. 1. placitor. pag. 2774. sortes restituendas & reddituum annuorum luitiones faciendas esse, considerato in nummis reddendis valore non ejus temporis, quo forte mutui dati, sed qui publice postea anno 1615. stabilitus fuerat. Quibus similia postea iterum fuerunt cauta 21. Julii anno 1622. artic. 43. 44. diff. volum. 1. pag. 2813. Nititurque hoc fundamento gravis eorundem Ordinum sollicitudo, dum ajunt, ob crescentem in dies auræ ipsius & argenti pretium, crescentemque inde externum nummorum valorem, verendum esse, ne annui redditus, stipendia, alique simile pro-



ventus nummarum, tandem in nihilum probe redigantur, dicto placito 21. Julii 1622. in *prefatione*, & 8. Martii 1645. in *prefat.*, d. vol. 1. pag. 290. qui metus vanus esset, si totidem nummi, quot accepti, reddendi forent, non obstante valoris externi augmento. Nec adversatur hisce, quod Ordines iidem edicto anni 1606. art. 18. d. vol. 1. p. 2677. permittunt, mutuatarium & annui redditus venditorem stipulari posse, ut sibi liceat redditum luere sortemve reddere nummis solutis secundum valorem, qui tempore lutionis auctoritate publica deprehenderetur stabilis; unde citra stipulationem videri posset contrarium servandum esse. Considerandum enim, articulum illum decimum octavum coherere articulo decimo septimo, quo veritum fuerat, ne quis ullo modo contractus iniret, nisi considerato valore nummorum per istud edictum stabilito: ne autem quis crederet, Ordines velle, ne unquam alio valore, utcumque post justis ex causis aucto, nummi redderentur, subijunctum fuit, tales stipulationes licitas esse, nec stipulantes ita peccaturos contra precedentis articuli prohibitionem; quippe id stipulatione agentes, quod & ex jure communi sine stipulatione iustum & servandum erat. Quibus consequens est, ut dicamus, posterioribus hujuscemodi Ordinum constitutionibus derogatum fuisse placito Philippi Hisp. Regis, Hollandiae Comitum, promulgato 5. Martii 1571. d. vol. 1. pag. 1434. in cuius articulo septimo dispositum fuerat, in redditum annuorum lutione solvendo esse nummos secundum valorem, qui probaretur fuisse eo tempore, quo primum redditus constitutus fuit, etsi appareret eum tempore solutionis fuisse auctum. Hac tamen omnia ita demum obtinent, si nulla ex parte debitoris vel creditoris mora intercesserit. Si enim debitor nummos, necdum diminuto valore sed forte diminutione imminente, creditori legitimo tempore debitoque modo obtulerit, & non acceptos consignaverit ac deposuerit, uti plenissimam inde liberationem haberet, ita & diminutio valoris postea superveniens non ei, sed soli creditori damnosa foret, arg. l. *abignatione* 9. C. de solution. l. *super* 41. §. *Lucius* 1. ff. de usuris. Et vice versa, si creditor solutionem urserit, ac litem contra debitorem ob id contestatus fuerit, pendente autem lite vel post condemnationem, ante solutionem nummorum valor auctoritate publica auctus sit, debitor non obstante valoris augmento nummos aureos argenteosque deincepsolvere compellendus erit, considerato valore illo, non qui nunc auctus est, sed qui tempore litis contestatae aut latae sententiae obtinebat; atque ita non debitori sed creditori augmentum proficiet. Neque enim aequum erat, ut debitori sua mora prodesset, expensis forte nummis post auctum valorem, quos ante augmentum debuisse minoris aestimatos, adeoque numero plures, praestare: & vicissim creditori noceret, qui illos legitimo tempore sine mora solutos secundum valorem minorem, potuisset rursus aucto demum valore erogasse. Neutri sane suam moram prodesse oportere, & alteri nocere, incertum est, l. *hominem aerum* 37. in fine ff. *mandati* l. *illud sciendum* 17. ff. de portis. Et commodum est vend. Neostadius *Curia Holl. dicit* 37. Jacobus Coren *obiter* 16. Groenewegen *in notis ad Gratium lib.* 3. cap. 14. num. 59. Et hoc ipsum est, quod placito Ordine Generalium cautum fuit, eorumdem-

tis ad solvendum, licet provocantibus, non praestitum externum nummorum valoris augmentum, quod appellatione vel executione pendente supervenisset, 21. Julii 1622. art. 42. vol. 1. pag. 2513. Sed & si ponas, mutuamentum nominatim pactum esse, sibi tot restitui ejusdem monetae nummos, quot mutuo dedisset, veluti centum ducatos aureos in specie (ut ajunt) cum centum numerasset; recte dixeris, neque plures neque pauciores reddendos esse, quam accepti sunt, sive creverit sive decreverit hujusmodi monetae valor: eo quod mutans tunc corpora & materiam nummorum potius, quam quantitatem & aestimationem publica lege impositam spectasse intelligitur; quod fieri posse, ex multis juris nostri locis patet, l. *salis scriptura* 30. §. *item si* 6. l. *sed si certos* 51. l. *si servus legatus* 101. §. *qui quinque* 10. ff. de legatis 1. l. 1. §. *sed et si* 7. ff. de dote praeg. Grotius *manuduct. ad jurispr. Holl. lib.* 3. cap. 10. num. 18. & 19. Vassenaar *pract. judic. cap.* 11. num. 103. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 120. 121. & *consil.* 49. Quod si simpliciter id actum sit, ut certa nummorum species reddatur, expresso quoque eorum valore, veluti, *dat het geleende Guld in Ducaten sal moeten worden gerestitueert, den Ducaten segens vyf Gulden gerekent*; conventio ista non efficit, quo minus secundum ante dicta plures paucioresve reddantur nummi, quam accepti, prout tempore restitutionis publica talium nummorum aestimatio per legem recentiore aucta vel diminuta erit: cum valor ille censeri debeat pacto expressus esse tantum ad exclusionem valoris, per usum vulgi praeter ac contra edicta publica diminuti auctive, Grotius *manuduct. ad jurispr. Holland. lib.* 3. cap. 14. num. 39. 40. 41. Vassenaar *pract. judic. cap.* 11. num. 104. Responsa Jurisc. Holland. *part.* 2. *consil.* 125. Confer, si libet, de mutatione monetarum varie scribentes a sentientes Albertum Brunum *tract. de augmento & diminutione monetarum in oceano juris tom.* 12. pag. 207. & seqq. Molinæum *de auriis quest.* 96. Andr. Gayl. *lib.* 2. *obiter* 73. Carpozium *defini. for. part.* 2. *consil.* 28. *defini.* 4. 5. & *consil.* 29. *defini.* 5. 6. 7. 8. 9. 10. Jacob. Coren *obiter* 16. Responsa Jurisc. Holland. *part.* 1. *consil.* 216. *part.* 2. *consil.* 125. *par.* 3. vol. 2. *consil.* 333. pag. 669. *par.* 4. *consil.* 33. *part.* 3. *consil.* 80. Ant. Fabrum *Cod. lib.* 8. tit. 30. *defini.* 11. Ant. Matthaeum *de obligation. disput.* 8. *liber* 16. 17. 18. Justus Meyerum *Collegio Argentor. ad Pand. b. 1. m.* 30. Fachineum *controv. lib.* 2. cap. 9.

25. Si major alibi, alibi minor eorumdem nummorum valor sit, in solutione facienda non tam spectanda potestas pecuniae, quae est in loco, in quo contractus celebratus est, quam potius, quae obtinet in regione illa, in qua contractus implementum faciendum est, arg. l. *unic.* C. *ubi conveniatur, qui certo loco dare promittit*, l. *idea* 5. ff. de eo quod certo loco l. *ut in fine ff. de condit. triticar.* l. *vinum* 22. in fine ff. *b. 1. eo quod illic contraxisse unusquisque intelligitur, in quo ut solveret, se obligavit, l. conveniatur* 21. ff. de oblig. & action. l. *ut ubi quique* 3. in fine ff. *de rebus auctor. jud. postid.* Brunemannus *ad l. unic. C. ubi conveniatur, qui certo loco*. Parens p. m. Paulus Vost *de statutu restit. g. c. 2. n. 13.*

26. Non aliter tamen restitutio mutui imputari potest, quam si probetur illud datum fuisse;

qualis probatio per chirographum fieri potest, quoties illud ab eo, qui scripsisse dicitur, agnitionum est; ad quam agnitionem faciendam etiam citari debitor potest, ad eum effectum, ut si citatus prima vice sese non attulerit, adeoque nec scripturae contradicere, it, juris interpretatione, secundum mores nostros agnovisse intelligatur. *Ordennantie van Justitie binne van Seden en ten platten Lande van Holland. anno 15 o. art. 1. §. 10. status. Ultrajecti. §. 7. art. 6. Merula praxi lib. 4. t. 37. cap. 2. numer. 3.* quod & ad heredes ejus, qui scripsisse dicitur, & ad viduam maritum dictam, nec non ad successores in beneficiis ecclesiasticis, ac ad collegia circa scripturam abbatum & aliorum prepositorum productum est eatenus, ut de sua credulitate respondere bona fide compellantur, an defuncti scripturam esse putent, nec ne, Hugo Grocius *manud. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 5. mem. 6.* Parens p. m. Paulus Voet ad s. *Instit. de literar. oblig. n. 9. vers. qua duo, Wassenaar praest. judic. cap. 6. n. 13.* Confer Parlatorium rerum quotid. lib. 2. cap. fin. pars. 1. §. 5. num. 8. & seqq. Imbertum *Instit. for. lib. 1. cap. 29. in notis lit. a.* Quisquis autem scripturam propriam per mendacium inficiatus fuerit, convictus in duplum condemnandus est, *autb. contra C. de non numerata pecun. status. Ultrajecti. t. 7. art. 6. Paulus Voet d. n. 9. versu quod si de moribus, vel saltem arbitrio judicis pro qualitate delicti multiplicandus, Groenewegen ad d. autb. contra C. de non numer. pecun.*

27. Per testimonium quoque depositionem probari mutuum, dubium non est, si modo de quantitate eadem mutuo data deponent: nam si unus de quinque, alter de decem, tertius de quindecim datis testetur, fidem plenam facere nequeunt; cum testes singulares sint, ac de diversis numerationum actibus videantur deponere; sic ut hic locum invenire nequeat id, quod de arbitris scriptum, *l. diem proferre* 27. §. si plures 3. ff. de receptis. Adde Mascardum de probat. conclus. 1036. nam. 15. Quod si de mutui quidem numeratione testimonium testes perhibeant, de quantitate tamen adnumerata pecunia nihil deponent; iurjurandum aetori per judicem de quantitate adnumerata defendendum videtur, eique, si probabiles nonnullae negotii qualitates concurrant, standum, arg. *l. admonendi* 31. ff. de iurjurando, junct. *l. si quando* 9. C. unde vi, *l. 1. §. si quis argentum* 40. ff. depositi, *l. uli. §. si autem* 3. in fin. C. de jure domin. impetr. novell. 82. cap. oportet 10. cap. ex literis 32. extra, de iurjurando. Parlatorius rer. quotidian. lib. 2. cap. 18. Fachineus controvers. lib. 2. cap. 21. §. 4. Carpovius defin. forens. pars. 2. constit. 29. defin. 14. Besoldus delib. juris ad Pand. b. t. n. 1. Idemque dicendum, si testis unus de numeratione, alter de numerationis confessione testimonium perhibeat; quam tales, etsi non plenam, quia singulares sunt, plus tamen quam semiplenam probationem faciant, arg. *cap. cum dilectus* 3. extra, de success. ab intestata, Mascardum de probation. conclus. 1086. num. 7. 8. 9. 10. 11. Fachineus controvers. lib. 2. cap. 51. quart. 2. Beslichius conclus. praest. pars. 1. conclus. 36. n. 140. 141. Plura de mutui probatione vide apud Malicardum d. conclus. 1086. & de litterarum seu scriptura collatione novell. 73. ibiq. DD.

28. Ceterum olim quidem in Hollandia, & Ultrajecti, alibique obtinuit vulgatum illud, *cons. Remen aliud Remen*, quod prolixius expositum vide apud Ant. Matthaeum in *paramis Belgarum juriscons. param. 4. Abr. a Wesel ad novellas constit. Ultrajecti. art. 20.* sic ut fortis repetitio post acceptas anni primi usuras, quasi in annuo reditu constituta, in perpetuum impedita esset, neque id effici pactione posset, ut post acceptas semel usuras integra sortis repetitio esset; maxime, si hypothecam in immobilibus pro sortis & usurarum securitate debitor constitulset; adeo ut pupillaribus nummis per tutorem seniori collocatis id velut privilegium aetati datum fuerit, quod majorenes facti sortis per tutorem collocatae haberent exactionem, Grotius *manuduct. ad jurispr. Holl. lib. 1. cap. 9. n. 13.* Ant. Matthaeus d. *paramia 4. n. 10.* in verb. *enumeremus*, quod & in residuo rerum immobilium pretio, pro cujus solutione tempore solemnibus traditionis res ipsa immobilis vendita coram lege loci devincitur, receptum fuit. Ant. Matthaeus d. *paramia 4. num. 14.* (revera) num. 10. vers. *tertio*; excipienda, & forte aliis pacis in casibus in ejusdem *paramis* interpretatione, & apud Wesel ad d. art. 20. recensita. Sed postea generaliter Hollandis placuit, conventionem servandam esse, qua id actum fuit, ut mutui, etiam usurarii repetitio post acceptas repetitis vicibus usuras pignusque immobile constitutum libera ac permessa sit. Ultrajecti vero ex novella decisione anni 1639. d. art. 20. ita jure esse cepit, ut in simplici mutuo usurario promiscue, sine usurarum distinctione, sortis repetendae potestas ex pacto sit; at in eo, quod hypotheca immobilium munitionem est, ita demum, si usuras pendantur quincuncibus minores; quas tamen si mutuatarius usque ad quincunces augere velit, perenni usurarum solutione defungi potest, & sortis restitutionem declinare.

29. Qua posita statutorum diversitate, si quaratur cujus loci leges spectandae sint in questione, utrum mutuum post acceptas usuras repeti possit, nec ne; dicendum est, in simplici quidem mutuo locum contractus inspicere oportere, qualis est etiam ille in quem solutio destinata est; ut alibi dictum, arg. *l. quero 100. ff. de solution. junct. l. contrahisse* 21. ff. de oblig. & act. Ant. Matthaeus de auction. lib. 2. cap. 4. n. 34. & in *paramis Belgar. juriscons. param. 4. num. ult.* parens p. m. Paulus Voet de statutis rect. 9. cap. 2. num. 10. 11. 12. etsi tunc debitor in loco, aliis juribus utente, commoretur, aut post contractum mutui eo migraverit, cum initium contractus cujusque attendendum sit, arg. *l. pretii* 9. C. de rescind. vend. *l. quid ergo* 13. pr. ff. de his, qui nos. infam. Ast, ubi pro mutuo res immobilis solemniter coram lege loci pignori oblata fuit, verius est, inspicere oportere leges loci, in quo immobilia, hypotheca vinculo affecta, sita sunt; eo quod tratatitium est, immobilia secundum leges loci, in quo existunt, regi. Quibus consentaneum fuerit, frustra Hollandum stipulari restitutionem sortis sub usuris quincuncibus & hypotheca immobilium in Ultrajectino solo jacentium; recte Ultrajectinum ita pacisci ab Hollandia, pro mutuo praedia Hollandica solemniter devinciente. Ant. Matthaeus d. *param. 4. num. ult.* Rodenburch de jure conjugum, in tract. *praeliminari de statutorum diversis. t. 4. pari. altera cap. 2. n. 7. p. 160.*

30. Præter verum mutuum etiam aliud præsumtum est; cum quis chirographo confessus est, se mutuum accepisse pecuniam spe futura numerationis, quæ tamen secuta non est. Quale negotii genus improprie admodum nec satis accurate nomine *obligationis litterarum* resignatum fuit. Qui enim, obsecro, litterarum obligationem dicere jure possis, ubi jure singulari scriptura initio inspecto longe minorem habet vim, quam in ulla alia juris parte? Fiunt sane scripturæ, ut, quod actum est, facilius probari possit, teste Gajo *l. contrahitur, 4. ff. de pignor. & hyp. l. in re 4. ff. de fide instrum.* unde & in probatione faciendâ eandem vim obtinere dicitur tam fides instrumentorum, quam testium depositiones, *l. in exercendis 15. C. de fide instrum.* militatque vulgo pro scriptura præsumtio veritatis, si scriptum sit, rem certo pretio fuisse venditam, per Titium Mævio stipulanti promissam, fidejussionem aut aliam conventionem fuisse interpositam, sic ut ad inficias ire cupiens contra scripturam, probationis onere gravandus sit, §. *item verborum 12. Instit. de inutil. stipul. l. optimam 14. Cod. de contrab. & committ. scrip. §. ult. Inst. de fidejussor.* Sola est sic dicta litterarum obligatio, in qua scriptura omni probandi efficacia ab initio sic destituta est, ut is, qui sibi numeratum esse scriptura sua proficitur, sola inficiatione sua biennio toto enervare queat confessionem suam scripto emissam, & perimere omnem, quæ videri posset pro scripturæ veritate subesse, præsumptionem, neque quicquam consequi ex scriptura possit actor; nisi aliunde probet, numerationem factam esse, *l. si ex cautione 3. C. de non numerata pecunia.* Et hinc neque Gajus neque Ulpianus ex professo de contractuum speciebus agentes, ullam litterarum fecerunt mentionem, triam, puta, re, verbis & consensu constantium contractuum enumeratione contenti, *l. 1. §. 1. ff. de oblig. & act. l. 1. §. pen. ff. de partit.* Neque quicquam, quod astrueret litterarum obligationem, occurrit in Pauli responso in *l. non figura 3. ff. de oblig. & act.* cum ibi tantum describat modos, quibus consensus exprimi potest, quod sit vel voce vel scripto; vel expresse vel tacite rebus ipsis & factis, *l. de quibus 32. §. 1. ff. de legibus*, quo modo & Modestinus dixit societatem & re & verbis coiri posse, *l. societatem 4. ff. pro socio*, et ipse quoque Paulus de emptione disserens, ait, eam consensu contrahi, ideoque *& inter abentes & per nuncium & per literas*, *l. 1. §. ult. ff. de contrab. empt.* Nec est, quod quis existimet, non ab initio quidem, sed tamen lapsu biennii, litterarum obligationem nasci. Sic enim dies esset obligationis introducendæ modus; cum tamen in obligationibus in diem ita jus sit, ut, non ex die appposito, sed statim ab initio nascatur obligatio ac dies cedat, §. *omnis stipulatio 2. Inst. de verbor. obligat.* adeoque dies, uti non finientis, ita nec introducenda obligationis modus esse possit. Ne dicam, in universum sine temporis distinctione rescriptum esse, *scripturam, qua cautum est, accepta, qua negas tradita, obligare se contra fidem veritatis non potuisse, l. neque scriptura 6. Cod. de compensat.* quod verum non esset, si lapsu biennii scriptura sola adipisceretur obligandi vim. Quin potius biennii lapsus id unum operatur, quod tunc scriptura, quæ hæcenus biennio toto caruerat probandi vi, nunc in posterum incipiat eandem fidem

facere, quam ab initio facit, si in stipulatione, veriditione aliisque similibus adhibita sit; atque ita probandi onere post biennium gravet scribentem, qui ante biennium nihil ipse tenebatur probare, sed absolvendus erat; actore numerationem non docente. Quo sensu rescriptum fuit in *l. si sub specie 3. C. de postulando*, scribentem posse *usitato more* chirographum condicere, si *temporis spatio gesto negotio consensus ac fidem non accomodaverit*, dicitur enim *usitato more*, quatenus condicens intra biennium nihil ipse probare tenetur; non magis, quam si non numeratæ pecuniæ objiceret exceptionem; at lapsu biennio condictio *usitato more* non competeat, qui lapsu illo spatio *consensus negotio ac fides accomodata* censebatur: dum scripturæ jam major incipiebat constare auctoritas, & ea, ut alias, ita & hic, probationem atque ita fidem faciebat negotio, quod illud sic gestum sit: quæ tamen fidei præsumtio, pro scripturæ veritate militans, contrariis semper probationibus secundum juris communis regulas enervari potest. Juratque hanc nostram sententiam, quod secundum Theophilum in *1. Inst. de litterarum obligatione*, & Bevardum plenius illa illustrantem *lib. 3. variorum cap. 1.* non modo mutui, sed & alterius cujuscunque debiti (veluti ex empto locato stipulatione) confessio per scripturam solemniter facta, coeperit dici litterarum obligatio: ut proinde olim numeratæ pecuniæ confessio a debiti alterius cujuscunque confessione non fuerit diversa scripturæ intuitu; jure posteriore in eo distet, quod toto biennio minorem fidem faciat scriptura de mutui numeratione, quam de quavis alia conventionem concepta.

31. Quod si ergo ex scripta mutui confessione quis conveniatur, quod tamen numeratum non est, tueri sese potest exceptione non numeratæ pecuniæ; sive nullo modo numeratio subsecuta sit, sive cum minor quantitas numerata esset, de majore fuerit cautio data, *l. minorem 2. & 101. 1. C. de non num. pecun. 1. de Inst. de litterar. oblig.* Quæ exceptio non modo in rem est, heredibus proficiens et fidejussoribus, *l. si intra 8. l. tam mandatori 12. C. de non num. pecun.* sed et, si intra biennium a tempore chirographi conscripti computandum opposita fuerit, privilegiata; onus quippe probandi rejiciens in actorem, qui numerationem dicit secutam esse, *l. si ex cautione 3. l. observatio 10. C. de non numerata pecunia* alioquin reus excipiendus actor fiat, suamque teneatur probare exceptionem, *l. 1. ff. de exception. l. si quidem 9. C. cod. 1.* Sed si is, qui chirographum possideat, intra biennium ex eo non experiat, sic ut exceptio opponi nequeat non agenti, chirographum ipsum intra biennium per eum, qui scriptus, heredemve ejus condici potest conditione sine causa, vel causa data, causa non secuta, si modo præsens sit possessor ejus, *l. ult. C. de condit. ex lege 1. si sub specie 3. C. de postulando*. Sin absens sit aut latitet, ac propterea actionibus istis conveniri nequeat, adversus eum id ipsum apud judicem aut alias solemniter in querimoniam deducendum est; quo facto, perpetua redditus hæc privilegiata exceptio, sic ut actori quandoque deinceps agenti impositum daret onus probandi, numerationem vere secutam esse, *l. si intra 8. l. in contractibus 14. §. in omni C. de non numerata pecun.*

32. Cessat tamen exceptio hæc, si quis argentario

scripserit, seu confessus sit, sibi numeratum esse, *novel. 136. cap. insuper de hoc 5. & 6.* aut confessio facta sit ex causa antecedentis debiti; vel si pro antecedente debito pignus non eodem, sed alio tempore constitutum sit; quippe quibus in casibus confessus ipse tenetur probare, sibi pecuniam non esse numeratam, atque ita non privilegiatam, sed nudam sine privilegio habiturus est non numeratæ pecuniæ exceptionem, *l. adversus 5. l. generaliter 13. C. de non num. pecunia.* Sæcus, quam obtineret, si eodem tempore, eademque scriptura & numerationis confessionem faciat, & pignus constituat; tunc enim nihilominus privilegium exceptioni coherens salvum est, *l. si ex cautione 3. C. de non num. pec.* Quin & si quis jam solverit partem debiti scriptura comprehensi vel usurar. ejus, exceptione hac privilegiata tueri sese nequit, quo minus & reliquam deinceps exolveri; cum tarda nimis sit de non numeratæ pecuniæ querela adversus jam agnitam solutione cautionem, *l. cum fidem 4. C. de non num. pecun.* Idemque est, si super ea pecunia, quæ dicebatur non esse numerata, transactio facta sit, ac postea is, qui transactionis causa quid dedit promissive, excipere vellet, illud super quo transactum fuit, nunquam numeratum fuisse, seu nullam veram subfuisse debiti causam, *l. si transactionis 1. C. de non num. pecun. junct. l. in summa 65. §. & quidem 1. ff. de condit. indeb.* Non etiam locum habet in confessione depositi; nec in apochis publicarum functionum, plane adversus apochas de debitis privatis exsolutis conscriptas, intra triginta dies proximos exceptio hæc salva est, *l. in contrahibus 14. §. 1. 2. C. de non n. pecun.* Negatidius Curia sup. decr. 4. Sande decr. Frisic. lib. 1. t. 11. defin. 1. Ant. Faber Cod. libr. 4. t. 22. defin. 6. Zangerus de exception. part. 3. cap. 14. numer. 25. & 1099. Carpzovius defin. for. part. 2. conj. 29. defin. 19. Leeuwen cons. for. part. 1. lib. 4. cap. 74. num. 7.

33. An autem biennio elapso, & neque querimonia facta, neque chirographo condito, deinceps exceptione non numeratæ pecuniæ tueri se scriptor possit, si ipse probandi onus in se suscipiat, non adeo expeditum est. Vinnius quidem omne omnino adjutorium scriptori post biennium negat, etsi probare parato, *relekt. quest. lib. 1. cap. 41.* Sed vix est, ut cum æquitatis ratione aut juris nostri fundamentis opinio ista concilietur: ac proinde rectius simplicem illam non numeratæ pecuniæ exceptionem, quæ excipiens sese exceptionis suæ probationem subire compellitur, post biennium admitteris. Et enim primo quidem nullum facile negaturum putem, quin ante introductam hanc speciem & privilegiatam biennalem exceptionem, ei, qui conveniebatur ex chirographo continente confessionem numerationis, quæ secuta non est, liberum fuerit ex generali juris, & æquitatis ratione sese defendere per oppositam doli exceptionem, dum dolo non caret, qui tanquam ex mutuo numeratum repetit, quod vere numeratum non esse, reus docet, *l. palam 2. §. circa primam 3. ff. de doli mali & metus except.* junct. §. idem juris est 2. Inst. de exceptionibus, qualis doli exceptio secundum suam propriam naturam æstimata, non temporalis sed perpetua est, *l. pure mihi 5. §. ult. ff. de doli mali & metus except.* Huic ergo doli exceptioni cum postea adjungeretur non numeratæ pecu-

niz exceptio privilegiata, quæ intra biennium opposita onus probandi ab excipiente avertebat, ac transferebat in actorem, verum quidem est, ipsam quoque doli exceptionem cum non numeratæ pecuniæ exceptione concurrentem, inter biennium aque privilegiatam affectam esse, & probandi necessitatem in actorem rejecisse, *l. si ex cautione 3. C. de non num. pecun.* cum alioquin is, qui dolum allegat, licet in exceptione, dolum admissum probare debeat, *l. quoniam 14. §. qui dolo 1. ff. de probat.* sed tamen & verum fuit, eo ipso neque ablatam neque sublata fuisse per superadditum aliquod biennale privilegium communem illam sive doli sive non numeratæ pecuniæ exceptionem, quæ jam ante privilegium illud nota erat, ac ex generalibus juris fundamentis opponi poterat, sed magis per biennii lapsus ad jus commune, quo onus probandi exceptionem excipientem gravat, rem totam rediit; ne alioquin eveniret, id, quod in alicujus commodum ac favorem inventum est, torqueri in ipsius dispendium, contra manifestas legum regulas propositas in *l. quod favor 6. C. de legibus, l. nulla juris 27. ff. de legibus, l. ult. in med. C. de præpositi agnitionem in rebus,* aut agentis ex chirographo, numerationem falsam continente, suus dolo per occasionem juris civilis contra naturalem æquitatem prodesset, quod fieri non debere Paulus monuit, *l. 1. §. 1. ff. de doli mali & met. except.* Aut lapsus biennii plus adimeret scriptori chirographi, quam biennium ei ab initio dedit; dedit scilicet biennium ei non exceptionem doli, sed liberationem a probandi necessitate, secundum ante dicta; ac proinde lapsu illo solam interire liberationem ab onere probandi, necesse est, salva manente post biennium vulgata doli exceptione, quæ ante ullam de biennio determinationem a lege factam, nota, & scriptori chirographi accommodata fuit; atque ita in casu hæcenus haud dissimili argumentatur Imperator Justinianus in *l. pluris 19. in fine C. de fide instrumentorum.* Deinde rescriptum fuit aperte satis ac generaliter scripturam, quæ cautum est, accepta quæ negas tradita, obligare te contra fidem veritatis non potuisse, *l. neque scriptura 6. C. de compensation.* quod tamen contingeret, si post biennium omnis etiam non privilegiata quiesceret exceptio sive doli, sive pecuniæ non numeratæ. Absurdum denique foret, & rationi contrarium, denegari cuiquam post tempus naturalem defensionem in doli vel non numeratæ pecuniæ ordinaria exceptione consistentem, quæ non aliud intendit excipiens, quam ut extra damnum sit, nec adigatur ad restitutionem ejus, quod nunquam accepit. Et enim si in jure probatum sit, ipsam metus & doli actionem (quarum illa regulariter intra quadriennium, hæc intra biennium intentanda est secundum juris principia) perpetuo durare, quoties non nisi ad indemnitatem his actionibus actor contendit, & adversarius de lucro captando, seu re, quam injure per metum dolumve possidet, retinenda; adeo ut & heredes eorum, qui metum aut dolum fecerunt, in perpetuum conveniri possint, quatenus possident, nec ullo tempore prator rata habeat, quæ dolo vel metu gesta sunt, *l. in herodem 26. 27. 28. 29. ff. de dolo, l. quod autem 19. l. 20. l. 21. §. quod metus 1. ff. quod metus causa;* quoniam, obsecro, colore doli exceptio post biennium denegari potuerit ei, qui de

damno evitando sollicitus, id unum excipiendi efficere vult, ne sua cum *actura* possessor chirographi per dolum locupletetur; maxime si consideres, leges facilius exceptiones solvere quam actiones indulgere, ac reis magis quam actoribus favere.

52: Nec est, quod quis cum Vinnio *d. lib. 1. cap. 41. select. quest.* effugium querat, quasi regula de exceptionibus in perpetuum dandis tradita in *d. l. 5. §. ult. de doli mali & metus excepti.* ad illas non pertineret, quæ etiam ultro a debitore per modum actionis proponi possunt. Neque enim vel lege vel exemplo satis certo ac idoneo limitatio illa atque restrictio regulæ firmatur; atque insuper redarguitur manifesto per metus exceptionem, doli exceptioni affinem plane, quæ perpetuo opponi potest, etsi is, qui metum passus est, etiam per actionem quod metus causa intra quadriennium securitatem sibi superare potuisset adversus negotium metu gestum, etiam adhuc imperfectum; ac nominatim in casu quo chirographum fuerat per metum extortum; (uti nostro in casu per dolum & simulatum numerationis apparatus aut factam spem) *l. metum autem 9. §. sed quod 3. ff. quod metus causa.* Leve utique est, quod inofficiosi querela Vinnius istam suam restrictionem stabilitum it, asserens, etiam intra quinquennium querelam per modum contradictionis sui exceptionis inducendum esse, quoties filius exheredatus in hereditatis possessione est, *l. Papinianus 8. §. si filius 13. ff. de inoff. testam.* cum tamen nulla quinquennii istius in *d. lege* mentio sit; & perperam id petatur ex verbis *quemadmodum ageret, si non possideret, sed peteret*; quippe quibus non temporis intuitu comparatio inter inofficiosi exceptionem & actionem denotatur, sed id unum, quod is, qui hereditatem possidet, tueri se possit inofficiosi exceptione & ita hereditatem sibi defendere; quo modo id etiam assertum fuit in *l. permittendum 8. ff. si pater hereditatem pet.* Neque verum est, ejus, quod exceptiones perpetuo dentur, hanc solam rationem esse, quod actores quidem in sua potestate habeant, quando utantur jure suo; is autem, cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur, juxta *d. l. 5. §. ult. ff. de doli mali & metus excepti.* cum & alia sit; quod nempe nec infamantes sint exceptiones, uti quidem actiones, ac nominatim doli actio; adeoque etiam minus odiosa. Frustra quoque obtenditur, puniri oportere insignem negligentiam ejus, qui, cum repetere posset chirographum, aut de pecunia non numerata querimoniam interponere, toto biennio in eo cessavit. Cum utique neque omnis negligentia punienda sit, neque extra omnem poenam hæreat, qui numerationem confessus, intra biennium de ea non secuta conquestus non est; dum privilegiata destituitur exceptione, ac onere probandi gravatur. Et sane, si ob id, quod quis temporalem habens actionem, nec intra tempus præfinitum agens, mox etiam exceptione ex eadem causa descendente privandus esset; sequeretur, eum quoque, qui eadem ex causa temporalem aliam, aliam perpetuam actionem habet, actione perpetua destituendum esse, ubi agere neglexit intra tempora actioni alteri temporali præfinita; quod quantopere in ipsa incurrat juris initia, notius est, quam ut adstructione indigeat. Sed nec illud movere quemdam debet, quod post biennium scriptor chirographi probare non potest, nu-

merationem subsecutam non esse, quia factum negantis naturali ratione probatio nulla est, *l. asserueratio 10. C. de non num. pecun. l. actor 23. C. de probation.* præsertim cum post biennium etiam jurisjurandi delationem de pecunia non numerata videamus reprobam *l. in contradietibus 14. §. illo illo 5. C. de non numerat. pecun. novell. 136. cap. in illo atque 6. circa fin.* Etenim verum sit, difficilem sæpe esse numerationis non secuta probationem, sic ut reo non tam jus quam probatio deficiat, ut Paulus ait *l. duo sunt Titii 30. ff. de testam. ius.* atque fateri oportet, naturali ratione & directio per instrumenta vel testes probari non posse facti negationem; tamen per indirectum testibus aut instrumentis fieri probationes novum non est; uti id apparet in stipulatione, quam promissor negat interpositam, *§. item verborum 12. Instit. de in iud. stipul. l. optimam 14. C. de contrab. & committ. Stipul.* indebiti conditione, quæ actori incumbit docere indebitum fuisse quod solutum est, *l. cum de indebito 25. in pr. ff. de probation.* ac denique in eo ipso, qui cautionem debiti causam continentem (qualis in nostro casu est numeratio) emisit, quem suæ stare oportere Paulus scripsit, nisi evidenter quæ probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit, se hæc indebite promississe *d. l. 25. §. ult. ff. de probation.* quod & totidem prope verbis a Justino Imperatore repetitum, *l. generaliter 13. C. de non num. pecun.* Ex quibus etiam intelligi potest, quam non stringat satis argumentum a denegata post biennium jurisjurandi delatione desumptum ex *d. l. 14. §. 5. C. de non num. pec.* Verum enim non esse, quod jurisjurandi prohibita delatione, alia omnis probatio dediceret vel interdicta videretur, vel inde manifestum est, quod & Paulus in *d. l. 25. §. ult.* & Justinus in *d. l. 13.* desiderantes probationem scriptis insertam, in scriptis habitam, eo ipso monstrant satis, jurisjurandi delationi non debuisse locum fieri, nec tamen ideo omnem aliam probandi viam fuisse præclusam. Nec mirum adeo, ad probationem jurisjurando faciendam aditum reo post biennium non patuisse, si quis consideret, illud probationis genus extraordinarium ac subsidiarium esse, nec carera quadam duritie, quod quis delato sibi jurisjurando prodere sese compellatur, & adversario arma contra se subministrare. Ne nunc dicam, vel ipsam illam jurisjurandi deferendi prohibitionem nominatim adeo a Justiniano in *d. l. 14. §. 3. C. de non num. pec.* propositam, argumento esse posse quod post biennium exceptio sive doli sive non numeratæ pecuniæ opponi potuit, si modo reus probationes habeat. Si enim id non liceret, inanis sane esset Imperatoris admonitio de jurisjurando post biennium ad probandam non numeratæ pecuniæ exceptionem non admittendo: cum posita exceptionis ipsius denegatione frustra disputetur & inquiretur, quo probandi genere uti liceat, vel non uti, ad firmandam exceptionem nullo casu admittendam. Quod vero toties legitur, post biennium non dari non numeratæ pecuniæ exceptionem, debitorem post biennium, omnino solvere compellendum, quod præcipuum dissidentium fundamentum est, *l. 1. l. 14. & passim in tit. C. de non num. pecun. tit. Instit. de literar. oblig.* id in *d. l.* non nisi cum relatione ad privilegiatam exceptionem, biennio coarctatam, scriptum est, in quantum

post biennium, & debitor secundum scripturam fidem præsumeretur; & condemnandus est, etsi numerationem actor ultra non probet; cum intra biennium objecta non numerata pecunia exceptione reus, etiam nihil probans, non esset compellendus solvere, sed absolutio deberet sequi, quoties actor numerationem non probasset, *l. si ex cautione 3. C. eod. tit.* Sed id non impedit, quo minus reo, cui ista privilegiata exceptio jam perit, aliis defensionibus quibuscunque uti liceat ex jure communi, interque eas etiam vulgatae doli aut non numerata pecunia exceptio. Simile de confessionis auctoritate & efficacia, quae etiam in adversum adduci solet, iudicium esto; quod enim Ulpianus ait, *post rem iudicatam, vel iurejurando decitam, vel confessionem in jure factam nihil queri, quis in jure confessi pro iudicatis habentur, l. post rem 56. ff. de re iudicata*; id primo quidem de sola confessione in jure facta asseritur, qualis non est haec nostra chirographo contenta. Sed & secundo ipsam illam confessionem in jure factam non tantam auctoritatis esse, quin in contrarium probationem admittat, idem Ulpianus egregie docet in *l. inde Narratius 23. ff. ult. l. 25. ff. ad leg. Aquil.* cum ait, *si quis hominem vitium falso confiteatur occidisse, & postea paratus sit ostendere hominem vitium esse, Iulianus scribit, cessare Aquilam, quamvis confessus sit, se occidisse: hoc enim solum remittere actori confessoriam actionem, ne necesse habeat docere, eum occidisse, & merito non enim fateri censetur qui errat, nisi jure ignoravit, auctore eodem Ulpiano l. 2. ff. de confessis.*

35. Uti autem haec sententia frequentiore interpretum consensu recepta fuit, ita & moribus hodiernis (si forte Frisiam excipias) probata; adeo ut existiment, etiam statim ab initio minus probandi incumbere neganti numerationem factam esse, quoties chirographo ac numerationis confessioni subiectae exceptionis huius renunciationem; cui tamen ad probationem faciendam succursum haecenus, ut & ante post biennii lapsum aliis destitutis probandi modis ad jurisjurandi delationem admittatur, Sander docet. *Frisie lib. 1. tit. 11. definit. & lib. 3. tit. 2. definit. 1. Ant. Faber C. lib. 4. tit. 22. definit. 7. & in not. Relandus Curiae Ultraject. docet. 49. Menochius de praesumpt. lib. 3. praes. 145. Groenewegen ad rubric. C. de non numer. pecun. & ad Grotii mandata jurispr. Holl. lib. 3. cap. 5. n. 3. 4. Vinnius d. lib. 1. select. quart. cap. 41. in fine, Parens p. m. Paulus Voet ad tit. Instit. de literar. oblig. nu. 10. Responsa Jurispr. Holl. part. 1. consil. 200. Leewen cons. for. part. 1. lib. 4. cap. 14. nu. 5. 6. Joh. Decherus lib. 1. dissert. 6. num. 4.*

## TITULUS II.

De Jurejurando sive Voluntario, sive Necessario, sive Judiciali.

## SUMMARIA.

1. Quid sit iurjurandum? quid iurjurandum corporaliter praestitum? & an procurator mandato introitus iurare possit in anima domini, recedendum jure civile, canonico & balthemano?
2. Per Deum jurari debet; de iurejurando improbatum religionis praestito, vel delato, de iurejurando

de per caput, per salutem suam, aut liberorum aut Principis, & de pejerante per Principis venerationem, ac ob id maiestatis crimen non committente; de assertionem tolemani anabaptistarum, qua iurjurandi loco est.

3. Ubi plura inveniuntur de veteri more atque jurandi, remissive.
4. De iurejurando promissorio; illud conventionibus appositum secundum jus civile sequi naturam adest, qui apponitur.
5. An, & quatenus iurjurandum promissorium jure Canonico ac moribus servandum sit; maxime, si opponatur negotiis, qua lege vel consuetudine reprobatum & vetita sunt? Quid si iurjurandum dolo vel metu interveniente interpositum sit? & de laxatione iurjurandi per magistratum.
6. Si iurjurandum sit appositum actui, qui mere dependebat a voluntate jurantis, & jurans contra primum actum venerit, actus secundus juramento contrarius ratus erit, jure etiam canonico, & qui testamentum appositum iurjurandum de eo non revocando, si tamen postea revocet, postrema voluntas effectum habet.
7. Quid sit iurjurandum assertorium in genere? quid voluntarium, judiciale, necessarium?
8. Qui possint vel non possint deferre voluntarium & judiciale; ubi de tutoribus ac curatoribus, & an bi decreto indigeant? item de procuratoribus, civitatum defensoribus, magistris societatum, uno ac pluribus heredibus, pupillis, prodigis, post biennium exceptione non numerata pecunia utentibus, iurjurandum semel a se delatum revocantibus, serois & filiisfam. deque minoribus, & infamibus.
9. Quibus deferatur? an & quatenus impuberibus, serois, heredibus, procuratoribus & defensoribus?
10. Delatio iurjurandi locum habet in actionibus civilibus in rem & in personam, sive rei persecutoris sive penalibus & infamantibus. An & in actione injuriarum? An in popularibus? an in questione, utrum mulier praegnans sit, aut an nuptia vel sponsalia intercesserint? An in criminalibus; an hodie in causis infamantibus?
11. An deferri possit ab actore vel reo post testimoniorum publicationem, & probationum ulteriorum renunciationem?
12. An delatio fieri possit per eum, qui in se recipit probationem; quicquid nihil omnino ex suo latere probavit?
13. Delatum ab eo, qui de calumnia juravit, praestandum aut referendum ea forma, qua delatum, nisi aliud ex causa iudex arbitretur; nec opus, ut referent de calumnia juret. Si tutor detulerit, relatum sibi praestare tenetur.
14. Refrui nequit, sed praestandum, si is, cui delatum, illud jam acceptaverit, vel solus aut melius scias id, de quo jurandum.
15. Nec praestandum nec referendum, quod delatum, si deferent de calumnia jurare nolit; vel delatio aliqua ex parte vitio laboret; vel jam plene per eum, cui deferitur, probatum sit: vel si plenam offerat per instrumentum aut testes probationem.
16. Qui iurjurandum delatum nec praestare nec referre vult, vitatur, recedit; sed appellare potest. An, cui delatum, possit potius delationem ad de-

- liberandum? An is, qui delulit, delatum, sed necdum præstitum revocare possit? an is, qui expresse vel tacite recusavit, alterutrum facere, postea ex penitentia possit præstare vel referre?
17. Reo jurante, datur ei exceptio iurijurandi quandoque utilis rei judicate.
18. Actori juranti datur actio in factum ex iurejurando, vel iudicati, perpetua, & in simpum, licet negotium, de quo juratum ex inficiatione in duplum sit. Non est nova actio, sed adjectiva qualitas alterius actionis in rem vel personam, cujus & naturam imitatur; nec novationem continet.
19. Iusjurandum juranti etiam nocet, ut conveniri possit ex negotio, quod intercessisse jurat; quod exemplis docetur.
20. Iusjurandum aliis, quam inter quos est præstitum, neque nocet neque prodest; quod exemplis probatur.
21. An iusjurandum debitoris principalis proit fideiussori, & vice versa? an iusjurandum unius rei debendi proit alteri debendi reo? An delatum ab uno credendi reo, & per debitorem præstitum, noceat alteri reo credendi agere volenti? an vice versa, quod unus debendi reus delulit præstitum ab adversario, noceat alteri debendi reo?
22. Iusjurandum strictam recipit interpretationem, ne extendatur ultra rem aut casum, de quo juratum est. Quid iuris, si a in actio intenteur, sed qua questio eadem ventilatur, qua in actione priore, in qua juratum est.
23. Pro præstatio habetur iusjurandum, quod ab eo, qui delulit, remissum est ei, qui illud jam suscepit. Quid intersit inter remissionem iurijurandi adhuc præstandi, & ejus quod jam præstitum est?
24. Habetur & pro præstato, si is, qui illud tibi delatum aut relatum suscepit, mortuus sit, antequam præstaret; sicut si præstare recuperavit.
25. Iusjurandum voluntarium & judiciale præstitum non potest rescindi per appellationem, nec propter instrumenta noviter reperta, nec perjurii prætextu, cujus ratio & restrictio explicatur. Monstratur in omni delatione vel relatione iurijurandi tacitam conventionem esse.
26. Recensentur plures casus ac causa, quibus iusjurandum voluntarium ac judiciale jam præstitum effectum caret.
27. Iusjurandum necessarium plenius explicatur. In quibus causis locum habens? an in criminalibus? an bodie in infamantibus? An si ex crimine tantum civiliter agatur ad penam pecuniariam? An & in actione injuriarum ad penam pecuniariam quæ palinodiam? An & in causis fraudati census & impositionum publicarum?
28. Quando causa dicenda sit dubia, ut iudex iusjurandum deferre possit?
29. Deferre potest iudex iusjurandum, licet noster litigantium id petat, etiam post conclusionem in causa. Arbitrio iudicis relinquendum, an illud actori, an reo, deferri debeat. Quibus in casibus suppletur iusjurandum deferri nequeat? non ad probandum præscriptionem, aut consuetudinem,

aut sanguinis proximitatem, nec ad supplendam solemnitatum defectum.

30. Tractandum ea forma, qua delatum, citata adversa parte. Nec referri potest, ac iudicandum contra eum, qui jurare decreverat; appellari tamen a condemnatione potest, & peti rescissio iurijurandi propter instrumenta noviter reperta.
31. Moribus bodieris iusjurandum a parte par. i delatum non præstatur, nec quisquam præstare vel referre cogitur, nisi interveniat iudicis decretum. Nec tamen ideo omne iusjurandum, quantum ad effectum, necessarium est.
32. Qua sit perjurii pena jure Romano, ac moribus? an ponit graviores afficiendi, qui tantum ad pejerandum se paratos professi sunt; aut errore pejerarunt; & ex quibus præsumi possit, dolum a perjurio abfuisse.

1. **M**aximum litium expediendarum remedium in usum venit, iurijurandi religio, quia vexatione ipsorum litigantium, vel ex auctoritate iudicis, deciduntur controversie l. 1. ff. b. i. sed, cum & aliis modis utilitatem usumque præbeat, opera pretium videtur, paulo altius hanc rem repetere. Iusjurandum in genere nihil aliud est, quam religionis veritatis affirmatio, seu invocatio divini Nominis in testimonium veritatis (ita dictum, quasi Jovis jurandum) l. 1. si qui major 41. C. de transaction. ad quod præstandum admittendi qui, quid agant, intelligunt: præcipue quidem in sua anima; quo casu iusjurandum forte dictum fuit corporaliter præstitum, arg. l. 1. C. si advers. vendit. l. si alterius 3. in fin. C. si minor se majorem dix. nisi magis placeat, corporaliter præstitum ad oppositionem ejus, quod tantum scripto comprehensum erat, denominari d. l. 3. Neque enim probare satis queo illorum opinionem, qui per iusjurandum corporaliter præstitum denotant illud, quod tactis sacrosanctis Evangelicis interpositum est; cum ejus mentio sit etiam in d. l. 1. C. si advers. vendit. cujus auctor est Alexander Severus & in d. l. 3. C. si minor se majorem, quæ scripta a Diocletiano ac Maximiniano, qui omnes Christianorum, uti sacra, sic & Evangelia non tanti fecerunt, ut iis tactis jurari vluissent. In anima tamen alterius iusjurandum præstari, non prorsus improbatum est: quæ ratione procuratores speciali mandato instructos domini mandantis nomine ac periculo jurare permittum fuit, arg. l. nam postquam 9. §. pen. ff. b. i. Narratque Livius, datum fuisse Lucium Valerium Flaccum, qui pro fratre Cajo Valerio Flacco juraret, ac plebiscitum factum, ut perinde esset, ac si ipse Cajo jurasset, lib. 31. cap. ult. Nam quamvis verum sit, neminem de alieno suo facto, jurare compellendum, ac ne heredem quidem de facto defuncti, l. Marcellus 11. §. jurare 2. ff. de act. rer. amos. atque insuper gravem visum fuerit, aliquem gestorum ignarum sub alieni compendii emolumento perjurium anceps subire, l. videamus 4. ff. de iur. litem jurando, & in questione, an reus noxali iudicio conventus servum possideat nec ne, dominum ipsam non procuratorem jurare necesse sit, l. quodam 21. §. si tutor 5. ff. de noxal. act. ac denique cautum invenitur, inducias absentis, cui iusjurandum delatum, debere dari, intra quas iuraturus accedat, l. pen. §. his de presentibus 2. C. de reb. cre-



*fit. & jurejurando*; ista tamen omnia eo tantum pertinent, cum quis in anima sua juraturus est; nec impediunt, quo minus alius ex mandato alterius jurejurandum, uti nomine, ita & periculo mandantis, interponat, nullum ipse anceps inde perjuri periculum penamve subiturus. Quod & jure canonico definitum est, *cap. ult. de juramento calumnia in 6.* ac usu passim fere firmatum; atque etiam apud nos in Hollandia, quoties ei non contradicit adversa pars, aut admodum longe abest, qui jurare obstrictus est. Ant. Faber *Cod. lib. 4. tit. 1. defin. 31.* Bronchorst. *enanti. cent. 2. assert. 29. incipit procuratores, Sande decr. Frisic. lib. 1. observ. 83.* Wesembecius *paratit. ff. b. t. n. 9.* Groenewegen *ad l. 2. & auib. principales, C. de jurejurando propter calumniam dando.*

2. Præstandum jurejurandum per Deum, qui uti omniscius, ita & omnipotens, scienter fallentes punire potest, secundum omnes malorum omnium imprecationes, jurejurando in casum perjuri inclusas; vel etiam quædam expressas, juxta formulam recentiorum in *nov. 7. in fine* propositam: tum etiam secundum illam veterem Romanorum gentilium, qua juratos silicem, quem manu tenebant, projicientes, solemniter hujusmodi verba pronunciassent, *si sciam fallam, ita me Diæpiter, salta urbe arceque, bonis ejiciat, uti ego hunc lapidem*, Festus auctor est, *verbo lapidem*; quod ipsum priscis fuit, *Jovem lapidem jurare*, Rævardus *lib. 5. varior. cap. 5.* Si quis jurejurandum illicitum improbat, religionis detulerit, illudque sit præstitum, pro eo habendum est, ac si juratum non sit, *l. non erit 5. §. sed si quis 3. ff. b. t.* ac si quis jurejurandum simpliciter detulerit, adversarius autem superstitionem ex animi sui religione præstiterit, ei standum foret, *d. l. 5. §. divus, l. ff. b. t.* Interim Romanos non modo directo per Deum interposuisse sacramentum; sed & per genium, per salutem, per venerationem Principis, per caput suum, per suam aut filiorum suorum aut aliorum dilectorum salutem in aperto est, *l. ait prætor 3. §. ult. l. 4. l. 5. l. si duo 13. §. ult. ff. b. t. l. 2. C. de reb. creditis. & jurejur.* eique stari oportuisse per nos, qui superstitionem istam probabant, Ulpianus monuit *d. l. non erit 5. pr. ff. b. t.* eo quod tales eo ipso, quo per suam aut liberorum Principisve salutem jurant, per Deum & respectu divini Numinis jurare intelliguntur, *l. qui per salutem 33. ff. b. t.* in quantum ita suum, aut liberorum, aut Principis caput atque salutem salvam sibi a Deo precantur, uti vera loquuntur. Unde & in *l. si quis major 41. in fin. C. de transactionib.* Imperatores rescripserunt, ad exemplum eorum, qui recesserant a transactione jurata, *quam invocato Deo omnipotentis nomine, eoque auctore se idaverant*, illos quoque puniendos esse, qui nomina Principum placitis seu pactis suis inserentes, *salutem Principum confirmationem initiarum juraverint esse passionum.* Neque aliam animadverto dubitandi rationem, cum Imperator Alexander constituit in *l. 2. C. de reb. creditis*, sibi non placere, *periculum capitis aut majestatis crimen inferri illis, qui per Principis venerationem quoddam calore pejerassent*; quam quod illi, qui sic per Principis venerationem juraverant, omnia dira & adversa salutis ac venerationi Principis censebantur imprecari esse, atque ita læsæ Majestatis crimen videri poterant commisisse, si sceleratissime scientes: a quo tamen crimine fuerunt istius rescripti beneficio

immunes pronunciati, quoties non dolo malo, & hostili in Principem animo, sed calore quodam pejeratum esset. Ceterum in arbitrio partis jurejurandum deferentis fuisse ut plurimum videtur, ut ille simul certam præscriberet juratum formulam, eoque pertinet, quod scriptum est, *jurare oportere, ut delatum est jurandum, l. ait prætor 3. §. ult. ff. b. t.* ac proinde, si exactum fuerit, ut per salutem tuam jurasse, & jurasti, standum fuit jurejurando; quia omne omnino licitum jurejurandum, per quod voluit quis sibi jurari, idoneum est, idque prætor fuerit, *l. non erit 5. pr. ff. b. t.* Quod si delatum fuerit, ut per Deum jures, ut per caput tuum jurasti, aut filiorum tuorum, non erit juratum habendum jurejurandum, *d. l. 3. §. ult. l. 4. l. 5. ff. b. t.* Sed & si simpliciter jurejurandum sine ulla speciei verborum conceptione delatum es, et, liberum non fuit per salutem suam aut caput jurare, sed per Deum jurari debuit, adeo ut tunc aliter jurans jurasse non intelligeretur, & ex integro solemniter, id est per Deum, jurandum fuerit, *l. qui per salutem 33. ff. b. t.* Confer Rævardum *lib. 5. varior. cap. 5.* Porro jure Justiniano Christianos vel simpliciter vel tactis simul sacrosanctis Evangelii (uti gentiles tactis aris) jurare, moris fuit, *nov. 74. cap. quoniam 5. nov. 124. cap. 1.* Nunc vero apud nos sine Evangeliorum interpositione tactaque, sola vulgata formula *ita me Deus amet*, digitisque binis primoribus cælum versus elevatis tensisque. Quin & Anabaptistis nimis timidus metu divini Numinis usque ad superstitionem, adeoque jurare secundum sua sacra detestantibus, datum fuit, ut jurejurandi solemnibus loco defungi possint assertionem ex fide viri boni (*bymanens Waarbey*) quæ tamen hæcenus jurejurandi effectum habet, ut tanquam vere perjuri coercendi veniant, si scientes scellerint. Confer Andr. Gayl. *lib. 2. observ. 59.* Ant. Matthæum *de crimin. lib. 47. r. ult. cap. 1. n. 4. Instruften van particuliere Collecteurs &c. van Convoeyen en Licen. en 8. Oktob. 1596. art. 7. vol. 1. plac. Holl. pag. 2341.*

3. Plura de veterum in jurando ritibus variis atque solemnibus, plura de jurejurando Christianis non interdicto, & quæ hujus generis alia sunt, consulto præmitto, vide, si libet, Brissonium *de formulis lib. 8. a principio*, Rævardum *varior. lib. 5. cap. 8.* Demsterum *ad Rosini antiquitates lib. 1. cap. 13.* Hugon. Grotium *de jure belli & pacis lib. 2. cap. 23. numer. 1.* D. Ant. Matthæum *de probat. cap. 1. numer. 20. & seqq.*

4. Dividitur jurejurandum in promissorium & assertorium. Promissorium est, quod futura negotia concernit, ut major illis firmatas aut securitas accedat; quale est tutorum, curatorum, subjectorum, vassallorum, militum, judicum, advocatorum, honores suscipientium, aliorumque, uti & illud, quod conventionibus subinde apponi solet: cui postremo Romanis legibus exigua adstringendi potestas data fuit; dum placuit jurejurandum tale sequi naturam actus, qui apponitur; nec eo confirmari illa, quæ per se invalida, ac nulla, aut ex æquitate infirmata sunt, *l. juris gentium 7. §. & generaliter 16. ff. de pactis, l. non dubium 5. C. de legibus* (exceptis casibus in *l. 1. & auib. sacramenta puberum C. si adu. vendit. l. ut jurejurandi 7. ff. de operis libertor. & forte in l. si quis major 41. C. de transact.*) neque his adversan-

tur ea, quæ occurrunt in *l. quæ sub conditione §. ff. de cond. Instil. l. hæc scriptura 25. ff. de cond. & demonstr. l. si quis cum 39. ff. b. t. l. si cum paruo 6. C. commun. utr. judic. cum aliud sit, ex jurejurando promissorio actionem dari, quæ jurejurando deficiente data non fuisset: aliud, jurejurandum in conventionem vel legato intervenire per modum conditionis, quæ impleta conventio vel legatum effectum sortiturum est; quod posterius tamen in d. il. continetur; ac proinde non magis jurejurandum tale, quam impleta alia quævis conditio, actionem parit.*

5. Jure tamen canonico dispositum, jurejurandum omne negotio appositum servandum esse, quatenus sine animæ detrimento servari potest, *cap. cum contingat 25. extra, de jurejurando*, quod & eatenus moribus comprobatum est, quatenus jurejurandum promissorium vim pacti habet; ex pacto autem nudo æque ac ex contractu hodie actio competat, non ipsi tantum cui juratum, ac in jurantem, sed & heredi ac in heredem, secundum ordinariam descendentium ex conventionem actionum naturam, *arg. l. si pactum 9. ff. de probat. Andr. Gayl. lib. 1. observ. 27.* Plana uti jure Romano jurejurandum vires addere non potuit contractibus aliisque negotiis, quæ legibus reprobanda & interdicta erant; ita quoque, si quid nunc jurejurando promissum sit, quod aperte legibus usu probatis aut consuetudinibus variis vetitum est, nulla inde obligatio efficitur, aut actio, judiciumve datur. Quia ratione etiam jure Canonico dispositum, non esse clericum vocandum ad judicem laicum, licet Ecclesiastici fori beneficio renunciasset jurato, *cap. si diligenti 12. extra, de foro compet. etsi inficias eundem non sit, quin is, qui juravit adimplere quæ promisit, in conscientia obstrictus sit, quoties implementum nullam naturalem in se turpitudinem continet, & Reipublicæ utilitatibus non vehementer adversatur, cap. 2. de pactis in 6. cap. de debitoribus 6. extra, de jurejurando. Vinnius tract. de pactis cap. 15. n. ult.* Dummodo meminerimus, jurejurandi religionem, æque ac vinculo conventionis, ita demum unumquemque obstringi, si ipsius jurantis in id, quod jurejurando comprehensum, consensus appareat. Eo enim deficiente uti nulla est conventio, ita & nullum jurejurandum conventionis instar habens. Quibus consequens est, ut jurejurando neque in poli neque in soli foro stare teneatur, qui dolo alieno circumventus jurato quid promisit, quod dolo deficiente non fuisset promissurus: uti id plenius a me traditum libello *de jure militari cap. 1. n. 27.* Adde Zoesium *ad Pand. b. t. numer. 75.* Metum quod attinet, quia is consensus in universum non excludit, dum majoris malitatis timore quis contrahendum, & contractum jurejurando firmandum, compulsus ex duobus malis minimum elegit, ut plenius demonstratum *t. quod metus causa num. 1.* ideo summo quidem jure ad præstandum quod promisit, obligatus est, atque etiam fidem implere ex mentis bonæ dictamine tenetur, nec satis apud Deum securus erit, si sciens fallat: dare enim maluit aut præstare promissa, quam aliud pati gravius malum instans. Sed cum publice interit, privates hujusmodi conclusiones inter privatos non tolerari; ac legislator, (qui supra singulos est, & actus singulorum. externos sui imperii potestate regit ac circumscribit.) ab

initio possit jurejurando contra publicam utilitatem ac leges aperte prohibentes interposito omnem demere civiliter & efficaciter obligandi potestatem, sic ut æque jurejurandum, ac ipse actus contra leges prohibentes interpositus, ipso jure nullum ac non interpositum existimetur, nihil vetat, quo minus etiam actui summo jure valido, sed ex æquitate infirmando, appositum jurejurandum summo iidem jure civiliter obstringens, idem magistratus irritum esse jubeat, eoque loco haberi, quasi præstitum non sit. Quo facit, quod & ipso jure canonico eo demum sacramenta dicuntur obligare, quæ nec vi nec dolo præstita sunt, *d. cap. cum contingat 25. extra, de jurejurando, cap. licet 2. de jurejurando in 6. cap. quantumvis 2. de pactis in 6.* Quamobrem & moris est, ut adversus huiusmodi sacramenta tum a majorenibus ex metu (etiam dolo) tum a minoribus ex lubrico ætatis præstita, æque ac adversus ipsos contractus metu aut minorennitatis imbecillitate gestos, restitutio concedatur per supremos magistratus, aut curias supremas vice Principum in materia restitutionis judicantes, in quibusdam locis ab Ecclesiæ pontificia Præsulibus aut summo Pontifice. Nec est, quod quis existimet, juri divino adversari istiusmodi laxationem jurejurandi a magistratu impetrandam: si modo consideret, jure illo irritum fuisse tum filiarumfamilias, tum uxorum jurejurandum promissorium, quoties pater aut maritus ei intercederet, illudque sua improbaret contraditione, *Numerop. cap. 30. per tot.* neque enim minus magistratui in actionibus subjectorum, quam patri aut marito in eas, quæ ab uxore filiarum proficiuntur, jus ac potestas est, maxime, ubi tam gravis doli metusve ac concussionis causa subest. Confer *Andr. Gayl. lib. 1. observ. 22. 23. 24. 25.* Resoludum in *de iudicatis juris ad Pand. t. de consil. Princip. pag. mihi 87. et seqq.* Pinellum *ad l. 2. C. de vicind. vendit. pert. 3. cap. 1. n. 1. & multis seqq.* Fachineum *controvert. lib. 3. cap. 13. 14. & lib. 8. cap. 62.* Grotium *de jure belli & pacis lib. 2. cap. 15. num. 20.* Neostadium *Curia sup. deci. 80.* Responsa Jurisc. *Holl. part. 5. consil. 157. pag. mihi 464. 465. 468. 467.* Groenewegen *ad leg. ult. ff. de municipalium.*

6. Quod si jurejurandum promissorium appositum sit actui, qui mere dependebat a voluntate jurantis, nec alteri tribuebat de presenti ullum jus, ipsum quoque jurejurandum ejusdem conditionis censeri debet, ac proinde ad implementum eius, quod jurejurando contentum, actio non datur, quoties juranti libuit contra suum jurejurandum venire; magisque illud, quod contra sacramentum suum postea generit feceritve, ratum firmiterque erit, etsi ipse sic contrarius juratum committens, perjurium procul dubio apud Deum incurrat, *arg. cap. sicut ex libris 22. extra, de sponsal. & matrim.* Quia ratione si testator condito testamento jurejurandum subjecerit de voluntate illa per testamentum posterius non revocanda, vel quis jurato promittat, se datum Titio mandatum, quod sui natura irrevocabile, non retractatum, & postea novum re ipsa testamentum condat, aut mandatum revocet, testamentum posterius & ipsa mandati revocatio effectum sortiri debent. Cum enim testator aut mandans eo ipso, quo prius testamentum aut tum revocavit, in perjurium incidit, nec nocens esse desinat, aut criminis vacet, etiam si mandatum prius aut testamentum, non ob-

stante revocatione, duraret; magis fuit, ut revocatio mandati, ac condita deinceps nova dispositio testamentaria, secundum jus commune firmitatem habeant; regula juris Canonici, qua jusjurandum servandum erat, quatenus poterat sine animæ detrimento, jam usum aut locum non amplius inveniēte, *Loesius ad Pand. b. t. num. 65. & seqq. & ad tit. de injurio rapto invito facto testam. n. 27. 28. 29. Jul. Ciasus §. testamentum quart. 94. num. 3. Michael Grasso de suis. §. testamentum quart. 87. Fachineus controvers. lib. 4. cap. 8. Ant. Faber Cod. lib. 6. t. 5. defin. 11. 12.* Nec recte dixeris, posita ista sententia, invitari jurantes ad delinquendum, ad perjurium, quippe non mutatur voluntatem cum scelere perjurii, si posteriorem voluntatem scirent non ratam fore. Aliud enim est, ad delinquendum invitari, aliud arrepta legum dispositione, & quasi per occasionem legum, ad delinquendum procedere: posterius fit, si quis contra jusjurandum voluntatem revocet, prius non item. Dum liberam leges puberi patrifamilias civi Romano dant testandi facultatem de rebus suis, si quis adolescens in vitia pronus proximiores fidos monitores, ad mentem meliorem in dies instigantes, & ob id odio habitos, silentio prætereant in suo testamento, peregrinos luxuriz & nequitiarum auctores, adjutores, socios, heredes instituat, eum in gratitudinis & æquitatis leges incurre ac perperam agere, nemo negaverit, eum libertatem testandi per leges data abuti, quisque fatebitur; at leges ipsas ad hanc ingratitudinem & iniquitatem invitasse, verum non est.

7. Assertorium jusjurandum est, quod præsentia ac præcipue præterita negotia respicit. Ac vel veritatis est, vel affectionis in litem, de quo latius *t. de testib. vel ab ipsis litigantibus.* Et hoc secundum tituli hujus inscriptionem in voluntarium, necessarium, & judiciale divisum est. Quid sit voluntarium, quid judiciale, quid necessarium inter Latinos & Græcos non satis constat, his judiciale appellanti- bus, quod illi necessarium dixerunt. Adde Ant. Matthæum de judic. disp. 10. t. 6. & 7. Sed cum istam tantum de nomine dissensionem ac questionem esse jam olim suo tempore Azo observaverit in *Summa C. b. t. de reb. cred. & jurejurando num. 6. in fine* rectius fuerit, ea disputatione prætermissa rem ipsam excutere. Voluntarium itaque jusjurandum etsi Cujacio in *paratit. Digest. b. t. & aliis*, dicatur, quod a parte parti in judicio vel extra judicium deferatur; necessarium, quod pars, cui delatum est, refert delatori; judiciale, quod a Judice deferatur: mihi tamen voluntarium potius erit, quod pars parti deferret vel refert extra judicium; idque vel ex conventionē, quo casu delatum ab adversario referri nequit, *l. jusjurandum 17. pr. ff. b. t. vel sine præcedente conventionē*; quo casu referri quidem potest, sed is, cui relatum, ad jurandum compelli nequit; cum necdum aditus sit iudex, qui cogat. Ut proinde optimo jure id voluntarium appelletur; sive enim conventionem extrajudicalem de jurejurando deferendo præstando- que intervenisse proponas, illa utique a liberrima utriusque voluntate descendit, ac ne is, qui ex conventionē deferre debebat, extra judicium ad delationem faciendam constringi poterat, nec, si detulisset, adversarium ad jurandum adigere: sive ex adverso sine prævia conventionē illud extra judicium a par-

te parti delatum concipias, liberum fuit deferenti non deferre; liberum ei, cui delatum, nec præstare, nec referre; liberum denique ei, cui relatum est, nec tunc illud præstare; dum omnibus his in casibus deest, qui cogat; cum privatus in privatum nullam habeat jurisdictionem aut cogendi potestatem. Judiciale appello, quod pars parti in judicio, accedente plerumque sententia judicis interlocutoria delationem probante, deferret vel refert, *l. generaliter 12. §. sed juramenta, C. b. t. de reb. cred. & jurejur.* Necessarium denique, quod iudex deferret auctori vel reo; ita dictum, quia is, cui id delatum, nec iudici deferenti, nec adversario, qui non detulit, referre potest, sed omnino jurare, ni cadere causa malit, necesse habet. Aliter quam in judiciali observatur quod propterea etiam mixtam quodammodo causam inter voluntarium ac necessarium videri potest obtinere: in quantum initio inspecto liberrima referentis voluntas est, quæ post delationem deinde in eo, cui deferretur, incipit magis adstricta esse, dum is aut jurare tenetur, aut referre; tandem vero exitu considerato mera necessitas apparet, quatenus is, cui illud referre valet, ut post dicitur, *Vinnius relict. quart. lib. 1. cap. 42.*

8. Deferre possunt voluntarium ac judiciale omnes liberam habentes rerum administrationem, quales sunt domini majorennæ, tutores ac curatores in causis dubiis pupillorum, minorum, furiosorum, & aliorum similium alia probatione destituti, *l. jusjurandum 17. §. 1. 2. l. tutor. 35. pr. ff. b. t. Ant. Faber Cod. lib. 4. tit. 1. def. 20. Carpovius defin. for. part. 1. constit. 14. defin. 12.* si modo lis sit de rebus illis, quarum sine decreto procedit alienatio; nam si de immobilibus aut mobilibus, quæ sine decreto alienari nequeunt, controversia intercedat, non aliter quam impetrato primitus decreto prætoris jusjurandum per eos deferri posse puto, exemplo transactionum, quarum vice jusjurandum obtinere dicitur, arg. *l. non solum 4. C. de præd. & aliis reb. minor. junct. l. jusjurandum speciem 2. ff. b. t. Ant. Matthæus de judicis disp. 10. t. 6. 11.* Procuratores non aliter recte deferunt, quam si vel speciale ad id mandatum habeant, vel generale cum libera, vel in rem suam constituti sunt. Unde si ille, cui mandatum simpliciter ut peteret, jusjurandum detulerit, nihil agit, *l. jusjurandum quod 17. §. ult. l. 18. l. 19. ff. b. t. Carpovius defin. for. part. 1. constit. 12. defin. 12. Berlichius conclus. pract. part. 1. concl. num. 24. 25.* Defensores civitatum, magistri societatum & collegiorum ita demum, si ad id mandato instructi sint, *l. jusjurandum 34. §. defensor 1. ff. b. t. Adde tit. de transact. n. 2. & seqq.* Non unus ex coheredibus, ceteris ignorantibus, etiamsi de rato cavere paratus sit, ob metum perjurii, si forte post præstitum jusjurandum ab eo, cui delatum est, ceteri factum coheredis ratum non habentes, probationes adducant contra id, quod juratum est, Ant. Fuber *C. libr. 4. tit. 1. defin. 21.* Nullo modo pupilli sine tutoris auctoritate, *l. jusjurandum 17. §. pupillus 1. ff. b. t. nec prodigi & similes, l. tutor. 35. §. prodigus 1. ff. b. t. nec qui lapsu biennio non numerata pecunia exceptione utuntur, l. in contrahentibus 14. §. illa 3. C. de non num. pecun. Adde tit. de reb. cred. n. ult. nec illi, qui, cum prius detulissent jusjurandum, illud necdum acceptatum re-*

vocarunt, probationibus confisi, *l. si quis iurjurandum* 11. *C. b. t. de reb. cred. & jur.* quales tamen hodie mediante in integrum restitutione adhuc ad iurjurandi delationem admitti, notat Groenewegen ad *d. l. 11. C. b. t.* Sed nec servi deferre possunt in præjudicium dominorum, si libera careant peculii administratione, *l. de pœriti* 5. *§. si fuisse familias* 2. *ff. de peculio*, eam enim si habeant, æque domino prodesse vel nocere peculio tenus possunt deferendo iurjurandum, ac filiis familias suo patri; *l. servus quod* 20. *l. 21. 22. ff. b. t.* Minores annis viginti quinque, si curatore destituti illud detulissent adversario, restitutionem petere non vetabantur, si hoc ipso se captos docerent, *l. nam. postquam* 9. *§. si minor* 4. *ff. b. t.* Sed cum hodie minoribus invitis curatores dentur, consequens est, inutilem esse delationem, quæ a minore sine curatoris auctoritate fit; sic ut nec restitutione opus sit, arg. *l. si curatorem* 3. *C. de in integr. res. it. minor.* Infamem denique iurjurandum adversario deferre volentem audiendum non esse, ad id, ut adversario imponeret iurandi vel referendi necessitatem, variis placet; tum quia tales non amplius metuerent infamiam ex perjurio probato irrogandam, quæ jam ante ex alia cœperant causa laborare, arg. *l. si quis injuriam* 35. *ff. de injuriis*, tum quia sic ei, qui defertur, prope adimeretur referendi facultas, dum non sine manifesto perjurii imminenti periculo referret infami deferenti. Ant. Faber *C. lib. 4. tit. 1. defin. 17. junct. defin. 9. num. 6.* Carpzovius *defin. for. part. 1. constit. 14. defin. 6.*

9. Defertur omnibus sexus cujusvis aut ætatis hominibus, etiam impuberibus, servis, heredibus, procuratoribus, defensoribus, de defunctis aut domini factis; ad eum effectum, ut ratum firmumque futurum sit, quod pupillus, procurator, defensor, aut hæres juraverit, & actio inde vel exceptio pupillo, hæredi, domino, competat, sive in sua sive in domini anima per procuratores juratum sit: cum æquum visum fuerit, custodiri iurjurandum adversus illum, qui contentus eo, cum deferret, fuit; sibi quæ, quod talibus detulerit, imputare debeat, *l. nam. postquam* 9. *§. jur. 6. l. sed & si servus* 25. *l. 26. l. in duobus* 23. *§. quod reus* 1. *l. ult. §. pen. ff. b. t.* dummodo observemus, datam actionem ex iurejurando procuratoris utilem tantum esse, non directam: quæ ratione concilianda *l. non solum* 39. *§. qui alieno t. ff. de procurat. cum d. l. 9. §. 6. ff. b. t.* Neutiquam vero delatio proficit ad eum finem, ut pupillus, servus, defensor, procurator, heres alique similes vel jurare cogerentur vel iurjurandum referre, ne viderentur in manifesta hære turpitudine, caderentque causa, *l. jur. 34. §. pupillo* 2. *& 3. ff. t. arg. l. si sine* 9. *§. 2. 3. 4. l. si filius* 19. *ff. de interrog. in jure fac. l. qui in alterius* 42. *ff. de reg. juris*, cum probabilis omnino facti alieni etiam in ipso herede ignorantia sit: ut merito suscipere iurjurandum detrectet; si modo reus in lite sit: nam si actor, instructus venire debet, *d. l. 42. ff. de reg. juris*, Zoësius ad Pand. *b. t. n. 35.* Adde Thomingium *decis. 45.* Nec iniquum fuerit, in id saltem heredi iurjurandum deferri, ut juret, quid de defuncti facto compertum habeat; eo modo, quo & tutoribus pro pupillo in iudicio stantibus recte iurjurandum a pupillorum adversario defertur, ut iurejurando exponant, quo us-

que negotium pupilli ipsis notum sit, Ant. Faber *C. lib. 4. t. 1. def. 20.*

10. Locum habet hæc iurjurandi delatio in omnibus causis seu actionibus civilibus, sive personarum, sive realibus, sive rei persecutoriis sive poenabilibus, atque etiam in ipsis causis infamantibus, veluti si furti, vel de vi bonorum raptorum, vel injuriarum agatur civiliter; adeo ut damnatus post iurjurandum ex iudicio famosus famosus fiat, *l. ait prætor* 3. *§. quacunque* 1. *l. nam. postquam* 9. *§. si damnatur* 2. *l. si duo* 13. *§. idem Iulianus* 2. *l. in duobus* 24. *§. si quis juraverit* 5. 6. 7. 9. *ff. b. t. l. lex Cornelia* 5. *§. hac lege* 8. *l. non solum* 11. *§. injuriarum* 1. *ff. de injuriis*, *l. furti actio* 6. *§. sed & si* 4. *de bis, qui not. infam. l. non damnatos* 18. *in fine* *C. ex quib. caus. infam. irreg.* Quod nostris moribus tanto facilius admisseris, quia civili iudicio damnatos injuriarum vel furti ad id quod interest, vel ad palinodiam, infamia non comitatur, ut dictum *rit. de bis, qui not. infam. n. ult.* Confer Berlichium *concl. pract. part. 1. conclus. 29. n. 42. & seqq.* Sed & in popularibus actionibus usum invenit, *l. cum, qui* 30. *§. in popularibus* 3. *ff. b. t.* nec non in questione, an mulier prægnans sit, nec ne; ad id, ut ventris nomine in possessionem mittatur, si se prægnantem juret, aut pos essio ei denegetur, si adversarius juret, eam ex defuncto marito prægnantem non esse; non ut partui noceatur, *l. ait prætor* 3. *§. unde Marcellus* 3. *ff. b. t. l. cum mulier* 10. *ff. de Carboniano edito.* In disceptatione quoque, utrum nuptiæ vel sponsalia contracta fuerint, nec ne, iurjurandi delationem admitti, dicitur latius *tit. de sponsalibus*, & *tit. de ritu nupt.* In criminalibus vero causis iurjurandi delatio merito reprobat, cum nec calumniæ iurjurandum illic præstandum sit ob metum periculi; adeo ut secundum mores hodiernos, quibus difficilior ad irrogandam infamiae poenam proceditur, ne tum quidem, cum infamia damnatum secutura est, delati iurjurandi religione causæ decidenda sit. Ant. Faber *Cod. lib. 4. tit. 1. defin. 43. Jul. Clarus sent. lib. 3. §. fin. quest. 63. n. 1. & 3.* Ant. Matthæus *de crimin. lib. 48. tit. 15. cap. 7. n. 1.* Responsa Juris. Holl. *part. 2. consil. 230. pag. mibi* 449. 450. Si tamen iudex dicatur in causis criminalibus pecuniam accepisse, (quo probato, in exilium mittendus esset, publicatis omnibus bonis) neque id probare litigator potuerit, persona, quæ accepisse dicitur, jurare tenetur, quod neque per se, neque per aliam personam accepit, aut promissionem habuit, ut ita liberetur, *authem. novo jure C. de pana jud. qui male judicavit.* Cujus singularis ea ratio videtur, quod non tam iurjurandi novi impositio hic fiat, quam potius repetitio quædam iurjurandi illius, quod quilibet honoribus conspicui in muneris ingressu præstare tenebantur; quippe inter alia jurantes, *se nihil penitus, tam in administratione positor, quam post depositum officium, pro aliquo præstito beneficio tempore administrationis, quam gratuito meruerint, accipiuntur*, *l. ult. in med. C. ad leg. Jul. repetund.*

11. Nihil autem interest in causis civilibus, an actor, an reus sit, qui iurjurandum hoc defert; cum uterque id possit, non modo ante, sed & post litem contestatam usque ad sententiam, *l. generaliter*, 12. *C. b. t. de reb. cred. & iurjur.* etiamsi jam ulterius fuerit renunciatum probationum productioni, at-

que etiam ex publicatione testificationum didicerint litigantes, quid minus probatum sit; impetrata ex moribus ad id faciendum restitutione in integrum adversus renunciationem ulteriorum probationum faciam. Si enim ab initio reus actori, vel actor reo, jusjurandum deferre possit, ubi probationes sibi sufficientes deesse videt; ratio nulla est, cur non & postea mediante saltem restitutione, haud difficulter impetranda, eo confugiat, adversarium judicem simul ac testem faciens in causa sua. Quod enim pro opinione contraria ab Antonio Fabro *Cod. libr. 4. tit. 1. defin. 27.* adductum est, praelusa probandi via, ad jusjurandum non debere aditum patere, quia efficacissima probatio est; non amplius stringit, ubi per restitutionem in integrum adversus renunciationem, aditum ad probationes ultiores praeludentem, ovia probandi rursus aperta est. Eoque facit, quod ita demum post alias probationes tentatas jurisjurandi delatio interdicta fuit, si is, qui deferre vult, jam antea id detulerat, sed necdum acceptatum revocaverat, probationibus confusus; quippe cui tunc non videbatur relinquendus regressus ad illum, quem spreverat, probandi modum, *l. si quis jurejurandum 11. C. b. t. de reb. cred. & jurejur.* Confer Thesaurum *decis. Pedemont. 93. Paponium lib. 9. tit. 6. art. 5. & 6. Boerium decis. 95. num. 4. & seqq. Christinum vol. 3. decis. 1. num. 2. Fachineum contro. lib. 1. cap. 20. Mascardum de probat. conclus. 959. num. 9.*

12. Nec delationem jurisjurandi ab actore aut reo faciendum impedit, quod forte deferens antea in se suscepit intentionis suae aut exceptionis probationem; eo quod perinde habetur quod juratum est, atque si probatum esset, *l. sed si possessori 11. §. si, cum de 3. ff. b. t. ac generaliter constitutum est, licentiam concedendam esse ei, cui onus probationis incumbit, adversario suo de rei veritate jusjurandum inferre, l. cum de indebito 25. §. in omnibus 3. ff. de probation. Responsa Jurisc. Holl. part. 4. consil. 345.* Sed nec illud delationi obstat, quod non semiplene, sed omnino nihil probaverit ex suo latere is, qui jusjurandum deferre vult: cum de tutore nominatum cautum sit, illum, omnibus aliis probationibus in pupillari causa deficientibus, jusjurandum deferentem audiendum esse, *l. tutor. 35. pr. ff. b. t.* in quo nihil pupillorum favore singulare est, nisi hoc, quod, cum alioquin, ne facto quidem probationum aliarum ordinarium periculo, in sua quisque causa protinus ad jusjurandi religionem confugere possit, tutor tamen id nequeat in pupillari lite, nisi tentatis ac deficientibus aliis omnibus probandi modis. Firmatque hanc ipsam sententiam, quod, licet alioquin in ultimae voluntatis dispositionibus ordinaria simplexque ac jure naturali & gentium idonea probatio non sufficiat, sed quinque testium depositio ad minimum requiratur; tamen si heres dicatur viva voce per testatorem fidei commissio gravatus, sic ut de voluntate ejus certam & fallere nesciam scientiam habeat, recte fideicommissarius, omni probatione alia legitima destitutus, jusjurandum ei deferre possit, atque ita eum ad id agere, ut vel jusjurandum subeat, quod nihil tale a testatore audiverit, vel id recusans adimpleat ea, quae suae fidei, interposito per actorem calumniae jurejurando, dicebantur commissae, *§. ult. Instit. de fideicommiss. baredd. l. Voet ad Pandect. Tom. III.*

*ult. C. de fideicommissis.* Facit denique, quod nulla lege cautum invenitur aliquam oportere minus plenam praecedere probationem, antequam delationi locus esset; sed ex adverso sine ulla limitatione manifeste dicitur turpitudinis & confessionis esse, nec jurare velle, nec jusjurandum referre; eumque, qui utrumque recusat, ad solvendum oportere compelli, *l. manifesta 38. ff. b. t. l. delata 9. C. b. t. de reb. cred. & jurejur.* ac generaliter, ei, cui onus probandi incumbit, licentiam concedendam esse, adversario suo de rei veritate jusjurandum inferre; ut iudex juramenti fidem secutus ita suam sententiam possit formare, *l. cum de indebito 25. §. in omnibus 3. ff. de probation.* Nec recte his objeceris, actorem non probante reum absolvendum esse, licet nihil ipse praestet, *l. qui accusare 4. §. de edendo,* cum actor tum demum in probatione censetur defecisse, quando nec per jusjurandum probavit, arg. *d. d. 25. §. 3. ff. de probat. l. sed si possessori 11. §. ult. in med. ff. b. t.* Vanusque insuper hac opinione admissa, litium calumniosarum timor est; quasi sic quilibet cuilibet controversiam facere sine ulla causa, sine jure ullo, posset; tum isti metui satis obviam itum sit per impositam ei, qui jusjurandum deferre vult, de calumniis jurandi necessitatem. Frustra quoque obtenditur, sic de domo & quasi sinu adversarii probationes peti, contra *l. nimis grave 7. C. de testib.* cum potius hic adversarius in sua causa iudex simul ac testis constituitur, *l. 1. pr. ff. quar. rer. act. non datur,* quod longe abest a petitione probationum e domo adversarii, per *d. l. 7.* reprobat. Foventque hanc assertionem Fachineus *contro. lib. 1. cap. 19. Mascardus de probation. conclus. 959. num. 9. Ant. Thesaurus decis. 93. in pr. Christinus vol. 3. decis. 1. n. 2. Cujacius lib. 22. observ. 28. Zoelsius ad Pand. b. t. num. 34. Perezius ad tit. C. de reb. cred. & jurejur. num. 20. Jacob. Coren consil. 20. Carpovius defin. for. part. 1. consil. 12. defin. 2. Bronchorst enanti. cent. 2. assert. 24. Vinnius select. quæst. lib. 1. cap. 42.*

13. Delatum autem ab adversario jusjurandum vel praestandum est regulariter, postquam deferens ipse prius de calumnia juravit; *l. jusjurandum 34. §. qui jusjurandum 4. ff. b. t.* vel referendum: cum, uti dictum, turpitudinis manifeste sit nec jurare nec jusjurandum referre, *d. l. manifesta 28. ff. b. t. l. delata 9. C. b. t. de reb. cred. & jurejur.* sive de rebus omnibus, sive de quibusdam tantum delatio facta sit; cum liceat de quibusdam rebus jusjurandum deferre, de quibusdam probare, *l. de rebus 14. ff. de act. rer. amot.* Et ea quidem forma plerumque referendum, quae ab initio delatum est, nisi forsitan ex diversitate rerum aut personarum quadam emergant, quae varietatem inducunt; quod ubi inciderit, officio iudicis conceptio jurisjurandi terminanda foret, *d. l. 34. §. non semper 8. ff. b. t.* Nam &, si ab initio inter litigantes de jurandi modo ac qualitate non conveniat, conceptio ejus in arbitrio judicantis est, *d. l. 34. §. si de qualitate 5. ff. b. t.* Confer Menochium *de arbitr. jud. lib. 2. casu 199.* Ant. Fabrum *C. libr. 4. tit. 1. defin. 10.* Neque necesse est, ut & referre jusjurandum calumniae prius praestet, cum ferendus non sit, qui intuitu conditionis, quam ipse detulit, de calumnia velit sibi jurari; nec referenti rursus referri potest id quod ipse retulit; sed

qui detulit, post factam sibi relationem jurare omnino tenetur, alioquin causa cadit; eo quod displicere non debuit conditio jurandi ei, qui detulit, d. l. 34. §. datur 7. & §. ult. ff. b. t. l. generaliter 12. §. ad juramentum 1. C. b. t. de reb. cred. & jurejur. usque adeo, ut, si tutor vel curator jursurandum in pupillari negotio semel detulerit, illud deinde sibi relatum nequeat declinare: cum enim leges et de affectione, ac proinde longe magis de veritate, in lite pupilli iurare permittant, l. videamus 4. ff. de in litem jurando, ipse sciens, ad delationem sequi de jure posse delati jursurandi relationem, sibi imputare debet, quod sese ad hanc jurandi necessitatem suo proprio facto prima scilicet delatione deductum videt, arg. d. l. 34. §. b. t. Ant. Faber Cod. lib. 4. tit. 1. defin. 10. Carpovius defin. forens. part. 1. consil. 14. defin. 13.

14. Sunt tamen in jure casus, quibus jursurandum delatum referri nequit, sed omnino sine relatione prastandum est; puta, si jam ab eo, cui delatum, acceptatum sit; cum acceptatio conventionis speciem in se contineat, & necessitatis faciat, quod ab initio libera voluntatis erat, adeoque impediatur referendi facultatem, arg. l. jursurandum 17. pr. ff. b. t. l. sicut 5. C. de obligat. & act. Donellus comment. jur. civil. libr. 24. cap. 13. ibique Hilligerus lit. S. Carpovius d. part. 1. consil. 14. def. 3. Idemque dicendum, si is, cui id delatum, vel solus vel melius noverit negotium, de quo disceptatur; quia ratione, si maritus uxori, vel illa viro rerum amotarum moveat actionem, & jursurandum deferatur ei, qui vel quis amovisse arguitur, permittendum ei non est relationem facere, cum optimam facti proprii conscientiam habeat, l. Marcellus 11. §. 1. 3. l. 12. l. 13. ff. de act. rer. amot. Et si ex adverso patri mulieris, quae amovisse dicitur, aut heredi ejus, illa jurandi necessitas imponenda non sit; cum iniquum existimetur de alieno facto alium jurare, d. l. 11. §. 2. ff. b. t. Cravetta consil. 233. Mascardus de probation. conclus. 959. num. 16. Ant. Faber Cod. lib. 4. tit. 1. defin. 9. Jac. Cora consil. 30. in notis, Fachineus controver. libr. 1. cap. 21. Menochius de arbitrar. judic. libr. 2. casu 189. num. 7. &c.

15. Sunt & iusta causa, propter quas delatum jursurandum neque suscipiendum est ab adversario, neque referendum; veluti si deferens de calumnia jurare nolit, d. l. 34. §. 4. ff. b. t. si delatum ab eo, qui non habebat deferendi jus; vel ei, cui leges deferri vetant; vel non eo modo easque forma, quam jura moresque boni probant; de quibus precedentibus, si in iudicio deferatur ei, qui illo in loco fori competens non sortitur, nec iudicium suscipere compelli potest, l. tutor 35. §. ult. ff. b. t. si jam plane per eum, qui deferitur, probata sit; eo quod jursurandum subsidiarius tantum probandi modus est; qui neque contra manifestas alias ordinarias probationes legitimas atque sufficientes operari debet; si forte ex relatione ejus, qui plane probavit, prastaretur; neque probationi per se fidem plenam facienti robor majus, majoremve fidem addere debet, si is, qui probavit, insuper ex delatione juraret. Quod & jure Canonico evidenter cautum, cap. sicut 2. extra, de probation. Joh. Papon libr. 9. tit. 6. art. 5. & 8. Christinaus vol. 3. decis. 2. num. 12. Ant. Matthaeus de judiciis dispus. 10. num. 34. Diversum

nonnullis videtur respondendum, si is, cui jursurandum inferatur, necdum quicquam probaverit, sed ordinariis probationibus sese litem instigare paratum dicat; quasi delatione jursurandi promptum & expeditum liti terminanda remedium offeratur; dum ex adverso in longum saepe lites trahuntur, ubi conquirendis adhuc undecunque probationibus insudandum est; quod in superiore casu, ubi jam probatio plena adducta erat haud fuit metuendum, Joh. Papon libr. 9. tit. 6. art. 4. Mascardus de probation. conclus. 959. num. 5. Ant. Matthaeus de judiciis dispus. 10. ibid. 33. Sed cum, uti ante dictum, jursurandum subsidiarius tantum probandi modus sit, sic ut etiam ejus jam praestiti vis omnis evanescat, ac ex integro causa agitanda sit, quoties non ad partis sed iudicis desiderium ac delationem praestitum est, si adversarius deinde dicat, se nova invenisse instrumenta, quibus nunc solas usus est, l. admonendi 31. ff. b. t. rationem non animadverto, cui adversarius in praesenti testibus aut instrumentis, utut necdum productis, munitus atque confusus, declinare non possit jursurandi praestandi aut referendi necessitatem. Est sane, si ita statuas, haud raro futurum est, ut iustissimam foventes litem probationibus luce meridiana clarioribus adstruendam, causa tamen cadant, dum ipsis ad superstitionem forte timidus metu divini Numinis, & succumbere quam jurare malentibus adversarius horum non ignarus jursurandum ea deferret fiducia, fore, ut illud sibi ab eo, qui jurare non audeat, etiam cum evidente perjurii periculo referatur. Ant. Faber Cod. lib. 4. tit. 1. defin. 3. Carpovius defin. forens. part. 1. consil. 14. defin. 14. Zoesius ad Fandell. b. t. n. 4.

16. Extra hos casus, si quis delatum prastare velit ac referre, tamquam turpitudinis & confessionis manifestus reus, liti damno afficitur, ac videtur recedit, sive actor sive reus sit, d. l. 34. §. ult. d. l. 39. ff. b. t. l. delata §. C. b. t. de reb. cred. & jurejur. ut tamen ei supersit a tali sententia appellandi facultas, si forte minus recte sibi jursurandum delatum ideoque condemnationem ob illud neque susceptum neque relatum nullo jure subsecutum paret, cessante tunc ratione appellationis deneganda, cum transactum videri nequeat, ubi juratum non est, l. generaliter 12. §. si autem 2. C. b. t. de reb. cred. & jurejur. Fachineus controver. libr. 1. cap. 23. in pr. Et quamvis is, cui delatum est, quandoque ex iusta causa diltationem modicam petere possit, ut plenius deliberet, atque etiam de veritate magis certioratur, & sic juret, vel referat, vel utrumque recusat, l. jursurandum 34. pr. ff. b. t. arg. l. qui interrogator §. ff. de interrogat. in jure fac. quamvis etiam deferens delatum jursurandum sed necdum acceptatum, vel etiam, ut alii volunt, jam acceptatum sed necdum praestitum, revocare possit, probationibus ordinariis confusus, l. si quis jursurandum 11. C. b. t. de reb. cred. & jurejur. Ant. Faber Cod. lib. 4. tit. 1. definit. 22. tamen is, qui delatum semel recusavit prastare, vel referre, vel expresse, vel tacite, dum neque deliberandi spatium sibi dari petiit, sed insuper habita delatione ad alia transivit, deinceps amplius ex poenitentia illud vel referre vel prastare, adversario invito, non potest; eo quod regressus ei non videtur concedendus ad illud litem dirimendarum remedium, quod prius recusando, aut non admittendo, contempsit

oprevitque, *l. non erit* 5. §. ult. l. 6. ff. b. t. arg. d. l. 11. C. b. t. de reb. cred. jurejur.

17. Quod si ex delatione partis adversæ, vel relatione, jusjurandum rite præstitum sit, effectus ejus est, quod speciem transactionis habeat, majoremque auctoritatem quam res judicata, *l. jusjurandum* 2. l. admonendi 31. ff. b. t. l. 1. pr. ff. quar. rer. act. non datur, ac reo juranti exceptio jurisjurandi nascatur, sive in rem sive in personam actione conventus sit, §. aque h. Instit. de except. l. nam, postquam 9. §. 1. ff. b. t. nisi ad judiciale accesserit insuper judicis sententia: quippe quo casu magis utilis rei judicatur exceptio danda foret, arg. l. actori 8. C. b. t. de reb. cred. jurejur. Observandum enim, sententiam quidem post præstitum judiciale jusjurandum plerumque sequi, *jusjurandum* 24. §. ult. ff. b. t. non tamen id necessitatis esse; cum ipsum jusjurandum transactionem contineat, d. l. 2. l. 31. in fine ff. b. t. transactio vero licet coaptam abunde dirimat atque decidat sine sententia subsequente, arg. l. non exigimus v. pr. ff. si quis eam. in judic. sist. caus. factis non obs.

18. Quod si jās eam jusjurando actor asseruerit, in factum actionem ex jurejurando, vel subsecuta ad judiciale condemnatione, utilem rei judicata actionem habet d. l. actori 8. C. b. t. §. item si quis 11. Instit. de action. l. nam postquam 9. §. 1. & §. ult. ff. b. t. Quæ in factum actio semper in personam est, cum ex quadam conventionione nasci videatur, ut post dicitur: atque insuper perpetua, licet adversus eum juratum sit, qui temporali actione conveniebatur, quia post litem cum eo contestatam obligatio temporalis adversus eam perpetuata fuit, *l. nam postquam* 9. §. 1. qui 3. ff. b. t. Sed & in simplum ejus quod petatum est, etsi negotium, de quo juratum, tale sit, ut inficiatione lis crescat in duplum; quasi abunda sufficere petitori debuerit, quod exoneratus fuerit probationis ordinariæ necessitate, *l. enim, qui* 30. pr. ff. b. t. Quamvis de cetero hæc actio sit tantum adjuncta qualitas actionis pristina in rem vel in personam; sic ut in eam illa veniat, quæ publiciana actione, vel rei vindicatione, vel petitione hereditatis, vel emei judicio, aliove simili, actorem consequi oportere generaliter actionis cujusque naturæ declarat, sive de re principali, sive de accessionibus usuris fructibus partu aliisque questio sit, *l. sed si possessori* 11. §. 1. 2. 3. l. si duo 13. §. 3. 4. 5. ff. b. t. l. red & si 7. §. si petenti 7. ff. de publican. in rem act. Unde & actionem pristinam neque novat neque tollit jusjurandum, sed magis actioni pristina hanc adjicit in factum actionem, *l. illud* 25. §. 1. ff. de comisit. pecun. d. l. 7. §. 7. ff. de public. act. d. l. 13. §. 3. 4. 5. ff. b. t. Ut proinde improprie jusjurandum ad novationis speciem referatur in l. qui jurasse 28. §. ult. ff. b. t. quod & Paulus non obscure in d. l. significat, dum non simpliciter asserit in jurejurando novationem esse; sed potius jurisjurandi conditionem posse videri esse ex numero novandi delegendique.

19. Verum uti jusjurandum ad partis delationem aut relationem interpositum juranti tum ad excipendum tum ad agendum prodest; ita quoque eidem nocet, ac actio inde utilis ex æquitate adversus eum datur, quoties id jurejurando complexus est, quod implicat atque involvit ipsius jurantis obligationem.

Qua ratione, si quis juraverit, *vendidisse me ei rem aureis centum*, non minus ipse utili actione venditi ex jurejurando ad rem tradendam, *l. si duo* 13. §. si quis 3. ff. b. t. Idemque dicemus, si societatem se fecisse juraverit, d. l. 13. §. idem dicemus 4. ff. b. t. Et, si juraverit, se ob decem pignori *dedidisse fundum*, non modo a pignoraticia actione, seu pignoris repetitione, depellendus erit, donec decem velut debita solverit, & ex jurejurando suo ipsum ad decem conveniri posse magis probatum fuit, d. l. §. Marcellus 5. ff. b. t. denique, si juratum sit, usumfructum dari oportere, non aliter dandus erit, quam si jurans fructuariam præstiterit cautionem, *l. eum, qui* 30. §. ult. ff. b. t.

20. Interim, uti vulgo res inter alios acta vel judicata, sic & inter alios jurata aliis non nocet, *l. ait prator* 1. §. unde Marcellus 3. ff. b. t. l. nec filius 7. C. b. t. de reb. cred. & jurejur. Quo fundamento, si petitor juraverit, possessore deferente, rem suam esse, danda ei actio duntaxat adversus illum, qui jusjurandum detulit, eosque, qui in ejus locum successerunt; contra alios ei jurisjurandi prærogativa nihil prodest, *l. nam, postquam* 9. §. ult. l. 10. ff. b. t. l. sed & si 7. §. si petenti 7. de public. in rem act. aut si quis *hereditatem suam esse* juraverit, non proficiet ei jusjurandum præstitum, alio, quam qui detulerat, hereditarias res possidente vel petente; sed ex integro probare tenetur, se heredem esse, *l. sed si possessori* 11. §. ult. in fine, l. 12. ff. b. t. Quin & si debitor obratus jusjurandum in fraudem creditorum vel vero detulerit debitori, ut is jureret, se non debere, vel fisco atque subornato creditori, ut is sibi deberi juret; exceptione vel replicatione creditorum fraudatorum se creditores fraudati contra jurisjurandi potestatem tueri poterunt, d. l. 9. §. sed & si quis 5. ff. b. t. Denique si privata furti vel alia simili actione conventus ad id quod interest, juraverit, se furtum non fecisse, non ideo minus judicio criminali per fisci advocatum ex moribus hodiernis pulsari potest exemplo eorum, qui, cum aliis privatis de delicto transegerunt, ut dictum *in de tran. act. n.* 20. Groenewegen ad l. 13. §. 2. ff. b. t. Contra quoque non prodest aliis, quam qui juraverunt, eorumque successoribus, d. l. 3. §. 3. ff. b. t. Qua ratione, cum ex duobus patronis unus liberto jusjurandum detulisset, isque jurasset, se libertum ejus non esse, non id alteri patrono proficiet ad id, ut ex asse patronus censeatur, aut ei ultra partem suam bonorum liberti defuncti possessio cedat; etsi tali in casu pro eo, quasi ex asse patrono præsumto quædam militet: quo fit, ut dicatur multum fidei & auctoritatis apud judicem habiturus, cum se solum esse patronum probare intendit, *l. si duo* 13. pr. ff. b. t.

21. Si tamen reus juraverit, se non debere, fidejussori quoque jusjurandum prodest, *l. in duobus* 38. §. 2. l. ult. ff. b. t. & viceversa præstitum fidejussore jusjurandum reo principali proficiet; si modo fidejussor in rem juraverit, non deberi; nam si de sua tantum persona juraverit, quod numpo fidejussor non fit, aut quid simile reo principali nulla inde liberatio contingit, d. l. in duobus 38. §. 1. ff. b. t. l. 1. §. si fidejussor. 3. ff. quar. rer. act. non datur. Uno quoque reo debendi jurante, se non debere, jurisjurandi exceptio alteri reo debendi danda vide-



1. ex duobus 28. §. ex duobus 3. ff. b. t. & quod iurjurandum solutionis loco est, l. iurjurandum etiam 27. l. 23. §. 1. ff. b. t. dummodo & hic in rem juratum fuerit, arg. d. l. 1. §. 3. ff. quar. rer. act. non datur, argum. l. fidejussoris 23. in fine, junct. l. 24. ff. de pactis. Quemadmodum ex adverso in duobus stipulandi reis ab altero delatum iurjurandum etiam alteri nocebit, quo minus petat, sive socii sint, sive non, d. l. 28. ff. b. t. Etsi enim pactum de non petendo ab uno reorum credendi cum debitor factum non obstat alteri stipulandi reo, l. si unus 27. ff. de pactis arg. l. si duo rei 34. ff. de recep. is qui arbit. recepti. aliud tamen in iurejurando placuit, ea, ut opinor, ratione, quod leges Romanae iurjurandum voluerunt iudicii instar esse & pro iudicio cedere, l. qui iurasse 26. §. ult. l. tutor 35. §. 1. ff. b. t. Ite autem per unum ex stipulandi reis contestata, reliquos velut occupatione quadam ab agendo exclusos esse, patet ex l. fideicommissa 11. §. si evenit 21. in fin. ff. de legatis 3. l. ex duobus 16. ff. de duob. reis constituendis, l. si rem 31. §. 1. ff. de novation. quoniam & acceptilationis, novationis ac delegationis quandam speciem iurejurando comprehendere videri posse, illudque loco solutionis cedere, in locum solutionis succedere placuit, d. l. qui iurasse 26. §. ult. l. 27. l. 28. §. 1. l. iurjurandum 27. ff. b. t. solutione autem aut delegatione aut novatione uni vel ab uno stipulandi reo facta obligationem alterius quoque rei stipulandi intuitu pessimi, manifestum est, §. 1. Inst. de duob. reis stipul. & promitt. l. si rem aliquam 31. §. 1. ff. de novation. quod non ita in pacto esse, tum ex d. l. 27. ff. de pactis, patet, tum præcipue ex l. liberationem 3. §. nunc. 3. ff. de liberatione legata. Diversum tamen dicendum erit, si unus ex pluribus debendi reis iurjurandum creditori detulerit, &que sibi deberi iuraverit; quippe quo casu tantum adversus deferentem, non item alterum debendi reum, actionem in factum ex iurejurando iurans habere potest; cum res inter alios iudicata aut jurata, alios non gravet secundum ante dicta; nec hic eadem, quæ, in superiori casu, ratio sit; dum illic unus pluribus stipulatoribus iurejurando æque ac iudicio totam obligationem iure occupavit, sibi que proprium fecit; hic vero unus debendi reus iurjurandum deferendo in se non transtulit totam obligationem passivam, neque etiam magis delatione iurjurandi; quam novatione alterum debendi reum obstringere potuit, arg. l. si rem 31. §. 1. ff. de novation. junct. l. qui iurasse 26. §. ult. ff. b. t. Ant. Faber in rationalibus ad l. 23. §. 3. ff. b. t.

22. Strictam quoque iurjurandum quam maxime recipit interpretationem, ne extendatur ultra rem aut casum, de quo juratum est. Unde, si quis iuraverit, se non rapuisse, non debet adjuvari hoc iurejurando in actione furti, vel conditione; quia aliud est furtum fecisse, quod vel clam fieri potest, l. in duobus 28. §. si quis 5. ff. b. t. Uti vice versa, si actor deferente reo iuraverit, sibi furtum factum esse, furti quidem actionem, at non statim etiam conditionem furtivam nanciscitur, quippe quæ non contra omnem furem datur; non utique contra eum, qui solo consilio sine ope furtum iuxit, d. l. in duobus 28. §. pen. ff. b. t. junct. l. proinde 6. ff. de cond. furs. l. sape ita 53. §. ult. ff. de verb. sign.

Ut si uxor iuraverit divorcii causa res non amovisse, iurjurandi auxilio tuta non erit, si postea in rem actione de restituendo conveniatur, d. l. 28. §. qui iuravit 7. pr. ff. b. t. Idemque est, si actor reo iurjurandum detulerit de constituta pecunia, isque iuraverit, se non constituisse; postea enim ex principali seu prior obligatione, quam constitutum prærequirit, conventus, exceptione iurjurandi tueri sese nequit, nisi & de hac juratum sit, l. si actor deferat 36. ff. b. t. Et, si quis noxali vel alio conventus iudicio tanquam possessor, iuraverit, se non possidere, ac postea nactus sit possessionem, pati denuo teneur actionem, nec iurjurandi præstiti obtentu tutus est, l. quotiens 21. §. ult. ff. de noxal. action. Denique si possessor rei iuraverit, rem peritioris non esse, iurjurandi exceptione quidem uti potest contra petitozem, quamdiu in possessione est; at si possidere desierit, & ad petitozem possessio pervenerit, nullam ex iurejurando tali actionem contra pristinum petitozem habet: secus, quam obtineret, si iurasset rem suam esse, l. sed si possessori 11. ff. b. t. De cetero iurjurandi exceptio, & effectus ejus, non tantum locum habet, si ea actione quis utatur, cujus nomine exegit iurjurandum; sed etiam, si alia: si modo eadem questio in posterius iudicium deducatur; & ea posterioris actionis natura sit, ut per priorem posterior consumatur, l. in duobus 23. §. qui iuravit 7. & §. 8. ff. b. t. etiamsi forte prior actio tantum rei persecutoria esset, posterior poenæ quoque contineret persecutionem. Hinc si colonus, cum quo propter succisas forte arbores agebatur ex locato, iuraverit, se non succidisse, sive ex lege duodecim tabularum de arboribus succisis, sive ex lege Aquilia damni injuria, sive interdito quod vi aut clam postea conveniatur, per exceptionem iurjurandi defendi potest, d. l. in duobus 23. §. colonus 6. ff. b. t.

25. Præstationi iurjurandi similis est, eodemque effectus habet, remissio ejus, facta ei, qui ad delationem aut relationem adversarii illud suscepserat ac iurare paratus erat, dum deferens aut referens suscepti iurjurandi voluntate conventus est, l. remittit 6. l. nam porroquam 9. §. iurejurando 1. ff. b. t. l. actori 8. C. b. t. de reb. cred. Et iur. Qualis remissio non nisi per eos, qui & deferendi jus habent, fieri potest, arg. l. iurjurandi 32. ff. b. t. sed quo minus etiam absenti & ignorant vel per nuncium vel per epistolam fiat, nihil vetat, l. Labeo 41. ff. b. t. Quamvis enim verum sit, etiam promissorii iurjurandi jam præstiti gratiam ab adversario fieri posse, non modo præsentis sed & absenti per epistolam & ignorant, nec male ad idum quoque casum d. l. 41. dispositio trahatur: tamen falli in eo Rarvardum existimo, quod non nisi ad iurjurandum promissorium jam præstitum d. legis 41. decisionem spectare autumavit, l. 5. varior. cap. 2. Multum inter iurjurandi assertorii suscepit, sed nondum præstiti, & promissorii jam præstiti, vel jam præstiti assertorii, remissionem interest: qui enim necdum præstitum sed susceptum remittit, efficit secundum superius dicta, ut omnia eo loco habeantur, quasi illud verum præstitum sit, ac cum remittitur, quod jam præstitum est, omnia deinceps eo incipiunt esse loco quasi nunquam iurjurandi religio intercessisset; sic ut hac ratione depercat in universum

sacramenti vis, arg. l. ult. in pr. ff. ad municipalem.

24. Sed, uti remissio jurisjurandi suscepti pro jurejurando est, ita quoque mortem illius, cui delatum est, praestationem effectum sortiri, tradunt pragmatici; si modo illud sibi delatum jam suscepit, sed moralitatis interventu praestare impeditus sit: nam si jusjurandum delatum, sibi praestare recusaverit, & cum propterea condemnatus appellasset, pendente appellatione fato functus sit, magis est, ut non perinde habeatur ac si juratum esset, *Christinaeus ad leg. Meublin. tit. 16. art. 41. n. 3. Andr. Gayl. lib. 2. observ. 42. Mynsingerus cent. 1. obs. 13. Confer Ant. Fabrum de error. pragmat. decad. 19. errore 10.*

25. Porro tanta tamque potens jurisjurandi ad adversarii delationem aut relationem praestiti efficacia est, ut regulariter post illud non amplius inquiratur, an debeat; sed magis id unum, an, & quatenus juratum sit, §. item si quis 11. instit. de action. §. aequo 4. Instit. de excepti. sic ut nec appellandi facultas ultra supersit, licet sententia judicis ad hoc jusjurandum subsecuta sit, l. per. §. 1. & 3. C. b. 1. de reb. cred. & jur. Fachineus controver. lib. 1. cap. 23. Carpovius de fin. forens. pars. 1. constit. 15. def. 7. nec propter instrumenta noviter reperta, aut perjurii pretextu, jusjurandum rescindatur, l. 1. C. b. 1. de reb. cred. jur. l. admonendi 31. in fine ff. b. t. l. quod si, de ferentia 21. ff. de dolo. Quorum ea ratio est, quod in omni jurisjurandi relatione conventio seu pactio conventa comprehenditur, l. sed & si servus 25. l. 26. §. ult. l. tutor 35. §. 1. ff. b. tit. eaque conditionalis, qua actor quidem deferens aut referens promittit, se ab ulteriore persecutione destitutum, si modo reus juraverit, rem suam esse quae petitur, vel se nihil debere, reus vero deferens, aut referens, se id quod petitur, soluturum vel restitutum spondet, si actor juraverit, rem suam esse, aut sibi deberi; unde & non uno loco dicitur deferri, micipi, referri, displicere conditio jurandi, l. ait praetor 3. d. l. qui jurasse 26. §. ult. l. jur. 34. §. datur autem 7. ff. b. t. l. delata 9. C. b. 1. de reb. cred. & jur. Quemadmodum ergo in stipulatione pœnali, quae facti stipulationi subjuncta est, non queritur, an & quo usque intersit, sed id unum, quae sit quantitas quaque conditio stipulationis, propter conventionis potestatem, l. stipulatio ista 38. §. alteri 17. in fine ff. de verbor. obligat. ita quoque hic in pacto tacite praetorio, actionem in factum producente, id unum inspicitur, an, & quid juratum sit; quippe quo ipsa impleta censetur conditio illa, ex qua vel actoris vel rei obligatio ex conventionem suspensa erat. Quo etiam facit l. si quis cum 39. ff. b. t. Nec est quod quis regerat, pejerantem in dolo esse, eumque sic ei contra jura profuturum. Primo enim illud constat, non semper utique a dolo, sed & non raro ab errore & temeritate quadam perjuria proficisci. Sed & secundo, si doceri evidenter possit, ab initio per dolum malum pejeratum esse, dubium mihi nullum est, quin tunc doli actione vel exceptione consulendum ei sit, qui ex perjurio adversarii dolo damnum passus aut passurus est. Cum enim secundum jam dicta jurisjurandi delatio, aut relatio quandam continet conventionem seu pactionem conventam conditionalem, & generaliter placuerit, Initas

dolo malo conventiones aut nullas esse, aut per actionem vel exceptionem doli, aut per judicium bonae fidei, pro cuiusque conventionis natura, oportere infirmari, leg. 1. §. 1. l. & eleganter 7. pr. & §. 3. & tot. t. ff. de dolo malo, consequens est, nec perjurium dolum debere ratum manere. Maxime, si consideres, jurisjurandi hujus & transactionis eandem esse vim, imo jusjurandum transactionis speciem continere, & utrobique fieri causae decisionem, l. 2. l. admonendi 31. in fine ff. b. t. Si enim illis in casibus, quibus doli transactioni causam dedit, dum vel fraude adversarii instrumenta suppressa sunt, quibus non suppressis transactio non fuisset subsecuta, vel alia quacunque ratione evidens alterutrius transigentis calumnia detegitur, transactio imperfecta vel saltem infirmata sit, l. in summa 65. §. & quidem 1. ff. de condit. indeb. l. sub. praetor 19. C. de transactio. quid ai idem dicamus in jurejurando, pari velut passu cum transactionibus ambulante? Unde nec huic nostrae assertioni Ulpianus adversatur, dum negat perjurio postea approbato actionem de dolo dandam esse, quasi religioni standum sit, sufficiatque in pejerantem perjurii poena, l. quod si, de ferentia 21. l. 22. ff. de dolo, cum lex illa de iis accipienda sit, qui initio quidem bona fide juraverant, deinde autem, detecto perjurio fraude non carebant, retinentes ea, quae secundum jusjurandum ipsis soluta erant, arg. l. si quis, cum aliter 36. ff. de verbor. obligat. quo casu merito definitum ab Ulpiano fuit, actionem de dolo dandam non esse, quia per jur transactum videtur, d. l. 21. Nam & in transactione id receptum est, ut ob dolum postea demum supervenientem haud infirmetur; nec reddi debeant, quae transactionis nomine accepta sunt, etsi postea probetur, nullam rem mediam fuisse, id est, aliam nullam subfuisse transigendi causam, praeter litem ab adversario non jure motam, adeoque accipiens, hoc detecto, videatur sciens prudens aliena cum jactura velle locupletari, retinendo ea, quae perjurio quasita, si modo ab initio calumnia doliisque desit d. l. 65. §. 1. ff. de condit. indeb. licet alias vulgo exceptio doli locum etiam habere possit, cum ab initio doli defuit, si quis postea, cum petit, in dolo sit, d. l. 36. ff. de verbor. oblig.

26. Ne quis autem usque adeo insolitum esse putet, quod jusjurandum ex delatione aut relatione praestitum viribus careat, sciendum est, aliis quoque modis id fieri posse, ut sua jurisjurando non constet auctoritas. Si enim non inspectis testamenti tabulis quis sibi quid legatum esse juraverit, iis vero deinceps inspectis nihil relictum inveniatur, nihil quoque jurans ex suo perjurio, ut bona fide interposito, consequitur, majorque supremæ defunctorum voluntatis, quam jurisjurandi ratio est, l. ult. C. b. 1. de reb. cred. & jur. idque rursus exemplo transactionis, quam, non inspectis testamenti tabulis, inutilem esse super relictis per testamentum, dictum est, tit. de transact. num. 12. Et, si prius actor reo deferente juravit sibi deberi, reus deinde actore deferente, se non debere jurato affirmet, aut vice versa; posterior causa jurisjurandi potior habebitur, l. in duobus 28. §. ult. ff. b. t. Idem juris est, si post jusjurandum praestitum controversia oriatur, an juratum sit, & adversarius, delato sibi jurejurando, juratum neget, l. quod si juravi 29. ff. b. t. Probato quoque

perjurio, ratum non manet iurandum, etiamsi bona fide præstitum, quoties in delatione aut relatione hoc specialiter lege adjecta cautum est, ut perjurii prætextu retrahari possit, l. 1. C. b. t. S. d. nec iurisdictioni effectum consequetur, qui iuravit, debet sibi rem, quæ jam extincta est; nisi ob antecedentem dolum, culpam aut moram æstimatio debeatur, l. cum, qui 30. §. si iuraverit 1. ff. b. t. Denique inutile est iurandum præstitum, si ab eo, cuius inde questum, remissum sit, ut supra dictum est n. 25.

27. Hactenus de voluntario ac judiciali. Necessarium iurandum dico, quod ob defectum probationis, seu in causis dubiis, iudex, parte etiam non petente, defert, auctori vel reo, l. admonendi 31. ff. b. t. quod ab interpretibus purgatorium appellari solet, si reo deferatur, ut se purget a suspicionibus contra se natis: *suppletorium vero*, si vel auctori deferatur ad supplendas non satis sufficientes intentionis suæ probationes, vel reo ad firmandam suæ exceptionis probationem, per se non modis omnibus plenam ac efficacem. Locus autem est huic delationi in causis civilibus, non criminalibus, quoties criminaliter ad poenam capitalem aut corporalem (etiam hodierno iure ad infamiam) irrogandam contenditur; quippe in quibus questioni ad veritatem indagandam locus est i. ff. de question. & huc meridiana clariores desiderantur probationes, l. ult. C. de probation. ac perjurium, atque adeo nova criminis adjectio, merito metuitur, dum creditur, ignoscendum esse ei, qui sanguinem suum qualiter qualiter redemptum voluit, arg. l. 1. ff. de bonis cor. qui ante rem. morti sibi com. Fachineus controver. lib. 1. cap. 15. Ant. Faber C. lib. 4. tit. 1. defin. 43. Ant. Matthæus de criminibus lib. 47. tit. ult. cap. 1. num. 6. Berlichius concl. præf. part. 1. conclus. 29. num. 43. & 48. Adde Menochium de arbit. judic. libr. 2. casu 454. Langeri orationem, de controversia utrum reus in delictis sub jectis fide interrogari debeat, post tract. de tor. aris. Plane, si non nisi ad poenam pecuniariam tendat criminis persecutio, ut judicialis iurisdictioni delatio aut relatio tunc improbat non est, veluti de furto, rapina, aliisque similibus, secundum ante proposita; ita quoque per iudicem in subsidium deferri hoc necessarium, nihil vetat, Ant. Faber C. de lib. 4. tit. 1. defin. 43. quo fundamento nitiatur, quod, quoties civiliter agitur ad poenam pecuniariam actione injuriarum, non purgatorii tantum, sed & suppletorii iurisdictioni delatio arbitrio iudicis in praxi probata est, sive quis factum neget, sive animum injuriandi, Neotadius Car. Holland. dec. 57. in med. Boetius decr. 861. Joh. Papon lib. 9. t. 6. ar. 10. Jacob. Coren consil. 20. in notis, Berlichius conclus. præf. part. 1. conclus. 29. num. 42. Quin &, si ad palinodiam agatur, vix est, ut non idem dicamus (licet aliud in Saxonia servetur), cum nec injuriarum recantatio recantantem ac ponentem infamiam hodie efficiat, Andr. Gayl. lib. 1. observ. 65. num. 3. & seqq. Mynsingerus cent. 2. observ. 93. Berlichius d. part. 1. conclus. 29. num. 45. & seqq. Similiter in causa fraudati census iurandum purgatorium ei, qui fraudasse dicitur, sed non satis probatur, imponi a iudice moribus nostris constitutum est; si moda quædam suspicionis causa subest, Jacobus Coren consil. 20. imo & ipsis publicanis suppletorium

deferri, si quid plene probationi fraudationis desit, scripsit Ant. Matthæus de auct. lib. 2. cap. 6. num. 37. Quo tamen non facile a iudice deveniendum puto, ubi illud Ulpiani consideraverit, neminem scilicet esse, qui nesciat, quantæ audacia, quantæque temeritatis, sint publicanorum factiones, edictis compescendæ magis, quam adjuvandæ, l. quanta 12. ff. de public.

28. Quia vero Gajus in d. l. 31. ff. b. t. scripsit, solere saepe iudices in dubiis causis, exacto iurejurando, secundum eum judicare, qui iuravit; orta inter interpretes est disputatio, quando causa censenda sit dubia, ad id, ut iudici ad delationem sacramenti procedere liceat: aliis quidem eam solam dubiam esse contententibus, cum utrimque probatio plena est; aliis etiam tunc, cum aliquid, sed minus plene, probatum est, iudicem iurandum alterutri tanquam in causa dubia deferre posse extimantibus. Quorum posteriorum sententia, uti quotidiana praxi comprobata est, ita quoque rationi convenientior, nec in Romani juris fundamenta incurrit, ut docet Vinnius select. quest. lib. 1. cap. 44. Neque enim novum in iure nostro est, ut plura per se non satis perfecta, aut valida, aliunde jurentur, sique adiuta vires majores acquirant; etiam ipsarum probationum intuitu: dum satis aperte rescriptum est, instrumenta domestica, seu privatas testationes, aut adnotationes, aut rationes, si non aliis quoque adminiculis adjuvantur, per se sola ad probationem non sufficere, l. instrumenta 5. l. 6. C. de probation. a contrario ergo, si aliunde adiuta sint, plenam poterunt fidem facere. Nec facile quis inficias iverit, unius tantum testis fide digni d. positione interveniente, inopiam quidem probationis esse, sed dubiam nihilominus iudici fieri veritatem ejus, quod unus ait, negat alter; cujus hesitationis tollendæ gratia si deinde iudex iurandum alterutri detulerit, an non obsecro, in causis dubiis ob inopiam probationum iurandum defert, adeoque id ipsum facit, quod Gajus saepe solitum fieri oportere Imperatores constituerunt in l. in bona 3. C. b. t. de reb. cred. & jur. Vide, si lubet, latius Vinnium d. loco, Fachineum controver. lib. 1. c. 18. Hinc, si suam auctor intentionem plene probaverit, reus vero exceptionem suam oppositam, veluti solutionis, pacti de non petendo transactionis aut similem uno teste, iniquum non fuerit, iurandum alterutri litigantium deferri per iudicem super exceptionis objectæ & quadantenus probatæ veritate; eo quod intentio auctoris, debitum nempe contrarium esse, & allegatio rei de eodem illo debito soluto, pactione ne petatur, inter sese non ita pugnant, quia utrumque possit verum esse, imo reus ipse, solutionem aut pactionem de non petendo proponens, ne negare quidem præcedens verum debitum intelligatur; etsi nec videatur confiteri, arg. l. non utique 9. ff. de exception. l. si quidem 9. C. od. tit. junct. l. qui rator 142. ff. de reg. juris. Quod si utrinque plene probatum sit, dum auctor intentionem & reus exceptionem docuit testibus duobus fide dignis, aut plenam fidem facientibus instrumentis, veluti solutionem, transactionem, pactionem, de non petendo, non alia iudicantis partes esse possunt, quam ut omni omnia iurisdictioni delatione, reum simpliciter ab auctore absolvat intentione, arg. d. l. 9. C. de exception. pr. & tot. t. insin. de exceptio. l. 1. ff.

de exception. l. nihil interponi 112. ff. de reg. juris. Sed si actoris relique probationes ita sibi opposita sint & inter se pugnant, ut alterutram falsam esse necesse sit, veluti si Mævius instrumento publico probetur Titio stipulanti centum aureos Calendis Januariis Romæ promississe, idem vero Mævius instrumento simili doceat, se toto illo die alibi fuisse, atque ita Romæ non promississe; fungo sane persuaseris, non homini, causam hanc ea ratione non maxime dubiam esse judici, incerto prorsus, actorisne an rei documenta falsitate laborent. Cui consequens, ut & hic alterutri jursurandum deferre possit, & sic secundum eum, qui juravit, judicare. Errant sane, qui pugnantibus eo modo probationes utrimque adductas omnibus destituit viribus opinantur. Quin potius, cum alterutrum falsam esse necesse sit, id unum istarum probationum pugna efficit, ut iudex, qui singulis probationibus seorsim consideratis plenam potuisset fidem adhibere, nunc quasi positus in medio incertus plane dubiusque hæreat, quibus magis credendum sit, nullumque tali ambiguitati tollendam, nisi in solo jurejurando, remedium habeat. Toties enim probationum inopia est, quoties probationes vel ab initio sufficientes non sunt, vel cum initio inspecte sufficientes quidem essent ad plenam judici fidem faciendam, tamen propter alias in contrarium adductas, ac cum prioribus directo pugnant, desinunt plenam judici fidem facere., Bronchorst *enam. cent. 1. affert. 93. vers. secundo.* Hæc quamvis in testamentis aliisque similibus verum sit, eorum, quæ inter se pugnantia sunt, neutrum ratum esse, l. ubi pugnantia 103. ff. de reg. juris, atque ita probationes quoque pugnant ad sententiam secundum eas ferendam efficaces non sunt; tamen id non impedit, quo minus harum alterutra jurejurando adjuncta firmitatem acquirat. Nec recte hunc casum, quo atrimque plena sed pugnant probatio est, ei comparaverit, quo neque ab actore neque a reo quicquam probatur, quo in casu cessare hujus jurisjurandi delationem, & absolutionem sequi oportere certum est, l. qui accus. 4. C. de edendo, cum probatione in universum deficiente, causa judici haudquaquam dubia facta sit; contra vero maxime dubia, quando utrimque talia producantur, quæ seorsim singula plene probant, nec certa judici ratio constat, cur hæc magis, quam illa, vera putet.

29. Positis terminis habilibus, deferri a iudice potest hoc jurejurandum non modo petente alterutro vel utroque litigantium, sed & utroque nihil tale desiderante, atque etiam post conclusionem in causa; tum, quia leges hanc delationem stabilientes non distinguunt, ut videri potest in d. admonendi 31. ff. b. r. l. in bona fidei 2. C. de reb. cred. & jurejur. tum quia iudex interrogationes facere potest, quotiescunque æquitas eum moverit, l. pen. ff. de interrog. in iure faciendis, species autem interrogationis esse videtur jurisjurandi delatio, quatenus juraturus rogatur, an vera sint, de quibus jubetur jursurandum præstare; tum denique, quia secundum juris civilis ac canonici decisionem iudicis officium est usque ad sententiam cuncta rimari, ac sedulo perquirere in gestorum veritatem, quo liti secundum iustitiam finis imponatur, l. iudices 9. C. de iudiciis, cap. cum Johannes 10. extra, de fidei instrumentis. Fachineus *controv. lib. 1. cap. 16. 17.* Andr. Gayl.

lib. 1. observo. 103. Berlichius *conclus. præf. part. 1. conclus. 53. num. 41.* & *reqq. Carpovius defin. forens. part. 1. constit. 23. defin. 1. & 9.* An vero actori, an reo potius, deferendum sit, providi præcipue ac circumspècti iudicis æstimatio est, prout plures debiliores deprehenderit productas probationes, graviores aut leviores præsumptiones pro altero vel contra eum militantes, magis fide dignam actoris vel rei personam. Neque enim satis tutum existimo, definiri simpliciter questiones illas, an suppletorium deferendum ei sit, qui unius mulieris, aut unius testis sibi sanguine juncti vel familiaris testimonio probavit illud, de quo queritur; vel semiple-ne probavit, sed adversus se militantem habet juris præsumptionem, & quæ sunt alia hujus generis plura. Confer Mynsingerum *cent. 5. observo. 68.* Tiraquel-lum *de leg. Connubial. ad l. 9. gloss. 1. part. 9. n. 73. 74.* Busium *de offic. iudicis cap. 4. nam. 30. 31.* Fachineum *lib. 1. controversi. cap. 18.* Merulam *præf. lib. 4. tit. 71. cap. 1. n. 11. 12. 13. 14.* Carpovium *def. fore. part. 1. constit. 23. defin. 3. 4. 5. & seqq.* Plures certe causas, & casus, quibus vulgo traditur, suppletorium non oportere jursurandum deferri, recenset Ant. Faber *C. lib. 4. tit. 1. defin. 44.* Berlichius *part. 1. conclus. præf. 54.* inter quos & ille est, si præscriptio per eum, qui illam allegat, semip-ple-ne probata sit, Faber *d. defin. 44. num. 11.* Berlichius *d. conclus. 54. num. 42. 43.* Si certus testium numerus, aut scriptura, per modum solemnitatis ad actum aliquem per leges aut mores desideretur, & quid in actu gesto, veluti testamento, deest, arg. l. si unus 12. C. de testam. Vinnius *select. quart. lib. 1. cap. 44. in med.* Berlichius *d. conclus. 54. num. 54. 55. 56.* aut si de consuetudine probanda laboretur, ut dixi *tit. de legibus n. 33.* Idemque nolant, si de consanguinitate probanda agatur, cum inter duos, quasi defuncto proximos de legitima hereditate questio est, Leeuwen *cent. forens. part. 2. lib. 1. cap. 29. n. ult. in fine.*

30. Quicquid autem ejus rei sit, illud expeditum est, tunc, cum a iudice deferatur litigantium alterutri jursurandum, id ea esse præstandum forma, qua iudex detulit, arg. l. ut prætor 5. §. ult. l. jursurandum 34. §. pen. ff. b. r. præsentem, aut citata saltem adversa parte, arg. l. generaliter 12. §. his de h. ver-su licentia danda C. b. r. l. iudices 18. C. de fidei instrum. Ant. Faber *C. lib. 4. tit. 1. def. 8. in fine,* Merula *præf. lib. 4. tit. 71. cap. 3.* Responsa Jurisc. Holl. *part. 3. vol. 1. consil. 176.* sic ut relatio jurisjurandi hic locum non inveniat, sed omnino is, cui id delatum est, præstare teneatur, alioquin interveniente iudicis deferentis sententia casurus illo iure, quod obtinisset, si jurasset secundum delationem. Cum enim jursurandum hoc necessarium præstitum probationis instar sit, & perinde habeatur quod juratum est, atque si probatum esset, ac propterea iudex secundum eum, qui juravit, iudicate jubetur, l. admonendi 31. ff. b. r. l. sed & posuerunt 11. §. si, cum 3. ff. b. r. consequens e contrario est, contra eum, qui jurare detrectaverit, iudicandum esse. Quod & cautum decreto Curie Hollandicæ 28. Martii 1583. vol. 2. placitor. Hollan. pag. 1427. Nec ita, quæ de hoc jurejurando non referendo dixi, repugnat l. generaliter 12. §. sed juramento 1. C. b. r. de reb. cred. & jurej. Item diffiteri quidem non

possumus, obscuriora, & intricata esse verba textus illius, ac de necessario quoque jurejurando sermonem illic esse: sed tam nihil vetat, ea, quæ de relatione ibi traduntur, restringere ad jusjurandum illud, quod a parte delatum est; sic ut præstatio quidem jusjurandi ibidem proposita omni iurjurando communis sit, relatio vero propria solius istius quod a parte illatum est; tum quia relatio non recte fit, nisi inferenti; tum quia ratio in d. l. 12. §. 1. proposita, quod nempe *ferendus non sit, ad appellationis veniens auxilium in his, quæ ipso facienda procuravit*, non quadrat satis in omnes iurisjurandi species, sed tantum in id, quod a parte illatum est; quippe quod faciendum pars procuravit, non item illud, quod iudex detulit, Vinnius *select. quest. lib. 1. c. 45. part. med.* Interim a sententia, post delationem iurisjurandi a iudice factam lata, appellandi facultas ei superest, qui succubuit, dum vel ipse jurare secundum iudicis præscriptum recusavit, vel contra eum ab adversario ex iudicis delatione juratum fuit; eo quod hoc jusjurandum transactionis speciem non continet, d. l. *generaliter* 12. §. *sin autem* 2. C. b. t. de reb. cred. & jurejur. junct. l. *admonendi* 31. ff. b. t. Carpovius *definit. ferens. part. 1. constit. 15. definit. 8.* Quo fundamento etiam nititur, quod jure hujus iurisjurandi rescissio petitur, ut ex integro causæ agatur, si quis nova instrumenta se invenisse dicat, quibus nunc solis usus est, d. l. *admonendi* 31. ff. b. t. Etsi enim alias sub obtentu novorum instrumentorum restitui negotia minime oporteat, l. *Imperatores* 35. ff. de re judic. jure tamen singulari contrarium placuit, quoties ex jurejurando necessario sententia lata est, eo quod illud non nisi subsidiariam probationem facit, aliis demum ordinariis probationibus deficientibus admittendam: ut proinde nec mirum sit, si, ordinariis aliis deinceps apparentibus, hoc fidem perdat, illisque cedat.

31. Etsi autem moribus hodiernis iurisjurandi voluntarii, seu extra iudicium adversario delati, nulla vis sit, ac perinde habeatur, ac si quis jurasset, nomine ei jusjurandum deferente, quod jure Romano prætor non tuebatur, l. *ait prætor* 3. pr. ff. b. t. & id, quod in iudicio deferitur parti ab adversario, nec præstari nec referri debeat, sed recusari possit sine turpitudinis manifestæ nota, donec iudex decreverit illud præstandum aut referendum esse, atque adeo probaverit delationem, Hugo Grotius *manud. ad juris. Holl. lib. 3. c. 50. n. 3.* Groenewegen ad l. 28. §. *ult. ff. b. t. n. ult.* Leeuwen *cons. for. p. 1. lib. 1. c. 29. n. 32. in fine*, crudius tamen sentire videtur idem Groenewegen ad l. 12. §. 1. C. b. t. cum nulum in praxi nisi necessarium jusjurandum, nunc notum esse arbitratur; ideoque & appellationem admittit a sententia lata ex jurejurando per partem parti delato vel relato ex iudicis comprobatione, & propter instrumenta noviter reperta rescissionem. Tametsi enim haud negaverim, transactionis calumniosæ exemplo perjurium quoque dolum rescindi posse, impetrato in id a Principe, vel Curia suprema, restitutionis auxilio, ut supra dictum est: tamen dolo in pejerante non probato, vix est, ut rescissionem impetret, qui ipse deferendo probavit jurandi conditionem. Cum ex adverso id, quod solius iudicis voluntate delatum est, etiam non probato dolo pejerantis, facilem recipiat ob instrumenta no-

viter reperta infirmationem; dum is, cui nocuit perjurium, videri non potest comprobasse hoc in causa conditionem jurandi, aut per eam transigisse.

32. Perjurium interim Romani non prorsus impunitum prætermiserunt, etsi judicaverint contemptam iurisjurandi religionem satis Deum ultorem habere, l. 2. C. b. t. de reb. cred. & jurejur. junct. l. *nam sufficit* 22. ff. de dolo, nam & infamia perjuros notatos legimus, l. *si quis major* 31. C. de transact. & extra ordinem verberatos, criminis falsi ac stellationis reos postulaturos, atque ad damnum perjurio aliis illatum reparandum condemnatos, l. *ult. ff. rektionatur*, l. *qui falsa* 13. C. de testibus, l. *si duo* 13. §. *ult. ff. b. t.* Confer Razvardum *lib. 2. var. c. 3.* Beroldum in *delictis juris ad pand. b. t. n. 7.* Ex moribus hodiernis non infrequens amputatio digiti aut digitorum primorum, quibus in cœlum elevatis perjurium præstitum; frequentior arbitraria coercitio. Vide Groenewegen ad l. 2. C. de reb. cred. & jurejur. n. 6. & seqq. Ant. Matthæum de criminib. libr. 47. tit. ult. cap. 2. Quibus tamen penis afficiendus non videtur, qui ad pejerandum quidem sese paratum professus est, sed necdum re ipsa iurjurandum præstitit; eo quod non nisi in gravissimis quibusdam criminibus jure Romano obtinuit, ac vix unquam hodie obtinet, tentatum crimen eodem modo, quo perfectum, puniri. Uti nec, qui non dolo malo, sed errore quodam perjurium præstitit; cum vulgo traditum sit, affectum distinguere maleficia: sed potius utroque in casu mitior quædam arbitrio iudicis coercitio imponenda. Potestque illa bona fides jurantis præsumi ex lucro exiguo inde sperato, spontanea lucri post compertum errorem redditione, moribus, facultatibus, & vita antea jurantis, Responsa Jurisc. Holland. part. 1. consil. 325. & 328. & part. 4. consil. 355.

### TITULUS III.

#### De in Litem Jurando.

#### SUMMARIA.

1. Jusjurandum in litem duplex est, aliud veritatis, aliud affectionis. Probatur, notum esse jusjurandum veritatis. In quibus actionibus, & in quibus rebus, ac ex quibus causis, locum habeat; quid juris, si is, cui iudex id deculit, jurare nolit?
2. Quid sit jusjurandum in litem affectionis? locus ei non est ob culpam levem.
3. Defertur a solo iudice; alicui domino, vel qui suo nomine litem est contestatus. An & tutoribus in causa pupilli? an non matri, si ea tutrix sit? An & heredibus? Quid si is, cui deferatur, jurare declinet?
4. Juratur contra eum, qui non dolo non restituit aut exhibet. An contra heredem ejus; & quid si ipse heres dolum fecerit; An & contra fidejussorem?
5. Defertur in iudiciis bonæ fidei & arbitrariis in rem aut in personam, quibus de restituendo aut exhibendo agitur, non in iis, quibus de tradendo, vel de sola indemnitate agitur: nec in strictis juris actionibus.
6. In infinitum jurari potest. An iudex possit taxa-

*stantem adicere? an in minus damnare, quam juratum? an post sententiam actionis eandem minuire?*

7. *An si, contra quem juratum, actiones cedenda sint?*  
8. *An, & quo usque moribus nostris iurjurandum in litem locum habeat?*

1. Jusjurandum in litem generaliter consideratum est, quod propter dolum aut culpam adversarii non restituentis, aut exhibentis, aut solventis, aliquis rem suam aut sibi debitam aestimat. Et vel veritatis est, vel affectionis. Veritatis iusjurandum in litem dicitur, quod a iudice deferretur aëtori, si res in iudiciis bonæ fidei, stricti juris, & arbitraris non restituitur vel exhibetur culpa adversarii; aut etiam dolo in iudiciis stricti juris perierit deteriore facta sit, aut non solvatur, reddatur, exhibeaturve. Hæc res aestimanda ex communi hominum opinione, quanti vere est, seu quanti vere interest aëtoris: ac præstari solet non a dominis tantum, sed & ab aliis, qui domini non sunt, veluti patronis, quorum in fraudem res a libertis alienatæ sunt, & Calvisiana vel Calvisiana actione revocandæ, l. *servo* 5. §. 1. ff. si quid in fraud. patroni, uti & illis, quibus mora facta est ratione rei ex stipulatu vel alia simili causa debita, ac inter moram peremptæ, l. in actionibus 5. §. ult. ff. b. t. etiamsi fungibilis forte res esset, adeoque ipsa etiam numerata pecunia, quoties de eo quis jurat, quod sua interfuit nummos sibi sua die redditos esse, l. nummis 3. ff. b. t. vel de impensis litis victori reddendis questio est, nec precise de erogatis constat; in quantum tunc victor, post præmissam iudicis taxationem, definit iurejurando suo impendiorum quantitatem, nov. 82. cap. oportet 10. Denique & in furti actione, dum is, qui furtum passus est, jurat, rem tanti fuisse cum furtum foret; ut ita aestimationis istius duplum aut quadruplum actione furti consequatur, l. cum furti 9. ff. b. t. Neque id negat l. in furti 50. ff. de furtis, quippe quæ tantum excludit aestimationem affectionis aut ejus quod interest, verumque rei pretium vult duplicari aut quadruplicari. Si tamen deferente iudice aëtor jurare declinet, (forte perquam timidus metu divini numinis usque ad superstitionem; juxta l. quæ sub conditione 8. ff. de condit. institt.) ipse iudex aestimabit, arg. l. quod si possessor 71. ff. de rei vindic. imo, si iudex satis commode aestimationem facere possit, non recte huc veritatis iusjurandum in litem aëtori deferret, l. videamus 4. §. ult. l. 5. §. ult. junct. 6. ff. b. t. Frustra vero Wisenbachius est qui ad Fund. b. t. vol. 1. disp. 24. n. 44. hoc veritatis iusjurandum in litem dari negat, quia iusjurandum in litem & quanti ea res est in iure opponuntur, ut non possit iusjurandum veritatis sub iurejurando in litem contineri, l. tutor. 8. ff. b. t. l. i. r. qui 2. C. b. t. Etenim novum non est, ea, quæ sibi invicem opposita sunt, tamen sub eodem genere, nomen unius speciei habente, contineri, uti id in adrogatione & adoptione, cognatione & agnatione, sub uno adoptionis & cognationis genere comprehensum constat: idemque hic obtinet, dum iusjurandum in litem affectionis, simpliciter positum nomine iusjurandi in litem, continetur una cum iurejurando, quo definitur quanti res est, sub iurejurando in litem generalius accepto.

Von ad Pandect. Tom. III.

2. Affectionis iusjurandum in litem est, cum ob dolum (sub quo & lata culpa continetur) aut contumacia adversarii non restituentis res in iudicium deducta aestimatur ab aëiore ultra verum rei pretium, pro singulari in rem affectione, l. 1. l. tutor. rem 8. ff. b. t. l. i. r. qui rationem 2. C. b. t. l. qui restituere 68. ff. de rei vindic. junct. l. si servum meum 33. ff. ad leg. Aquil. Iniquum enim visum fuit, dominum sine facto suo, aliena malicia privari dominio rei suæ, & non consequi ultra verum pretium rerum illarum, in quas peculiaris potest cadere affectio, quasque apud alium existentes magno redempturus esset, ut a se possessas non nisi plurimum fuisset venditurus, l. nec quasi 70. Et sequ. ff. de rei vindic. leg. si filiusfamilias 25. §. 1. ff. solus marimon. Ob levem plane culpam huic iurjurando locus non est; quippe quo casu iudex potius ipse rem aestimat, vel iusjurandum in litem veritatis deferret, l. videamus 4. §. ult. l. 5. 7. sed in his 3. ff. b. t. Tutorem nonnulli excipiunt, contra quem, inventarium aut Instrumenta alia pupillaria non exhibentem, ex levi quoque culpa in litem jurari putant ex l. pen. C. b. t. sed forte rectius sentiunt, qui statuunt, in d. l. pen. non culpe intuitu differentiam poni inter tutorem heredemque ejus; sed magis in eo, quod contra heredem tutoris non alias in litem juratur, quam si constiterit, reperta per eum fuisse instrumenta in hereditate, eaque dolo malo ejus non exhiberi; dum ex adverso contra tutorem hoc iusjurandum omni modo locum sibi vindicat, quoties ille inventarium ceteraque instrumenta non profert dolo malo, sive habet, sive habuerit & dolo possidere desiderit, sive nunquam habuerit, dum forte repertorium rerum ad pupillos pertinentium nunquam fecit, juxta l. tutor, qui repertorium 7. pr. ff. de adm. Et peric. tutor.

3. Deferret hoc iusjurandum non adversarius, sed iudex, quoties id æquum arbitrat: neque enim necessitas deferendi in iudice est, cui licitum fuit ab initio non deferre, l. in actionibus 5. §. 1. ff. b. t. licet ex parte ejus cui deferretur, quædam necessitas juris in hoc iusjurando proponatur, l. ult. ff. b. t. in quantum, si non juraverit, sæpe in latente aliquo damno hæreret, quod iudici ignotum iudex aestimare nequit. Alius præter iudicem si detulerit, vel sine delatione juratum sit, nulla est religio, nec ullum iusjurandum, l. videamus 4. §. deferre 1. ff. b. t. Deferret vero aëtori, qui dominus est, vel saltem suo nomine litem est contestatus, l. vulgo 7. ff. b. t. quia præcipua huius iusjurandi ratio in eo est, quod iniquum videatur, dominum intuitum re sua carere dolo atque malicia adversarii, nudo rei præcio recepto, ut supra monitum. Non tamen recte deferretur impuberi: puberi omnino; uti & tutori impuberis, quatenus ratum erit, quod ille juraverit; licet pupillo non teneatur actione tutela quasi propter neglecta pupilli commoda, si jurare detrectet; cum grave videatur, & ignorantes & invitos tutores, sub alieni compendii emolumento etiam perjurium anceps subire, l. videamus 4. pr. ff. b. t. Neque his contrarium est, quod dictum fuit, illis solis iusjurandum deferri, qui domini litis sunt, aut saltem suo nomine litem contestati, l. 7. ff. b. t. etenim, ut manifestior evadat legis illius sententia, per litis dominos illic denotantur illi, ad quos lis illa pertinet, sive

per se, sive per procuratores in lite substituerint, eo sensu, quo dominus liti præsens in iudicio sui procuratoris personam confirmare dicitur, §. *sin autem* 3. *Inst. de satisfact.* idque ad exclusionem procuratorum, qui, licet liti contestatione liti domini fiant, *l. procurator. 22. l. 23. C. de proc.* tamen non suo sed domini mandantis nomina litem contestantur: unde Ulpianus in *d. l. 7.* ut omnem tolleret verborum priorum ambiguitatem, magisque planum redderet, per liti dominos non designari procuratores, ex Papiniano subnequit, *alium non posse jurare, quam eum, qui litem suo nomine contestatus est.* Sub his autem, qui litem suo nomine contestati sunt, etiam tutores hic comprehensos existimem; quippe qui etsi rerum alienarum administratores sint, tamen actionem pro pupillis instituentes, eo in plerisque loco habentur, ac si pro se, propriamque in causa, litem moverent, & domini essent, *l. qui secundum 7. §. si tutor 3. ff. pro emptore* quo modo & in aliis juris partibus, in quibus, lite per procuratorem agitata, jubetur ipse dominus jurare, nec procurator ad jurandum admittitur, tutores tamen & curatores, tamquam domini, admittuntur, *l. quoties 21. §. si tutor 5. ff. de noxal. action.* ac de illis, uti de quovis alio actore dicitur, eos vel per se vel per alium litem inferre, idemque, quod in liti dominis obtinet, in tutoribus quoque ac curatoribus, adversario pupillorum litem per alios inferentibus, observandum e esse, *d. §. 3. Inst. de satisfact.* Plane matri pupillorum iusjurandum in litem affectionis pro suis pupillis præstare volenti, id permittendum non est, *d. l. 4. pr. ff. b. t.* non alia, ut opinor ratione, quam quia impotente erga liberos amore ducta, ultra justam affectionem iurata creditur, quo liberis prosit; etsi illa displiceat, sed sine causa, Antonio Fabro in *rationali. ad l. 4. ff. b. t.* Qui ideo cum aliis excipit quidem, nisi mater tutrix sit; sed fundamento minus stabili; tum quia impositum matri tutela munus non efficit, quo minus mater maneant, adeoque perduret ratio, quacumque illa fuerit, quæ matrem pro pupillis ab hoc iurejurando suavitè depellendam; tum quia, lex non distinguit; ac denique vix est, ut de iurejurando in litem matri in causa pupillorum deferendo questio esse possit, nisi liberorum suorum tutrix sit; cum mater alienam, adeoque & filii sui impuberis defensionem suscipere prohibeatur, ac jubeatur magis filio suo tutorem petere, *l. alien. 18. C. de procurator.* Quibus etiam consequens est, perperam Ant. Fabrum *d. loco*, rationem, cur mater jurare volens admittenda non sit, in eo ponere, quia pro liberis suis impuberibus in iudicio stare nequit. Nam, cum iusjurandum hoc demum post plenam causæ disceptationem ac cognitionem iudiciali deferatur sententia, ineptum fuerit, aut dubitare, aut querere de eo, an matri, quæ, nisi tutrix sit in lite pupillari assistere nequitquam, aut nota esse potuit, quæque nec suo nec procuratorio nomine litem contestari, hoc iusjurandum in ipso liti sine deferendum sit. Hæredi ejus, cui hoc potuisset deferri iusjurandum, quo minus a iudice idem quoque deferatur, tamquam ex jure hereditatis domino facto, nihil vetat; dummodo non de defuncti, sed de sua affectione juret. Quod si is, cui a iudice delatum est, jurare recuset, iudicis tunc est qualitercunque secundum rei veritatem, prout religioni ipsius æquum videbi-

tur, statuere rei estimationem, *l. quod si porro. 77. ff. de rei vind.*

4. Juratur in litem ex affectione adversus eum, qui dolo malo aut contumacia non facit restitutionem rei, aut exhibitionem; non contra heredes contumacia dolo defuncti; eo quod hoc iusjurandum contumaciæ ponam continet, *l. tutor 8. ff. b. t. l. ult. ff. de fidejussoribus*, in penam autem hæres non succedit, *l. pen. ff. de operis novi nunciacione*, nisi liti cum defuncto contestata sit, *l. alio jure 4. C. b. t.* Quin tamen ob proprium heredis dolum aut culpam latam, propriamque contumaciæ, adversus eum possit in litem jurari, dubium non est, *l. 1. 2. 3. 4. 5. C. b. t. l. cum ostendimus 4. ff. de fidejuss. & nominat. & hered. tutor.* Idemque servatur in fidejussoribus, contra quos ex dolo quidem proprio in litem jurari potest, ex dolo vero ejus, pro quo fidejusserunt, non ultra verum rei pretium condemnatio sit; nec delicti alieni penam præstent, *l. ult. ff. de fidejuss.*

5. Locum habet hoc iusjurandum in omnibus iudiciis bonæ fidei & arbitrariis, in quibus de restituendo aut exhibendo agitur, sive in rem sive in personam sint, *l. qui restituere 63. ff. de rei vindicat. l. sive nostrum 2. l. in actionibus 5. ff. b. t. veluti rei vindicatione, d. l. 63. confessoria & negatoria l. barum actionum 7. in fine ff. si servitus vind. ad exhibendum, l. 2. l. in actionibus 5. ff. b. t. depositi, l. ei, apud quem 5. ff. depositi, commodati, l. sed mihi 3. §. in hac 2. ff. commodati, tutela, l. tutor 8. ff. b. t. hypothecaria, l. si fundas, 16. §. in vindicatione 5. ff. de pignor. & hypoth. de dolo, l. arbitrio 18. ff. de dolo, actione rei uxoriæ, seu ex stipulatu, pro dote recuperanda, l. si filiofamilias 25. §. marium 1. ff. soluto matrimonio.* Non item in iis, quibus non de restituendo vel exhibendo, sed tantum detrahendo agitur vel de sola indemnitate; quod evenit in emti actione, & contrariis commodati, depositi, similibusque iudiciis, *d. l. ei, apud quem 5. ff. depositi*, nec denique in stricti juris actionibus; quippe in quibus, si iudex æstimare satis commode non possit, ad solum veritatis iusjurandum secundum ea, quæ in principio hujus tituli dicta, confugiendum est, arg. *l. in actionib. 3. pr. & §. ult. l. 6. ff. b. t.*

6. Jurari vero potest hic in infinitum, sine ulla juris taxatione; ut tamen officio iudicis incongruum non sit, tunc, cum illud desert, refrenare iusjurandum, & taxationem adicere, intra quam juretur, ne, arrepta occasione, in immensum alioquin res æstimeretur, *l. qui restituere 63. ff. de rei vindic. l. arbitrio 18. ff. de dolo, l. videamus 4. §. jurare 2. l. in actionibus 3. §. 1. ff. b. t.* Quin imo, etsi de perjurio in hac iusjurandi specie non facile quæri solear, *l. ult. ff. b. t.* tamen ex magna causa potest iudex, qui detulit, illud præstitum non sequi; sed vel prorsus absolvere reum, vel etiam minoris condemnare, quam juratum est, præcipue repertis postea probationibus, quibus innoscit, vel reum non deesse dolo malo possidere, vel actorem non esse, vel non in totum esse dominum, *d. l. videamus 4. §. item 3. ff. b. t.* Nec obstat nov. 82. cap. oportet 10. cum ibi de iurejurando veritatis quo declarantur impensa liti, agatur. Virrius solent. quæst. lib. 1. cap. 45. Wissenbach ad Pand. b. t. vol. 1. disp. 24. num.



48. Si tamen per sententiam iudicis semel probata fuerit estimatio iurejurando definita, minui deinceps amplius non potest per iudicem; quippe cuius officium tunc finitum est, *l. summa 3. C. b. t. arg. l. quod iussit. 14. ff. de re iudic. l. si fundus 16. §. si pluri 6. ff. de pignor. & hypoth.*

7. An autem ei, contra quem juratum est, actiones cedenda sint, & alia similia, iam ante in *s. de petit. hered. & de rer. vindic.* tractata sunt.

8. Sed nostris & aliorum moribus hoc iusjurandum in litem affectionis vix amplius obtinet; & solent plerumque iudices id quod interest ex bono & aequo ipsi diiudicare atque statuere, nisi ob ignoratas negotii circumstantias id ipsis possibile vix sit; quo casu vel premissa taxatione, iusjurandum convenienter iuri Romano etiamnum deferri potest, Groenewegen de *leg. abr. ad Pand. b. t. Sim. van Leeuwen com. for. part. 1. lib. 4. cap. 5. n. 2. & seqq.* vel etiam auctori simpliciter permitti, ut ipse suum interesse declarat, ac firmet iurejurando, ut in id condemnatio sequatur; maxime, si reus sit contumax, nec sese sistat; nam si sui copiam faciat, iudices potius ei dant facultatem contradicendi declarationi auctoris, ut deinceps examinatis omnibus reus ex bono & aequo la certam condemnetur quantitate, plerumque petita, minorem, *Appendix decisio. post resp. Iuriso. Hall. part. 3. vol. 1. pag. 12. & 13.*

## TITULUS IV.

De Conditione causa data causa non secuta.

## SUMMARIA.

1. *Conditio causa data &c. non datur occasione contractus facto, ut, vel ne des aut facias; nec repitit datorum ob causam prateritam, vel ob futuram sed in mente venturam; nec ex vero sed quasi ex contractu descendit.*
2. *Quid sit hac actio; contra quos, & ad quid datur?*
3. *Sub datione an & acceptilatio continentur? & an hac conditione uti possit, qui alium ob causam futuram liberaverat per acceptilationem, distinctione explicatur.*
4. *Conditio hac quando datur vel non? sed ubi huiusmodi locus est, intentari tamen potest conditio ex capite penitentia. Qua & tunc datur, cum res, qua vicissim danda, vel circa quam quid faciendum, casu periit, re adhuc integra; transique penitendi poterat ad dantis heredes.*
5. *Quando res intelligatur integra, quando non?*
6. *Moribus cessat licentia penitendi; in ceteris superest unus conditionis causa data.*
7. *An repeti possit, quod datum ob causam futuram, sed impossibilem naturae vel moribus?*
8. *An repeti possit causa non secuta, quod datum est ob causam, solius accipientis commodum concernente, veluti, ut vestem sibi paret?*

1. **C**onditio causa data causa non secuta nascitur quidem occasione contractus innominati do ut des, vel do ut facias, uti & do no facias, *l. dedi tibi 3. pr. & §. 1. ff. b. t. l. ea lege 3. C. b. t. de Condit.* ob causam datorum, non tamen ratione contractus facio ut des, vel facio ut facias, vel facio ut

facias, eo quod facta naturali ratione repeti nequeunt, nec id, quod factum est, infectum fieri, *l. naturali 5. §. quod si faciam 3. leg. pen. ff. de praescriptis verbis.* Nec intuitu eorum, quae data sunt ob causam prateritam; quippe quae non repetuntur, etiamsi causa, ob quam data, falsa appareat, *l. damus 52. ff. de condit. indeb.* eo modo quo & falsa causa legatum non vitiat, *§. longe magis 31. Inst. de legatis*, nisi probetur alias daturus aut legaturus non fuisse, *l. cum tale 72. §. falsam causam 6. ff. de condit. & demonstrat.* Multoque minus respectu eorum, quae ob causam futuram quidem, sed in mente retentam, data; cum cogitationis in iure nostri uti poena nulla, ita nec alia vis sit, ac propositum in mente retentum nihil operetur, *l. dedi tibi 3. §. sed si servus 7. ff. b. t. l. cum ancillam 6. leg. si repetendi 7. Cod. b. t.* Denique nec ex vero, sed magis quasi ex contractu eandem oriri, dicendum profecto est: duo namque in contractibus innominatis do ut des vel do ut facias agi videntur; alterum expresse, ut nempe vicissim detur vel fiat, quae conventio contractum innominatum facit, ac parit praescriptis verbis actionem, ad id ut vicissim detur vel fiat, adeoque implementum contractus sequatur aut alioquin ad id quod interest condemnatur, qui fidem conventionis prestare recusat: alterum tacite, ut, si non detur aut fiat, de quo convenit; liceat datum repetere; ex qua tacita conventio extra id quod expresse actum fuit cum proprie competat haec conditio ob causam datorum, eam etiam ex quasi contractu magis, quam vero descendere, consequens fuit, arg. *l. it. qui commodatum 13. §. ult. in fin. ff. commodati.* Vinnius *select. quest. lib. 1. cap. 46. in pr.*

2. Est ergo conditio hac personalis actio stricti iuris qua is, qui ob causam futuram quid dedit, (vel etiam is, cuius nomine datum est, *l. qui se debere 7. l. si donaturus 9. ff. b. t.*) heredes ejus, ab eo, qui accepit, heredeque ejus petit datorum restitutionem, quia ea causa secuta non est, una cum accessionibus, & fructibus, etiam ante litem contestatam perceptis: eo quod hac actio iis annumerata est, quibus repetitur id quod nostrum ante fuit, *l. qui se 7. §. ult. l. cum quis mortis 12. §. seqq. ff. de usuris*, non item cum usuris, secundum propriam negotiorum stricti iuris naturam, arg. *l. 1. C. de condit. indeb.*

3. Dationis tamen appellatio paulo latius hic accipitur, ut & acceptilationem in se contineat, ac proinde hac actio in eum quoque datur, qui acceptilatione liberatus est, ut ipse vicissim qui daret aut faceret, si datio aut factum non sequatur. Qua ratione si mulier ei, cui nuptura erat cum dotem dare vellet pecuniam, quae sibi debebatur, acceptam fecit, neque nuptiae insecutae sunt, recte ab eo pecunia condicetur: quia nihil interest, utrum ex numeratione pecunia ad eum sine causa, an per acceptilationem, pervenerit, *l. si quis accepto 4. l. si mulier 10. ff. b. t.* quibus contradicere videtur Papinianus in *l. ob eam causam 9. ff. de praescriptis verbis*, ajens, accepto liberatum ob eam causam, ut nomen Titii debitoris delegaret, si fidem contractus non impleat, incerti actione teneri; iudicisque officio non veterem obligationem restaurari, sed promissa praestari, aut sequi condemnationem. Sed ut difficultatis extricatio fiat,

observandum est, acceptilationem vel ut factum considerari possit, vel ut solutionem imaginariam adeoque fictum dationem. Si potissimum ut factum consideretur, ex quo ~~per~~ jure liberatio contingit, effici officio judicis non potuit, ut factum infectum fieret, & vetus obligatio instauraretur, sed tantum contractus innominati facio ut facias implementum desiderandum fuit, aut id quod secundum ante dicta conditioni causa data causa non secuta locus esse non potuit in contractibus innominatis a facto incipientibus, in illi solis, qui a datione initium habent: & de hac acceptilatione, tamquam naturale factum continente, accipiendus in *d. l. 9. Papinianus*. Sin magis in acceptilatione imaginariam solutionem spectes, atque ita in ea, ob causam futuram facta, fictam concipias traditionem, dum, debitor ex causa prioris debiti pecuniam numerasse finitur, ac rursum ob novam causam futuram a creditore eandem recepisse, *sic ut nihil in oris, utrum ex numeratione pecuniae ad eum sine causa, an per acceptilationem pervenerit*, secundum verbi lavolenti in *d. l. 10. ff. b. t.* & accepisse etiam intelligitur, qui obligatione liberatus est, *l. si quis obligatione 115. ff. de regul. juris*, conditionem ob causam datorum concedi necesse fuit, tamquam in contractu innominato a datione initium habente, ac penitentiam recipiente: ita tamen, ut acceptilatio nec hoc in casu resolvenda fuerit, sed per eam solutio & obligationis dissolutio valide facta intelligatur nummique novam ob causam futuram fingantur de novo numerati; quae causa cum deinde secuta non esset, non ad obligationis instauracionem, sed pecuniae solius repetitionem, actio, danda fuit.

4. Causa autem non sequitur, vel quia alter prestare, quod promissit, non vult, vel quia non potest. Si prestare noluerit, non dubium, quin conditioni huic locus sit, si modo conditio, quae forte adjecta est, jam extiterit, vel elapsum sit tempus dationi vel facto praefixum: ut tamen etiam ante temporis lapsum vel existentiam conditionis penitentia ex parte ejus, qui dederat ob causam, admittenda sit, ac ex capite penitentiae conditio indulgenda, *l. dedi tibi 5. §. quid, si ius 3. ff. b. t.* eo excepto, quod penitentia dotis ac matrimonii ac favore reprobata fuit, si dos ob matrimonium futurum sponse nomine interim data fuerit quamdiu illud separatur ac sequi potest, *l. quod Servius 8. ff. b. t. uti &*, si ex causa transactionis quid datum fuerit, *ne ad iudicem eatur*, quamdiu eo itum non est, *l. dedi tibi 3. princ. ff. b. t.* Si vero praestari causa non possit, nec stet per debitorem, hac quidem cessat conditio ob causam datorum; sed tamen & hic ex capite penitentiae condici posse data obtinuit, etiam saepe post interitum rei, quae vicissim danda, vel circa quam aliquid faciendum erat quamdiu res etiamnum integra est, *d. l. 3. si pecuniam 5. p. & §. 1. 2. l. ult. ff. b. t.* adeo ut ad heredes dantis etiam transitura videatur penitendi facultas, cum heres in omne defuncti jus succedat, ejusdemque cum defuncto potestatis sit, *l. heres in omne 37. ff. de acquir. vel omitt. hered. l. heredem ejusdem 59. ff. de regul. juris*, & hae penitendi licentia non ad penam sed ad rei persecutionem pertineat, nec ex quadam pactione personali, personam haud paciscentis egrediente, sed ex natura communi hujusmodi contractum innominatum origi-

nem trahat, ac ex persona heredum conditio obligationis non queat immuari, arg. *l. si pactionum 2. §. ex his 2. ff. de verbor. obligat.* Neque obstat argumentum a donatione ob ingratitudinem per heredes donantis haud revocanda petitem, *l. bis sois 7. post mod. l. ult. C. de revocand. donat.* cum illic de injuriarum illarum persecutione ac vindicta quaestio sit, ac manifestum, injuriarum actionem nec in heredes dari, nec tribui heredi, §. 1. *Instit. de perpet. & temporal. act.* junct. *d. l. 7. C. de revoc. donat.* in verbis, *ut vindicationis tantum haberi efficitur*. Minus adversatur *l. locatio 4. ff. de servis exportandis*, eo quod utrobique diversi casus sunt; & in lege quidem quarta ff. locati penitendi potestas ex speciali pacto, praeter ordinariam locationis naturam, permixta fuit locatori, heredi autem eius frustra permittitur, cui morte locatoris locatio sublata erat, *d. l. 4.* in lege autem tertia de servis exportandis minus juvanda fuit penitentia in praedictum libertatis, rei admodum favorabilis, quo factum, ut ad heredes porrigendum non fuerit penitendi jus.

5. Integra vero in hac materia res intelligitur etiam cum res vicissim danda, cujusve intuitu quid faciendam, casu tali perit, quo etsi contractus innominatus fuisset peritura, atque ita dominus idem fuisset damnum passurus: veluti, si morbo extinctum ponamus servum ob praecedentem dationem manumittendum, quem dominus, deficiente contractu hoc innominato, non fuisset distracturus. Secus quam obtineret, si is, qui accepit, contractus hujus occasione damnum passus sit, dum forte accipiens ea lege, ut servum manumittat, expediendae manumissionis gratia cum servo ad praesidem profectus fuit, ac vel a latronibus servus interceptus est, vel ruina in stabulo oppressus, vel vehiculo obrutus, vel aliquo modo, quo non periret, nisi maumissionis causa proficisceretur, *l. si pecuniam 5. §. ult. ff. b. t.* Idemque est, si quis pecuniam acceperit, ut Capium iret, & valetudine vel tempestate proficisci impediatur, cum jam sumtum ad profectionem necessarium eo usque fecisset, ut manifestum esset, eum aut tantum, quantum acceperat, aut amplius erogasse, *d. l. 5. pr. ff. b. t.* Quid quod nec integra amplius videri res possit, si mortuus sit servus ob rem datam manumittendus, antequam potuit commodum manumitti, sic ut nullam dominus moram fecerit, ac probet, se servum alias medio tempore fuisse distracturum quem nunc propter hoc non distraxit, quia, ut eum manumitteret, rem accepit, *l. si pecuniam 5. §. sed si accepit 3. & §. ult. ff. b. t.* Verum enim est, servum nec hoc casu fuisse domino periturum, si innominatus defuisset contractus dationis ob faciendam manumissionem. Quae cum ita sint, consequens est, ut quod generalius rescriptum invenitur in *l. pen. C. h. t. pecuniam datam, si hac causa, pro qua data est, culpa accipientis, sed fortuito casu, non est secuta, reperi minime posse*, limitationem recipere debeat secundum distinctionem jam propositam ex *d. l. 5. §. ult. ff. b. t.* si scilicet integra res amplius non sit, seu non fuisset res eodem modo apud dominum peritura. Nisi magis placeat, cessare quidem conditionem ob causam datorum, de qua in *d. l. penult. C. b. t.* juxta tituli ipsius inscriptionem tractatio erat; sed non ideo exclusam protinus dici oportere profluentem ex penitentia conditionem; quae & in *d. l.*

5. §. 3. & l. 5. pr. ff. b. t. post negatam conditionem causa data causa non secuta, nihilominus ea danti tribuatur datorum repetitio, quam probata in his contractibus per intentia parit. Quo modo etiam accipiendi Pauli verba, cum in l. naturalis 5. §. & si quidem 1. in fine ff. de praescriptis verbis, ait, si scyphos tibi dedit, ut Stichum mihi daret, periculo meo Stichus ris, ac tu danti eas culpam praestare debes, nam & illic tantum de conditione ob causam datorum causa non secuta sermonem esse, verba immediate antecedentia abunde evincunt: eoque respectu merito Paulus dixerat, Stichum periculo ejus esse, qui rem dedit ut Stichum acciperet, cessante scilicet conditione illa ob causam datorum: interim conditionem ex capite penitentiae admitti oportere neque negat Paulus in d. l. 5. §. 1. neque negant leges aliae; ac ex adverso penitentiae licentiam stipianus in d. l. 3. §. 3. & d. l. 5. ff. b. t. manifeste tuetur.

6. Sed cum hodiernis moribus contractus innominati a datione incipientes penitentiam haud recipiant, in quantum nunc ex nudo pacto serio prolato, utcunque per traditionem haud confirmato, actio datur ad implenda ea, quae pacto placuerunt, sic ut & ipsa conventio de dando ut vicissim datur firmitatem habeat, ac producat actionem ad dandum, hinc etiam conditio ex capite penitentiae reprobatam nunc est, Groenewegen ad l. 55. ff. b. t. manente in ceteris ac vigente Romani juris dispositione circa hanc conditionem causa data causa non secuta; uti colligere licet ex Hugone Grotio mandud. ad juri. prud. Holl. lib. 3. cap. 30. num. 44. 45.

7. Quod si datum quid sit ob causam impossibilem, aut ea talis esse natura, aut jure seu moribus. Si natura, idque sciverit, qui dedit, cessabit repetitio, cum donasse videatur, arg. l. cujus per errorem 55. ff. de regulis juri; & de tali scientia accipienda est l. dictam 8. C. b. t. Sin ignoraverit ignorantia non supina neque affectata, huic conditioni locus erit, arg. d. l. 55. l. cum ancillam 6. C. b. t. Quod enim a Muciano scriptum est, non solum stipulationes sed & ceteros contractus impossibili conditione interposita nullius momenti esse, quia sic contractum proculdubio in hujusmodi actu talis cogitatio est, ut nihil agi existiment, apposta ea conditione, quam sciunt esse impossibilem, l. non solum 51. ff. de oblig. & act. id ad contractus nominatos restringendum videtur, in quibus nondum dominium datione translatum erat; quales sunt stipulationes, emptiones, locationes, ibidem recensita, alique enumeratis non plane dissimiles. Confer Donellum ad d. l. 6. C. b. t. Wissenbach ad Pand. b. t. vol. 1. disp. 25. num. 4. Perezium C. b. t. num. ceterum causam 7. Sed si moribus seu jure impossibilis causa de futuro adfecta sit; & impossibilitatem dans ignoraverit; siquidem errore juris, cessat repetitio; quippe quam juris ignorantia impedire solet, arg. l. cum quis jus 10. C. de juris & facti ignorantia l. regula est 9. ff. eod. l. sin facti inscitia, conditio dari non deneganda, veluti, si quid militi datum sit, ut procuratorem suscipiat, vel dos numerata ad onera matrimonii inter eos, inter quos nuptiae ob nimis arctum sanguinis aut affinitatis vinculum consistere non possunt, cum dans ignoraret, eum, cui procuratoris causa numerabat militem esse, aut adeo pro-

pinquam esse sanguinis conjunctionem. Ac de his similibus quae facti erroribus accipienda l. 1. si militem

5. l. cum ancillam 6. l. si lib. 9. C. b. t.

8. Plane, si quid datum appareat ob causam futuram, quae non dantis, sed solius accipientis commodum concernit & utilitatem, veluti, si Titio decem data fingas, ut inde vestem sibi vel ornamenta pareret, aut in suo aedificet; licet id non fecerit, adeoque causa illa secuta non sit, repetitioni tamen nullo modo locus est; cum donatio magis eo casu, quam contractus utrimque obligatorius, intervenire videatur, l. sed si mors 15. §. ul. ff. de donat. inter virum & uxor. l. Titio consum 71. ff. de condit. & demonst.

## TITULUS V.

De Conditione ob turpem vel injustam causam.

## SUMMARIA.

1. *Conditio ob turpem causam dator, si solus accipientis, non item dantis turpitudine sit, quod exemplis monstratur. An & si fieri vel alteri indicet?*
2. *Cessat haec conditio, si vel solus dantis, vel dantis simul & accipientis turpitudine sit, quod exemplis illustratur. An carat haec conditio, qui dedit iudici, ut pro se judicaret in bona causa, vel ut festinato litem expediat?*
3. *Accipiens tamen reddere tenetur turpia lucra tertio, cujus interest, aut fisco.*
4. *Quid sit conditio ob iuram causam?*
5. *Quid juris, si quid non datum, sed tantum promissum sit ob turpem vel injustam causam?*
6. *Quid juris in eo, quod meretrici pro stupro promissum? & quid, si fingatur praecedens mutui numeratio, cum vero esset promissio ex turpi causa?*

1. **C**onditio ob turpem causam est actio personalis stricti juris, qua repetitur quod datum est ob factum continens turpitudinem ex parte accipientis, ita ut condicens turpitudinis expert sit, licet jam turpe factum subauctum fuerit: competens ei, qui dedit, ac heredibus, adversus accipientem, non item adversus heredes ejus, nisi quatenus ad eos pervenit, cum ex quodam quasi maleficio descendat: ad id ut res, vel si ea perierit, aestimatio ejus restituatur, una cum fructibus & accessionibus, arg. l. videamus 38. pr. & §§. seqq. ff. de usuris, non item usuris, l. quoties 4. C. b. t. Confer Hug. Grotium ad Jurispr. Holl. lib. 3. cap. 30. num. 46. Scilicet, ut paulo altius res repetatur, omne quod datur vel ob honestam causam dator, vel turpem: si ob honestam, ita demum repeti data possunt, si causa secuta non sit, l. 1. §. 1. ff. b. t. si ob turpem, repetitioni locus est, etiamsi res secuta jam sit, d. l. 1. §. ult. ff. b. t. l. quoties 4. C. b. t. si modo accipientis solius, non item dantis, turpitudine versetur, veluti, si quis dederit alteri, ne sibi vel tertio per columniam lis moveatur, injuria inferatur, furtum fiat, l. ut puta 2. idem 4. §. quotiens 2. ff. b. t. in heredem 5. §. 1. ff. de columniator. ut & si datum quid sit tyrocinii evitandi causa, l. quod evitandi 3. C. b. t. vel ut restituatur, aut fiat, quod sponte reddendum aut faciendum erat; puta depositario, commodatario, locatori,

venditori, mandatario, heredi ex testamento ad legatum, promissori ex stipulatu ad rem promissam obligato, similibusque, ut res depositas, commodatas, locatas, ex mandati causa penes se existentes restituant, venditas tradant, aut solvant legatas, promissasve: quamvis in bonæ fidei negotiis etiam actione ex ipso contractu id, quod ob restitutionem datum est, repeti possit, atque ita actiones illæ cum hac copcurrere ex turpi causa conditione, quod in stricti juris negotiis non ita contingit, *l. ut puta 2. §. 1. l. ult. pr. & §. 1. ff. b. r. Adhæc, si quis furi, aut socio ejus indicium dederit, seu præmium, ut rem furtivam indicaret; cum & hoc sponte faciendum fuerit, res furtiva reddenda ei, cui ablata erat, *l. idem 4. §. ult. ff. b. r. junct. l. ult. C. b. r. Aliter quam obtinet, si extraneo quid datum sit, ut is furem vel rem furtivam, aut fugitivum indicaret: cum enim indicare aut delator esse non teneatur extraneus ille, turpitudine caret, cum accipit indicium, sic ut & promissum exigere queat; ideoque nec hanc metuere debet actionem, *l. solent 15. ff. de præscriptis verbis; d. l. 4. §. ult. ff. b. r. junct. l. qui vas §B. §. qui furem 1. ff. de furtis.***

2. Quod si dantis solius, non item accipientis, turpitudinem appareat, dubium non est, quin cesset conditio; cuius rei speciem Ulpianus in eo constituit, quod meretrici ob stuprum datum; nova nempe ratione concludens, non utriusque, sed dantis solius, turpitudinem esse, illam enim turpiter quidem facere, quod sit meretrix; at non turpiter accipere, cum sit meretrix, *d. l. idem 4. §. sed quod 3. ff. b. r. Quamvis, si certiore atque saniore sequamur rationem, magis sit, ut cesset conditio, quia æqualis dantis & accipientis turpitudinem est; quo casu conditionem ex turpi causa denegari, melioremque, tanquam in pari turpitudine ac causa possidentis conditionem esse, responsum est *l. ubi autem 3. l. pen. ff. b. r. veluti si quis dederit, ne prodatur in facto aut adulterio deprehensus, *l. idem 4. pr. & §. 1. ff. b. r. vel, ut per judicem male judicetur, d. l. ubi autem 3. ff. b. r. Sed & si judici quis dederit, ut pro se pronunciaret in bona causa: cum enim ex sententia judicis demum certum evadat, uter litigantium iustam causam foverit, ac pro suæ litis iustitia & bonitate usque adeo præsumere uterque debeat, ut & iururandum calumniæ in iudicii initio præstare, atque ita de sua bona fide in lite movenda vel excipienda jurare tenentur, vix est, ut non videatur voluisse judicem corrumpere, ac in turpitudine manifesta simul cum iudice accipiente hære, qui ita dedit, *l. ut puta 2. §. ult. ff. b. r. Unde etiam rescriptum generaliter invenitur, illum, qui diffidentia iustæ sententiæ in pecuniâ corruptelam spem negotii reposuerit, iudici pecuniam dando, amittere eam, quam habuerat, actionem, *l. 1. C. de pana iudicis qui male iudicavit, Bachovius ad Treutler. vol. 1. disp. 22. ib. 3. lib. F. Wissenbach ad Pand. b. r. vol. 1. disp. 25. num. 7. Quod & nostris probatum moribus, quibus corruptor iudicis in veram damnatur litis estimationem, cuius triens delatori, reliquum pauperibus cedit. Nader ampliatio van d' Instructie van den Hoge en Provincien Rade r. ult. art. 3. 4. Groenewegen ad rubric. C. de pana iudicis, qui male iudic. Nisi tamen suam ipsæ dationem ad magistratum competentem detulerit, ac personam declarave-*****

rit & hoc ipsum probaverit; tunc enim dantem veniam mereri, jure novo constitutum est, *auth. novo jure C. eod. tit. de Ampliatione r. ult. art. 7. Nec dubitandum videtur, quin & tunc utriusque turpitudinem sit, cum iudici datur, ut is festinatus pendentem expediat finiatque litem, *d. Ampliat. r. ult. art. 1. licet id interpretibus juris multis displiceat; sed sine fundamento. Vide Bachovium d. loco, Zoesium ad Pand. b. r. n. 3.**

3. Neque tamen ideo læra huiusmodi turpia penes accipientem remanere fas est: si enim heredibus, etsi crimine carentibus, sane multo magis ipsis accipientibus, ac turpitudinis reis, extorqueri ea oportere dicendum est, arg. *l. in heredem 5. ff. de calumniator. Quia ratione tertio, cuius intererat, ob turpem causam non esse datum, conditio datorum concessa legitur; ut puta domino, a cuius servo fugitivo vel fure pecuniam acceperas, ne eum indicares, idem 4. §. ult. l. 5. ff. b. r. aut si tertius nullus apparet, cuius interesset, ex turpi causa non esse datum, æquum fuerit, accipientibus, tanquam indignis, auferri data, ac fisco vindicari, ne alias suo ex scelere didentur, arg. *l. cum hic status 32. §. ult. ff. de donation. inter virum & uxorem, auth. novo jure C. de pana iud. qui male iudic.**

4. Altera tituli pars est de conditione ob injustam causam, actione scilicet personali, qua repetitur id quod datum fuit, aut aliter penes alium est ob causam, nullam quidem turpitudinem specialem continentem, sed tamen jure civili improbatam, *l. perpetuo 6. ff. b. r. cui conditioni non ob futuram, ut in præcedentibus, sed magis ob præteritam causam locus est, veluti cum repetitur id, quod ex stipulatione per vim extorta solum est, *l. ex ea 7. ff. b. r. vel malæ fidei possessori victo fructus consumti condicuntur, *l. pen. C. de condit. ex lege.***

5. Ceterum, si ex turpi vel injusta causa nihil quidem datum, sed tantum promissio facta sit, exceptio agenti ex tali promissione opponi potest, vel cautio seu chirographum continens promissionem, condici *l. 1. C. b. r. de condit. ob turpem causam. Et enim ex instrumento, quo promissio ob turpem causam comprehensa est, summo quidem jure actionem competere, sed exceptione doli, aut in factum, elidi ac summoveri constat, *l. si ob turpem 8. ff. b. r. l. Titia quæ 154. ff. de verbor. obligat. ac proinde, cum ab Ulpiano traditum fuit generaliter turpes stipulationes nullius esse momenti, *l. generaliter 26. ff. de verbor. obligat. & ab Imperatoribus rescriptum, causæ quantitatis ob turpem causam exactioni locum non esse, & ex stipulatione contra bonos mores interpositæ actiones denegandas, *l. mercalem 5. C. b. r. id de effectu intelligendum est, in quantum nihil actione tali per exceptionem elisa actor consequitur; aut in quantum non jus ipsum, sed prætor, secundum veterem iudiciorum morem, actori actionem petenti, eandem negat, dum manifestam animadvertit causæ turpitudinem, ac inde certam imminentem actionum per exceptiones elisionem.****

6. Ex his haud difficulter decidi potest, quid de promissione meretrici pro stupro facta statuendum sit: nam si Ulpiani ratiocinio locum faciamus, ac meretricem existimemus non turpiter facere, quod accipiat, cum sit meretrix, *l. 4. §. 3. ff. b. r. etiam nec turpe in ea fuerit, alium sibi eam ob causam ex*

promissione devinctum factus, ac factum exegisse promissionem. Contra vero, si sanam malum rationem amplecti, rectius fuerit, danegari efficacem promissionem exactionem, ob parem utriusque tum promittentis tum stipulantem turpitudinem, in unum concurrentem. Quae adeo vera sunt, ut, etiamsi in chirographo non ipsa turpis causa, sed alia honesta exprimeretur, veluti pecuniae numeratio ex causa mutui, tamen doli & simulationis exceptione repellendus sit agens ex huiusmodi scriptura, quoties evidens est, turpitudinis, stupri, adulterii causa, chirographum conscriptum esse; dum magis attendi oportet ad id, quod vere agitur, quam quod simulate conceptum est, tit. C. plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur, prolixè Responsa Juris. Holl. part. 3. vol. 2. cossil. 243.

## TITULUS VI.

## De conditione indebiti.

## SUMMARI A.

1. Quid sit indebiti conditio, & in quo mutuum distet ab indebiti solutione?
2. Non habet locum, si solutum sit, quod naturaliter debitum. Nec, si id quod vere debitum, more improposito exaltum sit; licet exigens aliter correeatur.
3. An pendente die vel conditione condici possit, quod ante diei vel conditionis existentiam solutum est? & de intersurro, casu quo sortis conditio fieri non possit.
4. Tutus exceptio perpetua in suum favorem inducitur si solverit per errorem, solutum repetere potest; quod exemplis docetur, tres tamen casus excipiuntur. Sed si in odium adversarii, non repetit, quod inter alia etiam obtinet ex moribus nostris in exceptione biennii, intra quod dedita plurima ex constitutione Caroli V. sunt exigenda.
5. Explicatur per distinctiones quo modo conditio competat & electio, si pars soluti sit indebita; vel utraque res soluta sit, cum alterutra esset debita; vel una res sit soluta velut unico debita, cum res in genere vel dua res alternative deberentur; & quid si alterutra post solutionem interit cum utraque alternativam debita soluta esset? Item quid juris si duo rei debendi, vel debitor & fidejussor singuli totum corpus aut quantitatem, vel singularem unam ex alternative debitis, solverint iisdem vel diversis temporibus?
6. Competit tantum ei, qui ignorans indebitum ignoranti solvit. Quid si sciens scienti vel ignorantem solverit? Quid si dubitans?
7. Quod per errorem furis indebiti solutum est, condici nequit ut indebitum: quod & moribus obtinere debet.
8. Quibus detur hac conditio? ubi de tutoribus, procuratoribus, qui pro pupillo vel domino solverunt indebitum.
9. Quis condicat, si primus indebitum promiserit, ac fidejussor ab eo datus id solverit? Quid juris, si fidejussor pro vero debito fidejussorit, & solverit, deinde quasi principalis debitor esset? vel postquam ipse interposuisset pactum de non petendo? Et generaliter, quid juris sit, si quis solve-

rit, quod ipse non debebat, alius tamen debebat accipiens?

10. Datur quandoque conditio alii, quam qui solverunt, dum illi, qui institui erant, legati, quandoque & debita, solverunt, ac dein restitutionem vel alii modis ob testamentum injuriam, falsum, inofficiorum ab hereditate depulsi sunt.
11. Contra quos hac actio datur? An contra eos, quibus solutio profuit? an contra fidei, si quodam ararii indebitum solutum sit? An contra dominum, cuius procuratori solutum, quod debitum non est; & quid si adjecto, vel delegato indebitum solutum sit?
12. Ad quid tendat conditio indebiti, si factum aliquod indebite prestitum sit; vel possessio indebite translata? & quid si res postea per eum, cui tradita, jam usucapta sit? Quid si corpora indebita soluta per accipientem distracta sint vel perierint? & an cum sorte indebite soluta usurae reddenda, si eam modo tempore accipiens favori collocaverit?
13. Si sortis debita soluta sit, usurae indebite solute, non possunt condici usurae, nisi soluta sint supra legitimum usurarum modum.
14. Cui incumbat onus probandi indebitum debitum, an esse, quod solutum est? An & probare censetur indebiti solutionem, qui de eodem debito duas producit diversorum temporum epochas, quarum posterior nullam prioris mentionem habet?
15. Cessat indebiti conditio, si solutum ex causis quibus sit inficiando crevit in duplum, vel ex causa transactionis, jurisjurandi, rei judicate; recensentur tamen quaedam exceptiones.
16. Cessat, si specialiter, non generaliter, huic conditioni renunciatum sit, vel insignis pietatis ratio comitetur solutionem, veluti dotis, aut commiserationis.
17. Denegatur, quoties solutum ex causis, ex quibus retentionem quidem habemus, at non petitionem, item si naturaliter debitum sit. Recensentur casus varii, quibus id, quod naturaliter debetur, si solutum sit, repeti tamen potest.
18. An paria indebiti soluta condici possit hac conditione?
19. Si mulier debitum clam viro stante matrimonio contraxerit, illudque vel stante matrimonio solverit clam viro, vel post dissolutum matrimonium, an maritus vel ipsa repetere solutum possit matrimonio adhuc constante, vel jam dissolutum, secundum mores Hollandiae & Ultrajecti?
20. Explicatio nova legis frater a fratre 38. ff. h. t.

1. AD mutuum proxime accedit indebiti solutio; Atsi in eo differat, quod non verus sed quasi contractus sit, ac non modo circa res fungibiles, sed & alias mobiles, immobiles, incorporales, indebite solutas, versetur. Adde Cuiacium libr. 8. observ. cap. 34. unde nascitur indebiti conditio, actio nempe personalis ex quasi contractu, qua repetitur, quod indebite solutum est, §. 1. Instit. quib. mod. re contrah. oblig. §. pen. Instit. de obligat. qua quasi ex contractu, veluti si quid solutum sit ex testamento, quod postea falsum, aut irritum, aut ruptum, aut nullum apparuit; quodve postea codicillis ademptum erat, l. si quis sic 2. & seqq. l. ex his omnibus 54.

*ff. b. t. si cautio indebite interposita sit, l. 1. in princ. ff. ut in possess. legat. vel fideic. serv. causa esse lic. si promissum id, quod non debetur, l. i. qui plus 31. b. t. si cautio non exacta, quæ poterat exigi, l. hoc 5. §. 1. ff. de usufr. ear. rer. quæ usu consum. si usura supra legitimum modum soluta, l. si non totum 26. pr. & §. 1. ff. b. t. ut & innumera prope alia passim per universum jus dispersa, quæ recensere longum foret.*

2. Huic conditioni ut locus sit, requiritur ante omnia, ut & naturaliter & civiliter indebitum appareat; nam si natura debeatur quod solutum est, conditio indebiti impeditur *l. naturaliter 13. l. si quod dominus 64. ff. b. t. maxime, si ex nudo pacto debitum fuerit, l. juri gentium 7. §. sed cum nulla 4. ff. de pactis; l. quævis usura 3. C. de usuris, cum subsequuta ad pactum solutio satis demonstret, eum, qui pacto promisit, habuisse animum sese obligandi, nec inconsideratam fuisse sermonis jactantiam, sed æriam promissionem. Quod enim ajunt, naturaliter debitum, non esse debitum, nec inde quem posse creditorem videri, *l. credit. 10. ff. de verb. signif. eo tantum pertinet, quod illa non sit plena & ad omnem effectum valida obligatio; idque ad distinctionem illius, quæ naturalis ac civilis simul est, & efficacem actionem aut persecutionem parit, secundum prima verba d. legis 10. Sed &, si naturaliter ac civiliter simul debita per creditorem contra moribus aut legibus receptam formam exacta, atque ita per debitorem soluta fuerint, conditioni indebiti locus non est; cum dici nequeat, indebitum esse, in cujus exactiōne tantum peccatum est; nec damnum sentiat, qui non plus solvit, quam vere debet, arg. *l. red & partus 12. §. ult. l. 14. l. ult. §. ult. ff. quod metus causa, præsertim hodiernis moribus, quibus pænæ legales aliquem privantes jure suo feruntur in desuetudinem abiisse, adeoque creditos ob metum illatum jure crediti non cadit, cujus contrarium Romanis placuerat. Ut tamen debitori, qui solvit, actio accommodanda sit, si qua ratione ejus intersit, actionem more improbatum factam esse; atque etiam vindictæ publicæ persecutionem jure faciat, cui accusandi jus est, si ad publicam læsionem excessus spectet, Sande decit. Frisic. lib. 1. tit. 12. definit. 2. Confer aliter ex parte sententem Anton. Fabrum Cod. libr. 7. tit. 20. definit. 15. 22. 26.***

3. Quod si ex die incerto, an unquam sit extiturus, veluti cum Titius consuluerit, vel sub simili incerta conditione debitum solvatur ante existentiam diei vel conditionis, pendente quidem conditione vel die condici potest; at ea existente non repetitur, *l. quod si ea 18. in fine ff. b. t. & ad talem diem vel conditionem restringenda, quæ generalius proponuntur in *l. sub conditione 16. pr. & §. 1. ff. b. t. uti & quod scriptum est, id, quod pure debebam, si ipse vel alius pro me, novandi animo sub conditione promiserim, pendente novatione solutum, condici posse, quia, ex qua solvam obligatione, adhuc incertum est, *l. Julianus 60. §. 1. ff. b. t. Militatque hoc casu pro conditione æquitatis ratio, quia pendente tali conditione vel die, obligationis dies nec cessit nec venit, adeoque nullum interim debitum subest, sed sola spes debitum iri, §. sub conditione 4. Instit. de verb. obligat. Sed si dies omnino certus obligatio-***

incertum quidem, quando extitura sit, certum tamen, eam aliquando extituram esse, veluti cum Titius marieretur, solutum ante diem aut conditionis eventum condici nequit, *l. in diem 10. l. nam si 17. l. 18. ff. b. t. cum debiti in diem certo extitutum dies statim cedat, statimque debitum intelligatur, etsi necdum peti possit, §. omnia stipulatio 2. Inst. de verb. obligat. d. l. in diem 10. ff. b. t. & pure stipulari videatur, qui sub conditione, quæ omni modo extitura est, stipulatur, *l. si pupillus 9. §. si qui sub 1. ff. de novat. Quæ adeo vera, ut nec interusurium, seu usura medii temporis, quod inter solutionem & diei vel conditionis existentiam intercessit, peti queat. Etiam enim tunc, cum debitor ex justa quadam causa condemnatur ad solvendum ante tempus, quod demum post diem certum alioquin præstandum erat, interusurium seu commodum representationis ex eo debito deduci possit, *l. si constatio 24. §. quotiens 2. ff. soluto matrim. arg. l. si mandavero 22. §. item 1. ff. mandati, Ant. Matthæus de audition. libr. 2. cap. 5. num. 22. id tamen ad solutionem ante tempus, sponte per errorem, ac nulla necessitate urgente factam, porrigendum non est, nam cum sortis petitio impedita sit, ac proinde moram fecisse videri non possit is, cui solutum est, usurarium quoque exactorem cessare necesse est; maxime, cum stricti juris sit indebiti conditio, in qua non ex mora quidem usurae debentur, arg. *l. lecta 40. vers. sed cum sortis ff. de reb. creditis, l. eos, 26 C. de usuris, Costalius ad l. 10. ff. b. t. Perezius Cod. b. t. num. 5.****

4. Si quis summo quidem jure civili debeat, sed exceptione perpetua tutus sit adhuc conditioni locus est, si modo exceptio in excipientis favorem introducta sit, qualis est senatusconsulti Vellejani, *l. si non sortem 26. §. indebitum 3. l. qui exceptionem 40. ff. b. t. doli mali, l. qui se debere 7. de conditi. caus. dat. causa non secuta, pacti de non petendo, l. qui hominem 34. §. ult. ff. de solutio. jurisjurandi, l. si quis jurasset 43. ff. b. t. rei judicata, arg. d. l. 43. ff. b. t. junct. l. 1. pr. ff. quærum rer. act. non datur. Neque huic obstat, quod Paulus scripsit, eum, quem judex male absolvit si sponte solverit, repetere non posse, *l. judex 28. ff. b. t. agit enim de eo, qui sciens, se rei judicata exceptione tutum esse, tamen solvit; quilibet non solet conditio dari, d. l. si non sortem 26. §. indebitum 3. ff. b. t. quam scientiam in d. l. 24. satis arguit vocula sponte sua, non modo voluntatis libertatem, sed & simul oppositam ignorantiz scientiam quandoque complectens, arg. *l. qui cum alio 19. ff. de reg. jur. præsertim si consideres, talem in d. l. 28. proponi, qui male per judicem absolutus erat, & probabiliter bonam fidem agnoscere maluit solvendo, quam secundum jus summum sese defendendo, contra æquitatem naturalem cum adversarii victi jactura locupletari; vel litigare apud judicem superiorem, dum actor victus appellationem minatur, si solutio non fiat, meliorem sibi spondens in bona causa litis eventum. Minus adversatur, quod ex Juliano idem Paulus negavit, verum debitorem post litem contestatam, magis adhuc judicio solventem, repetere posse: quia nec absolutus, nec condemnatus repetere possit: licet enim absolutus sit, natura tamen debitorem permanere, *l. Julianus 60. ff. b. t. Non enim illic solutio per verum debitorem facta fuit, postquam per sententiam judicis****

jam male absolutus erat, sed ante sententiam, *manente adhuc iudicio*; adeoque eo tempore, quo & naturaliter & civiliter debebat, necdum ulla tutus perpetua rei iudicata exceptione; qualem solutionem, a vero debitore semel recte factam, enervare non poterat aut debebat postea subsecuta iudicis sententia, ipso jure nulla, lata quippe super lite jam per solutionem spontaneam inter actorem reumque finita, arg. *l. cum decem* 71. §. 1. ff. de solutione. Quod si ex adverso is solverit, qui exceptione non in suum favorem, sed in creditoris odium introducta, tutus erat, conditio indebiti denegata fuit; veluti si filiusfamilias contra Macedonianum, cui causam dedit odium feneratorum, mutuum pecuniam acceperit, & paterfamilias factus solverit; *d. l. qui exceptionem* 40. ff. b. t. vel si quis, cum se defendere posset exceptione juris novi per adversarium suum dati vel impetrati; atque ita non solvere in odium & poenam dati vel impetrati novi juris, ea omitta solutionem fecerit, *l. si quis iniquum* 3. §. ult. ff. quod quisque juris in alt. stat. eoque respicit Pomponius, cum in *l. 19. pr. ff. b. t. scribit*; *si pater causa ejus, cui debetur, debitor liberatus sit, naturalis obligatio manet, & ideo solum repeti non potest*. Ne improbabilius ad hanc exceptionum classem retuleris illam, qua constitutione Caroli Quinti, ac renovatis variarum gentium placitis, post biennii lapsum a crediti exactione depelluntur, qui merces minutim distrahi solitas alteri vendiderunt, aut tanquam advocati vel procuratores, alioque simili titulo salariam meruerunt. Cum utrique illa biennii praescriptio, non in debitorum favorem inducta sit, sed in odium creditorum negligenter exigentium, & exigendi jure post longa tempora adversus ipsos debitores aut eorum heredes subinde pessime abutantium, ad impetrandam publicam unius debiti solutionem. Unde & eorum, quae post biennium soluta sunt, conditionem cessare, magis obtinuit, Sande dec. *Frir. libr. 5. tit. 6. defin. 2. in med.* Rebuffius *ad constit. reg. tom. 2. tract. de mercator. minutim vend. gloss. ult. num. 7. Abr. a Wesel ad novell. constitut. Ultraject. art. 21. numer. 47. & seqq.* Sunt tamen in jure proditi casus nonnulli, quibus ipsae quoque in excipienti favorem introductae exceptiones non efficiant, ut post solutionem conditio competat; uti id contingit in fidejussore, qui, si solidum debitum solus solverit, cum potuisset opposito divisionis beneficio, in suum favorem adinventio, liberari partis virilis solutione, repetitionem non habet ejus, quod supra suam exsolvit partem, *l. si testamento* 49. §. ex duobus 1. in fin. ff. de fidejussor. Idemque est in possessore bonae fidei, qui rei vindicatione conventus, etsi necessarias & utiles impensas retentione rei & opposita doli mali exceptione recuperare potuisset, ita suadente bonae fidei favore, eadem tamen omitta, ac re restituta, nullam rei, quasi indebiti restituta, vel impensarum, conditionem habet; *l. si in aream* 53. ff. b. t. Denique si maritus totam dotem restituerit, cum posset, opposita competentis exceptione in suum favorem introducta, non totam reddere, in ea causa est, ut repetere non possit, *l. nam & maritus* 9. ff. b. t.

5. Si pars soluti sit debita, pars indebita, sola repetitur pars indebita, si modo id, quod solutum est, fungibile sit, vel saltem tale, ut sine dantis & ac-

Voet ad Pandect. Tom. III.

ciipientis lesione pars commode restitui recipique possit; veluti si solutus sit totus fundus, cum pars dimidia fundi esset debita; sive pro diviso sive pro indiviso deberetur; nam si, cum centum deberentur, fundus ducentorum in solum datus sit, quasi ducenta fuissent debita, totus fundus condici posset, salva manente debiti exactione; ne alioquin vel solvens vel accipiens in eo lesionem sustineat, quod invitus compelleretur ad communionem, ad quam ex prima obligatione, quae pecuniaria tantum erat, non fuisset compulsus, *l. si non sortem* 26. §. si centum 4. 5. 6. ff. b. t. l. cum amplius 84. ff. de reg. juris. Quod si is, qui alternative duas res promiserat, utramque solverit, unam condici, & eam quidem quam vult; electionem enim habet, *l. pen. C. b. t.* sed & si hominem generaliter promiserit, vel Stichum aut Pamphilum, ac se Stichum debere existimans, eundem solverit, condicere potest; & alium dando liberari, *l. cum is* 52. §. ult. ff. b. t. Quamvis enim de eo inter veteres jurisconsultos dissensus fuerit, & Ulpianus ei, cui solum erat, asseruerit arbitrium retinendi quod vellet, tanquam jam debitori facto ex quasi contractu, indebiti solutione, *l. si non sortem* 26. §. pen. in fin. ff. b. t. ac Celsus etiam in casu, quo unus ex disjunctim debitis solutus erat, ut unice debitus, repetitionem denegaverit, *l. si is, cui legatur* 2. contrarium tamen magis Justiniano a Papiniano probatum, in *d. l. pen. C. b. t.* quam & Juliani opinionem fuisse, colligi potest ex *d. l. 37. pr. junct. §. ult. ff. b. t.* quia, si maxime solvens, ex debitorum jam creditor factus, censeretur solutione tali perdidisse electionis jus, quod ei ab initio qua debitori competebat, tunc hoc ipsum quoque, tanquam per solutionem indebiti translatus, potuisset condicere. Ceterum illa Justiniani decisio locum non invenit, si res duae alternative ex contractu vel testamento sic ab initio debita fuerint ut ipsi creditori electio competere; tunc enim, utraque simul soluta, creditoris accipientis arbitrium foret, utram sibi retinere mallet, secundum primam obligationis naturam, arg. *l. plerumque* 10. §. ult. ff. de jure dot. Sed & si post utriusque solutionem altera ex his desideret in rerum natura esse, id remanebit in soluto, quod superest, *d. l. sum is* 52. pr. ff. b. t. cum etiam necdum facta debiti alternativae solutione, unius intereantis periculum ad debitorem spectaret, & id, quod superest, dandum foret, *l. si in emione* 34. §. si enim 6. ff. de contrah. emt. Denique, si duo rei debendi sint Stichus aut Pamphilus, & pariter utramque per errorem solverint, id est, unus Stichum, alter Pamphilum, electio creditoris est, cui velit restituere, ut alterius repetitio intermediat. Cum enim singuli unum corpus solvissent, singulis electio in repetitione esse non poterat; ideoque creditori soli relinquebatur electio, quid, & cui, reddere vellet, *l. plane si duos* 21. ff. b. t. aliter, quam obtineret, si duo rei ejusdem pecuniae, qui decem debebant, viginti pariter solverint; singulos enim quina repetituros, Celsus ait *l. si pater* 19. §. ult. ff. b. t. Quod si diversis temporibus duo rei promittendi, vel duo confidejussores, vel reus principalis & fidejussor, singuli solidam summam solverint, vel alter Stichum, alter Pamphilum alternative debitum, is, qui posteriorem fecit solutionem, solus indebiti conditione uti potest; eo quod per prioris solutionem jure fa-



Etiam obligatio tota perempta fuit, atque ita solus posterior indebitum solvisse dici potest, *l. cum duo* 25. *l. si fidejussor* 59. ff. b. t. Confer (Cujacium lib. 8. obr. 35. Donellum comment. jur. civil. lib. 14. c. 18. circa med. fere ad finem usque).

6. Deinde ad conditionem indebiti necesse est, ut ignorans solverit indebitum ignorant: nam si ignorans scienti prastiterit indebitum, conditioni potius furtiva locus est, *l. quoniam* 13. ff. de condit. furtiva, arg. *l. falsus creditor* 45. pr. l. 44. ff. de furtis. Cui non contradixit Julianus in *l. servum meum* 37. ff. b. t. cum tantum simpliciter definiat, conditioni locum esse; an autem ea sit indebiti conditio, an furtiva, non determinat; ut proinde id aliunde petendum sit. Moribus tamen nostris conditionem indebiti magis, quam furtivam, moveri hoc in casu oportere, quia non ita facile quis hodie solet furti insimulari, notat Groenewegen ad d. l. 18. ff. de condit. furt. Si sciens scienti, vel sciens ignorant, non debitum dederit, donasse intelligitur, *l. cuius per errorem* 45. ff. de reg. juris, *l. quod qui sciens* 50. ff. b. t. eoque pertinet casus, quo heredes, comperta voluntate defuncti, qua inutiliter fideicommissum reliquerat, illud tamen prastiterunt, cum scientia relictii fideicommissi parentes voluntati ejus, *l. et si inutiliter* 2. C. de fideicommissis. Si solvens dubitet, an debeat, nec ne, adhuc repetitioni locus est, *l. uli* C. b. t. Unde & subinde expressa cavebatur conventionem, ut redderetur, si appareret indebitum, *l. si quis sic* 2. ff. b. t.

7. Quid, quod nec quavis solventis ignorantia sufficiens est ad indebiti conditionem, sed ea sola, quae facti est, nec supina apparet aut affectata: nam si per juris ignorantiam contigerit indebiti solutio, repetitionem jure civili denegatam fuisse, verius est: quod & placuit Cujacio lib. 5. observ. 39. Donello comment. jur. civ. lib. 1. cap. 21. vers. in damnis, Zoesius ad Pand. b. t. n. 14. Etiam id primo quidem evincit rescriptum Imp. in *l. 10. C. de juris et facti ignorantia*, cum ajunt, *si quis juri ignorans indebitum pecuniam solverit, cessat repetitio, per ignorantiam enim facti tantum repetitionem indebiti soluti competere, tibi notum est.* Quae verba regulam universalem, velut jus certum, & supplicanti notum continentia, generaliora sunt, latiusque concepta, quam ut ad istos casus restringerentur, quibus id, quod naturali ratione debebatur, per errorem juris solutum est. Nam etsi verum sit, ista errori juris soluta repeti non posse, veluti si integra legata sine falcidia detractione heres prastiterit, *l. error facti* 9. C. ad leg. Falcid. *l. regula est* 9. §. si quis jus 5. ff. de juris et facti ignor. perperam tamen ad hanc similesque pauciores facti species conrederis id, quod per modum regulae juris, ac generaliter sine ulla restrictione, in d. l. 10. propositum est, nec alia ulla lege satis aperte limitatum invenitur, imo in jure errans opponitur errantibus, & stultis aggregatur, d. l. 9. §. 5. ff. de jur. et facti ignor. Deinde assertio nostra veritatem firmat evidenter, *l. 1. ff. ut in poss. legat. vel fideic. serv. causa*, ubi Ulpianus, postquam monuisset, heredem, qui cautionem legatorum nomine interposuerat, quam a testatore remissam ignorabat, condicere posse, subnectit mox dubitationem illam, si heres crediderit, non potuisse a testatore cautionem remitti, atque ita caverit, num-

quid condicere possit, qui jus ignoravit? ac responderet, adhuc tamen benigne quis dixerit, satisfactionem condici posse. Quorsum quæso hæsitatio illa Jurisconsulti, num condicere possit hoc casu, qui jus ignoravit? quorsum responsio illa, adhuc benigne, adeoque præter communes juris regulas, dici posse, condici satisfactionem, quo scilicet voluntas suprema testatoris, cautionem remittentis, effectum sortiretur; si vulgo, ex jure communi, juris error non impedisset indebiti conditionem? Sed & tertio pro hac opinione facit, quod jure civili paucis tantum personis exceptis jus ignorare permissum fuit, *l. regula est* 9. pr. & §. 1. ff. de juris et facti ignorant. unde & nata illa juris regula, *juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere*; & ignorantiam juris facile excusari non posse, d. l. regula est 9. l. cum ignorantia 2. C. eod. tit. Etiam si noceat, vel in damnis amittenda rei, vel in damnis amissa rei obesse debet; cumque generaliter traditum sit, omnibus errorem juris in damnis amittenda rei sua non nocere, *l. error facti* 8. ff. de juris et facti ignor. non aliud superest, quam ut ergo in damnis amissa rei damnosus sit: quod & in nostra questione contingit, ubi dominium solutione incipientem translatum, atque ita amissum est. Nec dictis adversantur ea, quæ post alios a Vinnio in contrarium adducta sunt, *select. quart. lib. 1. cap. 47.* Quod enim ait, conditionem indebiti ex bono & æquo introductam esse, ac proinde non nisi æquitatis exceptione posse elidi, quæ nulla est, nec uspiam apparet; id vero debilius est, cum frustra laboretur de eo, quantum exceptione actio eligenda sit, ubi jus in penam ejus, qui jus ignorat, omnem denegavit actionem, conditionem, seu repetitionem, atque ita ipso jure nulla actio est, quæ exceptione petimenda foret, d. l. 10. C. de jur. et facti ignor. Nec momenti majoris est, quod urget, non inveniri adhibitam distinctionem inter juris et facti errorem in toto titulo Pand. aut Cod. de indebiti conditione: sufficit namque, quod aperte satis in tit. de juris et facti ignorantia (æque idonea istius questionis sede) distinctio ista circa indebiti solutionem data sit. Frustra quoque adducitur, juris ignorantiam non nocere suum petentibus, *l. juris ignorantia* 7. ff. de juris et facti ignor. non enim hic de rei suæ petitione questio est, cum secundum ante dicta is, qui solvit, dominus esse desiderit, ac conditione indebiti non suam repetat, sed sibi debitum ex quasi contractu. Nec est, quod hanc inter suum & sibi debitum distinctionem captiosam cum Vinnio existimes; nisi & aliis in locis jurisconsultos vestros verbis lussisse ac cavillatione usos dicas, dum in explicandis ultimarum voluntatum conjecturis suum accurate separant ab eo, quod testatori debebatur & in credito erat, quia non videtur suum esse, quod vindicari non potest; uti id constat ex *l. Quintus Mucius* 27. §. argento 2. l. scribit Quintus 54. ff. de auro, argento, legato. Nec ipse Vinnius negare sustinuit, dominium soluti translatum esse, dum non vindicationem solventi, sed solam indebiti conditionem, assertam cupit. Nullum denique sententia contraria patronis præsidium est in legibus ullis per eos adductis, quales sunt *l. 7. ff. de condit. caus. data* l. 7. ff. de condit. ob turp. causam, l. 2. l. 3. l. 23. §. 2. l. 32. §. 1. l. 43. l. 54. l. 59. ff. b. t. l. 5. C.

8. 1. cum in his omnibus, aliisque similibus, nullam nominatim juris aut facti mentionem habentibus, proposita factorum species æque de interposita per facti ignorantiam solutione indebiti explicari possint, ac eas ad juris ignorantiam alii detorquere nituntur. Ex quod ajunt, in quibusdam legibus superscriptis agi de solutione facta contra proprium factum, cujus ignorantia probabilis non est, nec excusationem tribuit, indeque conjecturam capiunt, ergo errore juris ibi solum esse, non multum stringit; tum quia non omnis facti proprii ignorantia, præcipue post temporis longioris decursum, improbabilis est; tum etiam quia & tunc, cum promissio per vim extorta est, vel jusrurandum interpositum, indeque metus aut jurisjurandi exceptio cepit competere metum passo aut juranti, non ipse promissor, sed heres ejus vi promissionis potuit exsolvisse, ignarus, defunctum jurasse, aut vim perpersum esse. Ut proinde ne sic quidem ulla necessitas adigat ad leges illas de juris ignorantia accipiendas. Cumque hæc sententia nec rationi repugnet, nec æquitati, causam non video, cur aliud moribus hodiernis statuendum foret; dum obvii quoque sunt hodie juris periti, quos consulere non modo possunt, sed & debent, qui juris imperfecti sunt, ne errantes impingant in ea, quæ legibus cautæ sunt: tametsi non ignoro, aliud placuisse Hugoni Grotio *manuduct. ad jurisprudent. Holland. libr. 3. cap. 30. numer. 19.* Simoni van Læeuwen *cons. for. pars. 1. libr. 4. cap. 14. numer. 3.*

8. Competit hæc actio solventi indebitum, & hæredi ejus, ac domino, cujus mandato procurator, *l. si procurator 6. l. si fundi 12. ff. b. t. l. si per ignorantiam 6. C. b. t.* nec non pupillo, cujus nomine tutor solvit, *l. cum indebitum 57. ff. b. t.* non item procuratori, aut tutori, si pupilli vel domini mandantis nomine indebitum per eos solum sit; sive de suis sive de pupilli dominive nummis, *d. l. 6. §. ult. ff. b. t. arg. l. dominus 53. ff. b. t.* si modo tutor ita solum in rationes pupilli retulerit, & de mandato, procuratori ad solvendum dato, aut saltem de subsecuta domini ratihabitione, constat: nam si neque tutor indebite soluta pupillo imputaverit, neque mandatum aut ratihabitione appareat, ipsi magis tutori vel procuratori, qui de suo solvit, conditio danda foret, *l. si procurator 6. pr. l. ult. §. 1. ff. b. t.* uti rei vindicatio ipsi nummorum corporumve solutorum domino, *l. qui heredit 46. ff. b. t. arg. l. dominum 53. in fine ff. b. t.*

9. Si quis indebitam pecuniam per errorem promiserit, eamque is, qui pro eo fidejusserat, solverit; si quidem nomine promissoris promissori adversus accipientem, fidejussori contra promissorem, actio danda fuit: sin suo nomine, ipse a stipulatore indebite solum repetere potest, & quod ab eo consecutus non est, in subsidium actione mandati a promissore, *l. indebitam 47. ff. b. t. junct. l. frater a fratre 34. §. ult. ff. b. t.* quod si, cum pro vero quis debito fidejussisset, illud exsolverit, quasi ipse principaliter deberet, repetere nequit hac actione, cum & vere debitor fuerit, & aum creditor verus consecutus sit; etsi fidejussor in ea causa fuisset, ut ante solutionem sese ordinis aut divisionis beneficio potuisset tueri; eo quod in fidejussore tali severior & utilior illa sententia probata fuit, solutionem non indebitæ quantitatis non debere revocari, *l. si testamento 49. §. ex*

*duobus 1. ff. de fidejuss.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprudent. Holl. libr. 3. cap. 39. numer. 14 15. 16.* quam tamen soluti repetitionem haberet fidejussor, si post interpositam fidejussionem & subsecutum ad eam pactum *ne a se pecunia petatur*, nihilominus per imprudentiam solvisset, quasi deberet ex fidejussione, *l. cum is, qui 32. §. 1. l. si fidejussor 59. ff. b. t.* & generaliter, si quis id solverit, quod ipse non debebat, alius autem debebat, si quidem suo nomine solverit, quasi ipse deberet, jure condicito, *l. si pater 19. §. 1. l. in summa 65. §. ult. ff. b. t.* sin nomine debitoris, cessante conditione liberabitur debitor a creditore, qui aum recepit; incipietque solventi negotiorum gestorum judicio, aliore simili, ad restitutionem devinctus esse, *l. repetitio 44. ff. b. t.* Cujacius *obrero. libr. 8. cap. 9.* Neque pugna ulla est inter *d. l. 19. §. 1. ff. b. t.* & *l. de hereditate 5. C. de petit. hered.* quarum illa heredi putativo tribuit repetitionem eorum, quæ creditoribus hereditariis exsoluta sunt; hæc negat, solamque dat ex hereditate restitutionem deductionem. Et enim deductioni, ex hereditate restituenda tunc locus est, cum possessor ejus res hereditarias tenet, quæ ejusdem sunt generis cum solutis, sic ut compensatio admitti possit, juxta *l. in restituenda 4. C. eod. tit. de petit. hered.* aut saltem tales, ut per earum deductionem satisfieri possit hereditatis possessori; quippe quibus in casibus perinde cessari debet, ac si possessor hereditatis ex rebus hereditariis creditores dimisisset. Contra vero conditio indebiti, tanquam necessaria, danda erit, etiam vel non tantam hereditarium rerum quantitatem tenet, aut non res tales, quarum detractio in restitutione hereditatis posset indemnis servari. Nec est, quod regeras, possessori hereditatis ne tum quidem, cum vere indebitum solvit, conditionem dari, sed magis heredi vero, qui evicit hereditatem, *l. idem est 3. l. 4. l. 5. ff. b. t.* Vero namque heredi conditio illic accommodatur, quia ex rebus hereditariis legata indebite soluta erant, & possessor hereditatis in bona fide positus non tenetur, nisi in quantum locupletior factus est; ac proinde, ne periculum talis debiti, ex solutione non debita nati, ad eum pertineret, placuit, ei magis dari conditionem indebiti, cujus periculo est, *d. l. 5. in fine.*

10. Et tamen aliquando, ut & alius, quam qui solvit, cujusve nomine solum est, indebiti conditionem habeat. Si enim heres testamento scriptus hereditatem adierit, & solutis legatis eo testamento datis nova & inopinata causa ei hereditatem abstulerit; dum testamentum aut injustum, aut nullum, aut ruptum, aut falsum, aut secundum leges veteres inofficiosum, pronunciatum est; aut minor viginti quinque annis heres scriptus, ac inconsiderata additione læsus, impetravit in integrum restitutionem; præstata ex causa legati res hereditarias condicet utiliter, quicumque evacuato testamento succedendi jus habet; adeo ut & nominum talium periculum ad eum, non ad bona fide solventem, spectet; *l. militis codicillis 36. §. 2. ff. de test. milit. l. 2. §. 1. l. 3. 4. 5. ff. b. t.* licet & ei, qui ex his causis inefficacibus solvit, conditio non videatur deneganda, *l. Papinianus 5. §. si ex causa 16. ff. de inoff. testam. l. quod si possessor 17. ff. de petit. hered.* Similiter, si tutores pupilli quibusdam creditoribus patris ex patrimonio paterno solverint, sed postea, non sufficienti-

bus bonis, pupillum abstinerint, id quod amplius prioribus creditoribus solutum est, quam vere erat debitum ex non sufficiente patrimonio paterno, non tam per tutores bona fide solventes, quam potius per creditores ceteros, per istam solutionem laesos, condicendum est, *l. tutores* 61. ff. b. t.

11. Conveniendi hac actione illi, qui indebitum acceperunt, & heredes eorum; atque ipsi etiam pupilli quatenus inde locupletiores facti sunt, arg. *§. ult. Instit. quib. alien. licet vel non, l. naturaliter* 23. *§. item quod 1. l. 14. ff. b. t. l. ait prator* 3. *§. pupilli* 4. *l. si pupilli* 6. ff. de negot. gestis, Gotius *manuduct. ad jurisprudent. Holl. libr. 3. cap. 30. numer. 34.* Non item alii, quibus solutum non est, licet ipsis solutio videri po set profecisse, *l. his solis* 49. ff. b. t. Quo fundamento procul dubio a Jurisconsultis Hollandicis responsum fuit, eum, qui indebite persolverat tributum *quadragesima*, conditione indebiti repetere soluta ab ipso illo tributi illius quæstore, etiamsi jam arario illata fuissent sic perperam soluta. Responsa Juris. Holl. *part. 3. vol. 2. consil. 51. & d. part. 3. vol. 2. consil. 71. pag. 219. 220.* Si tamen procuratori indebitum solutum sit, non dubium, quin contra dominum mandantem conditio danda sit, cum ipse videatur ita solutionem accepisse, si modo speciale indebiti accipiendi mandatum intercesserit: nam si tantum generale de rebus domini administrandis datum sit, rati habitione insuper opus esset, cum sub generali mandato indebiti acceptio comprehensa non sit, quippe de qua nec cogitatum fuit. Et hoc est, quod Paulus voluit *l. si procurator* 6. *§. 1. ff. b. t.* Ea que nititur ratione, quod Papinianus scripsit, si nominatim creditor suo mandaverit debitori, ut majorem, quam quæ debebatur, quantitatem suo foveret procuratori, isque errore lapsus amplius debito præstiterit, indebiti cum eo, qui delegavit seu mandavit, actionem esse, *l. cum indebitum* 57. *§. 1. ff. b. t.* Cum ex adverso, si quid falso procuratori indebite solutum sit, vel vero quidem, sed supra quantitatem mandato definitam, vel generali tantum mandato munito, ad quod rati habitio acceptati indebiti secuta non est; non cum domino, cujus ille mandatum simulavit, aut saltem sufficiens non habuit, sed cum ipso illo procuratore, indebitum accipiente, experiendum foret, *l. creditoris* 8. *C. b. t. l. procurator* 6. *§. 1. d. l. 57. §. 1. ff. b. t.* Nec longe ab hac facti specie recedit ea, quam Paulus proponit in *l. si donaturus* 9. *§. 1. ff. de condit. caus. non secuta*, puta, si mulier sponsa jusserit ei, qui se debitorem mulieris putabat, dotis nomine promittere ac solve sponso suo: nuptiis namque securis, ac dotis solutione facta, non contra maritum, cui solutum est (quippe suam gessit negotium, nec indoratum duxisset) sed contra mulierem errore comperto conditionem solventi competere, responsum est, quasi ipsi mulieri datum esset, quod ejus jussu debitor putativus sponso dedit. Pari ratione, si quid, *adjecto solutioni* indebite solutum sit, non ab eo, sed ab ipso stipulatore (qui sibi aut adjecto stipulans, mandat adjecto solvi), repetitionem habet, qui solvit, *l. qui hominem* 34. *pr. l. si ita stipulatus* 59. *in fine ff. de solut.* Et generaliter, quicunque pecuniam indebitam alieno creditori promittere delegatus est, ei adversus delegantem accommodari conditionem, Antonius rescripsit *l. si cura* 2. *C. b. t.*

12. Tendit indebiti conditio ad id, ut, quæ indebite facta sunt, quantum ad suos effectus infecta reddantur, quoad ejus fieri potest, adeoque cautiones interpositæ viribus carere jubeantur, sin infecta fieri nequeant cum condicentis utilitate, æstimatio factorum præstetur ab his, quibus ea profuerunt, ut plenius tradidi *tit. de inoff. testam. numer. 18.* Si possessionem alienæ rei indebitam quis solverit, dum se ad possessionem solvendam seu transferendam devinctum opinabatur, ipsa quoque possessio indebite translata condici hac actione potest, etiamsi jam tanto temporis spatio per accipientem res possessa sit, quantum secundum leges sufficit ad usucapionem aut præscriptionem rei adversus verum ejus dominum adimplendam, *l. indebiti solvi* 15. *§. 1. ff. b. t. arg. l. si alienam* 13. ff. de mortis causa donat. Quod enim is, qui possessionem non debitam nactus erat, etiam directum aut utile rei dominum per usucapionem aut præscriptionem adeptus fuit, id non aliunde factum, quam ex eo, quod in ipsum possessio indebite translata erat; ac proinde, quemadmodum ipsa possessio, indebite tradita, jure optimo per hanc repetebatur conditionem, ita quoque cum possessione redeunte redire simul debebat omnis istius possessionis sequela, adeoque etiam dominium directum vel utile, longi temporis possessione non debite translata quæsitum, arg. *d. l. si alienam* 13. ff. de mortis causa donat. Quod si res non debite soluta seu tradita sint, eas una cum accessionibus & fructibus restitui, hac actione desideratur, *l. indebiti solvi* 14. ff. b. t. *l. videamus* 39. *§. item si indebitum* 2. ff. de usuris. Si tamen res per accipientem bona fide dividenda sint, licet viliori pretio, non nisi pretium, quod inde redactum, reddendum est; cum placuerit & hic, bonæ fidei possessores non ultra teneri, quam in quantum locupletiores inde facti sunt, *l. idem est* 3. *l. si non sortem* 26. *§. liberius* 12. *post med. ff. b. t.* Plane, si res fungibiles indebite soluta sint, in restitutione ratio usurarum habenda non est; eo quod hæc actio stricti juris est, in qua nulla ex mora usura debentur, *l. 1. C. b. t.* Cui non adversatur *l. ult. in fin. ff. de contrit. pecun.* cum agat de usuris, ipsius indebitæ sortis nomine solutis, repetendis, quod licet, *l. si non sortem* 26. *§. si quis falso* 2. ff. b. t. Nec recte cum nonnullis exceperis casum illum, quo indebitum accipiens, id, quod acceperit, fœnori collocavit, & usuras ipse consecutus est, quasi & tunc eas una cum sorte indebita restituere compellendus esset. Etenim durum nimis foret, sortem quidem indebite solutam, & ab accipiente fœnori collocatam, periculo ejus esse, qui bona fide collocavit; commodum vero, qualis est usura, ei cedere, qui indebitum solvit, cujusque periculo fors non est; cum ex adverso, æquum natura visum fuerit, eum usuras retinere, ad cujus periculum fors pertinuerat, *l. si unus* 67. *§. si unus* 1. ff. pro socio, *l. idemque* 10. *§. si mandavero* 8. ff. mandati.

13. Quod si sors ipsa soluta debita fuerit, usura autem soluta indebitæ, usurarum repetitio denegata est, *d. l. si non sortem* 26. *pr. ff. b. t.* sive usura civiliter tantum indebitæ fuerint, naturaliter debita, pacto forte promissa in iudicio stricti juris, juxta *l. quamvis usura* 3. *C. de usuris*, sive neutro jure debita; quia tunc tamen considerari possunt velut antidota, & liberalitas quædam remuneratoria, spon-

te praeſtitā pro concesso beneficio gratuiti usus sortis, Ant. Faber in *rationali*. ad d. l. 26. in pr. qualis obligatio ad antidora, etsi solo munita sit pudoris, non item datz fidel aut promissionis vinculo, arg. l. sed & si 25. §. consuluit 11. ff. de potest. heredit. sufficiens tamen esse videtur ad impediendam indebiti conditionem. Si enim ne tum quidem repetitio sit, cum quis dedit ob causam praeſtitam, quam per errorem putabat subesse, veluti, quia aliquid ab eo, cui dat, consecutum se credebat, aut aliquid ab eo praeſtitum, quod factum non erat, l. dam. 52. l. in summa 65. §. id quoque 2. ff. b. t. longe minus conditioni locus esse debet, ubi beneficiis vere provocatus, remunerandi gratia quid dedisse proponitur; cum non alia tunc, quam donationis, conjectura capi possit, arg. d. l. 65. §. 2. eoque facit etiam, quod libertus, qui officiales patrono operas praeſtitit, ad quas sola libertatis praeſtitae recordatione & gratitudinis naturali ratione obligatus erat, eandem haud potuerit ut indebitas condicere, l. si non sortem 26. §. liberus 12. ff. b. t. Toldenus ad Cod. b. t. num. 5. Ant. Mattheus de obligation. disput. 25. num. 27. Si tamen usurarum, ita indebite pro sorte debita solutarum, quantitas egrediatur legitimum usurarum modum, quod excedit, sorti imputatur, & velut sors hac repetitur indebiti conditione, d. l. si non sortem 26. pr. & §. 1. ff. b. t.

14. Ceterum onus probandi indebitum esse, quod solum est, incumbit auctori; quia praesumptio pro eo est, qui accipit; dum is, qui solvit, non ita resupinus creditur, ut facile suas pecunias jactet, & indebitas effundat, l. cum de indebito 25. ff. de probation. nisi auctor miles sit, aut mulier, aut minor; aut majorennis quidem, sed agriculator, & forensium rerum expers, vel simplicitate gaudens; quippe qui omnes in adversarium rejiciunt probandi onus, d. l. 25. §. 1. vel nisi reus hac conventus actione, negaverit solutionem sibi factam esse, & mendacii convincatur; tunc enim, quia semel in mendacio prehensus, atque ita malus probatus, deinceps in eodem mali genere semper malus, adeoque mendax praesumi debet, ea juris praesumptio, contra eum ex mendacio praecedente nata, eundem probandi gravat necessitate, d. l. 25. pr. ff. de probation. Probasse autem indebiti solutionem auctor inter alia & tunc existimandus est, cum duas debiti ejusdem apochas, diversis conscriptis temporibus, quarum posterior nullam prioris mentionem habet, producit: in quantum saltem post triginta dierum lapsum (intra quos exceptio non numerata pecunia potuisset apocha priori opponi, l. in contractibus 14. §. super 2. C. de non num. pecun.) is, contra quem apocha duplex producta est, numerationem ex una secutam non esse, teneretur docere, Ant. Faber C. lib. 4. tit. 14. defin. 70.

15. Cessat autem variis in casibus facultas condicendi indebite soluta: puta, quoties solutio facta est illis ex causis, in quibus lis inficiando in duplum crescit, l. ea, qua 4. C. b. t. §. ult. Insti. de oblig. que quasi ex contractu, eo quod ab initio simpliciter solvere maluisse censetur, quam per inficiationem sese periculo condemnationis in duplum exponere, atque ita super duplo quasi transegiſſe; at si quid transactionis causa datum fuerit, condici nequit velut indebitum, etiamsi res nulla media fue-

rit, nam si lis fuit, hoc ipsum, quod a lite disceditur, causa videtur esse: nisi evidens calumnia detegatur, & ita transactio imperfecta sit; videtur enim vocula ita subaudienda, ut sensus sit, nisi evidens calumnia detegatur, & ita transactio imperfecta sit, l. in summa 65. §. & quidem 1. ff. b. t. l. si citra 2. C. b. t. Sed cum moribus nulla lis ex inficiatione in duplum crescat, atque adeo nec transactio quaedam in eo, qui istis ex causis solvit, concipi queat, consequens est, etiam nunc illis indebiti conditionem oportere dari, qui probare poterunt, se quasi ex lege Aquilia vel deposito miserabili, vel ex causa legati venerabilibus locis relictis, solvisse, quod debitum non est, Groenewegen ad §. ult. Insti. de obligat. que quasi ex contractu, parens p. m. Paulus Voet ad d. §. ult. num. 2. Quamvis de cetero adhuc hodie ita jus sit, ut ex causa transactionis solum condici nequeat, convenienter juri Romano: uti nec, quod solum ex causa jururandi, l. non erit 5. §. dato 2. ff. de jurjur. vel rei judicata, l. 1. C. b. t. l. cum putarem 36. ff. famil. ercisc. l. ex causa C. de compensat. quia res judicata pro veritate habetur, l. ingenuum 25. ff. de statu homin. & olim judicati actio ex inficiatione in duplum crevit, teste Paulo recept. sent. lib. 1. tit. 19. & lib. 5. tit. 5. §. 7. Hugo Grotius manuduct. ad jurisprudent. Holl. lib. 3. cap. 30. num. 30. & seqq. nisi transactio, ob quam solum est, ab initio inutilis fuerit, vel, cum ab initio substitisset, post ea infirmata sit, vel credita fuerit intercessisse, quae vere interposita non est, l. eleganter 23. pr. & §. 1. & 3. ff. b. t. vel nisi evidens in iurejurando calumnia probata sit; ut dixi tit. de iurejur. num. 25. vel sententiae ex falsis allegationibus latae auctoritas rescissa sit, ut explicui s. familiae ercisc. num. 54. vel is, qui condemnatus erat, ut debitum quoddam solveret, post solutionem ex condemnatione factam repeterit apocham qua id debitum jam ante litem motam aut latam sententiam solum patet: petita in omne eventum in integrum restitutione adversus illam rei judicatae auctoritatem, quam hoc in casu ratam manere, iniquum prorsus foret, arg. l. si fuisse 2. ff. de condict. sine causa, Joh. Papon lib. 10. r. 6. art. 1. Costalius ad d. l. 2. ff. de condict. sine causa. Si tamen ob rem non defensam quis solvere condemnatus fuerit, solum non repetit, etsi postea defendere paratus sit, & nihil deberi docere possit: eo quod non tam indebitum, quam potius negligentiae vel contumaciae poenam solvisse intelligitur, l. qui ob rem 35. ff. b. t. arg. l. si ex duobus 14. §. 1. ff. judicatum solvi.

16. Deneganda insuper haec conditio, quoties ei specialiter renunciatum est; aut solvens, adiecit, se donare, si quid indebite solum sit, arg. l. in summa 65. §. id quoque 2. ff. b. t. l. si inter patrem 6. C. de solution. Generalis sane renunciatio conditioni huc impedimentum non facit; qualis est pactio illa, quae in parationibus (id est, computationibus hinc inde ita factis, ut nihil debeatur), adscribi solet in hunc modum, ex hoc contractu nullam intra se controversiam amplius esse, l. ult. §. idem quavis 3. ff. b. t. ibique Costalius & Gothofredus in notis. Sed & si insignis appareat pietatis ratio, indebiti soluti repetitio non datur: unde si mulier in ea opinione fuisset, ut se pro dote obligatam crederet,

quicquid dotis nomine marito dederit, non repetit; quia, ut Julianus ait, sublata falsa opinione, relinquitur pietatis causa, ex qua solum repeti non potest, *l. cum is 32. mulier §. 2. ff. b. t.* Quomodo etiam de patre cautum est, eum si falso existimans, ac filix suus debitorem esse, dotem promiserit, obligatum fore, *quemadmodum 46. §. ult. ff. de iure dot.* Et his simile est, si commiserationis intuitu indigentibus, vel proximis, indebitum solum sit, arg. *l. patrem 16. C. de nuptiis, l. & si quis 14. §. sed interdum 7. ff. de religio.* Grotius *manud. ad Iur. pr. Holl. lib. 3. cap. 30. n. 33.* Non tamen, si maritus uxori amplioris dotis restitutionem per errorem promiserit, qua accepit, *l. pen. §. mulier 4. ff. soluto matrim.*

17. Præterea conditioni indebiti locus non est, si solum sit ex illis causis, ex quibus retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, *l. in quibus causis 51. junct. l. si in area 35. ff. b. t.* Aut si secundum dicta in pr. huius tituli solum fuerit quod civiliter quidem indebitum, naturaliter vero debitum est. Ut tamen quandoque & illud, quod natura debitum si solum sit, condici possit tamquam indebitum; dum jus civile improbavit debitum illud naturale; idque vel propter publicam utilitatem; uti id apparet in donatis contra legem Cinciam aliasque posteriores, naturalem donandi libertatem coercentes, *l. ut mihi 21. §. ff. de donat. junct. l. sancimus 34. pr. C. cod. t. vel debitoris i. p. ius favore.* Qua ratione, tametsi verum est, mulierem ex tua intercessione, pupillum, prodigum, minorem curatoris arbitrio subiectum, sine tutoris aut curatoris auctoritate contrahentes naturaliter obligari, *l. 1. in fine ff. de novation.* relicta supra dodrantem legata, secundum juris naturalis præcepta deberi: si tamen ex his causis solutio contingerit, efficitur sexus & ætatis ac prodigorum infelicitum favor atque commisseratio, quin & utilitas hæredis, contra legem Falcidiam, in aum commodum introductam, legatis gravati, ut conditio soluti per leges data fuerit mulieri intercedenti, *l. qui exceptionem 4. ff. b. t. pupillo, prodigo, minori sine tutore aut curatore promittenti, l. interdum 29. l. quod pupillus 41. ff. b. t. junct. l. i. r. cui bonis 6. ff. de verbor. obligat. l. si curatorem 3. C. de in integrum restitut. minor.* heredi supra dodrantem onerato; *l. error facti 9. C. ad leg. Falcid.*

18. De pœnis solutis, utrum hac conditione repeti possunt, dicendum videtur, non facile quidem præsumendum esse, quod quis pœnas indebitas sponte sua soluturus sit, nullius malefici sibi conscius; illis præsertim ex causis, in quibus ex inficiatione nullum subest dupli periculum; sed tamen probato evidenter indebito, ejus quoque, quod pœna nomine solum est, repetitionem esse, ubi statim ab initio, non demum ex inficiatione, lex dupli vel quadrupli actionem dat. Ita Ulpianus in *l. eleganter 23. §. ult. ff. b. t.* nullo modo sibi, aut Gajo, contrarius, dum ipse alibi scripsit, *pœnas non solvere repeti cum de pœna sunt; l. pœna 42. ff. b. t. & Gajus, id quod a quoque pœna nomine exactum est, eisdem restituere nomen cogendum, l. quod a quoque 46. de reg. jur.* Cum leges istæ de illis sint accipiendæ casibus, quibus pœna soluta ab initio debita erat, sed post solutionem aliquid supervenit, quod videri posset can-

dem deinceps indebitum effacere. Qua ratione, si legatarius, pendente legati conditione, de tabulis testamenti exhibendis egerit, possessor autem tabularum ob eas ex contumacia non exhibitas in id quod interest condemnatus solverit repetitionem ei non dari, idem Ulpianus docet, etsi postea legati conditio defecerit; quia pœna contumacie est præstita ab eo, qui non exhibet, *l. locum habet 3. §. & si sub 14. ff. de tabulis exhib.* Similiter eum qui ex lege Julia ambitus damnatus centum aureorum pœnam solvit, in integrum restitutum pecuniam non recipere, Modestinus auctor est, *l. 1. §. 2. ff. de l. Jul. Ambitus.* Sed & qui ob rem defensam quid solvit, quamvis postea defendere paratus sit, non repetit quod solvit, *l. qui ob rem 35. ff. b. t.* Denique nec debitorem, si furtum pignoris fecerit creditori, pœnamque ei solverit, cum pignore pœnam recuperare, Ulpianus definit *l. si pignore 22. pr. ff. de pignorat. act. Cujacius lib. 8. observat. 39.* Cum tamen aliquin in levioribus quibusdam penitentia locus sit, & quis faciendo id, ob quod non factum jam ad id, quod interest aut pœnam cœperat obligatus esse, vel etiam condemnatus, evitet tamen pœna præstanda necessitatem: ut id apparet in debitore, qui propter contumaciam circa pignoris restitutionem jam creditori damnatus, solvendo quod debet, evitat pœnam, *legem si fundus 16. §. si pluri 6. ff. de pignorat. & hyp. quemadmodum & in filio vel liberto, qui, sine venia parentem patronumque vocando cœperat ad aureos quinquaginta obligatus esse, ex penitentia absolvitur a pœna præstanda necessitate, l. quamvis 11. ff. de in jus voc.*

19. Quod si secundum mores hodiernos mulier, quæ in mariti sui perpetua tutela est, stante matrimonio sine viri consensu contraxerit illis in causis, quibus id lege municipali vel consuetudine interdictum est atque etiam solverit, in Hollandia magis est, naturalem istam mulieris obligationem impedimento non esse, quo minus soluta maritus stante matrimonio, ipsa vero mulier eodem dissoluto, condicat; etiam tunc, cum demum post obitum mariti, jam sui juris effecta, debiti talis durante maritali potestate contracti solutionem fecit; si modo errans, ac putans se efficaciter obligatam, solverit; cum in Hollandia tale debitum numquam convalescat, atque adeo verum sit, etiam tunc, cum post obitum mariti uxor id solvit, indebitum dari. Secus, si non ignara juris sui, se scilicet invitam ad solutionem compelli non posse sponte tamen sua creditori satisfecerit, & sic agnovit impleveritque bonam fidem: cum enim jam ejus conditionis sit, ut & nova debita suo queat arbitrio contrahere, ac semet ipsam efficaciter obligare, quid ni ratam quod ex certa scientia habere ac confirmare contractam ab initio, lege refragante obligationem, ac eo illam habere loco, quasi non viro vivente sed ipso jam mortuo nata esset? Contrarium Ultrajectinis placuit, apud quæ ita jus est, ut mulier stante matrimonio clam viro contrahens virum quidem obligatum non reddat, ipsa tamen efficaciter obligetur, sed dilata executione in illud tempus, quo per matrimonii dissolutionem tutoria mariti sui potestate incipit soluta esse. Sive ergo debitum tale ipsa solverit soluto matrimonio cessat repetitio, quia id solvit, quod jam naturaliter & civiliter debitum exactorem habet.

Sive ex opposito solutionem fecerit durante adhuc conjugio, maritus quidem id, quod ab uxore solum est, suo iure suoque nomine revocare potest, ne aliquin ex facto uxoris patiatur dispendium, dam cariturus esset solutorum usu & utilitate: ipsa vero mulier nec soluto matrimonio condicere ea, quippe jam pleno iure debita, nec eodem durante; tum quia sine viro non habet legitimam personam standi in iudicio; tum quia mulieris intuitu ex tali obligatione natum est debitum in diem, certo certius exiturum, certamque exactionem habiturum, puta, nuptiis dissolutis; etsi incertum sit, quando illa dissolutio secutura sit. Quod autem ita in diem certo exiturum debetur, id ante illum diem solum repeti non potest indebiti conditione, ac ne mediis quidem temporis interusurium peti, secundum ante dicta *b. t. numer.* 3. Confer Rodenburgium *de iure conjug. trad. prelim. de statut. divor. cap. ultim. pag. 186.* & seqq. Porro eadem ratione qua debitum a muliere, clam viro, contractum atque solum, repeti potest tamquam indebitum, etiam defendi potest, recuperari posse indebiti conditione feudum, quod per vasallum, non obtenta a domino directo testandi licentia, legatum fuit, si successor feudalis errore facti lapsus, dum putat, testandi veniam obtentam esse, vel rem allodiam esse credit, eandem ex causa legati legatario praeiterit; quia scilicet debitum naturale quale feudi, sine domini assensu legati, usu hodierno prorsus improbatum est; ut post alios Petrus Bort *de feud. Holland. part. 5. t. 2. cap. 1. n. 50. pag. mibi 74.*

20. Coronidis loco commodum fuerit hic subnectere paucis, quoad ejus fieri potest, illustratam facti speciem, quae est in *l. frater a fratre 38. pr. ff. b. t.* scilicet, *frater a fratre, cum in ejusdem patris potestate essent, pecuniam mutuam, incepit fratri, ex peculio suo mutuum danti, ac per hoc etiam patri, cui iure patriae potestatis per filium, mutuam obligationem querebatur, naturaliter obligatus esse.* Hanc ergo pecuniam ita debitam frater debitor post mortem patris, ac divisam inter se ac fratrem creditorem paternam hereditatem, si solvit. *Quaestio est, an frater debitor, id quod sic solvit repetere possit?* Respondi, *utique quidem pro ea parte, qua ipse, qui solvit, patri heres emiserit repetiturum, cum eatenus etiam successerit in peculium fratris creditoris, paternae hereditati per collationem unitum, atque ita inceperit sui ipsius debitor & creditor esse; quo fit, ut etiam statim ea pro parte debitum confusione extingatur: cui consequens erat, id post talem confusionem & obligationis interitum persolutum erat, optimo iure ut indebitum condici: Pro ea vero parte, qua frater creditor heres exierit, fratrem debitorem ita repetiturum, si non minus ex peculio suo, quod ipse, patri una cum fratre creditore succedens, eidem fratri creditor contulerat, ad fratrem creditorem pertinisset; dum forte frater debitor trecenta habens in peculio, unde centum fratri debebat, integra trecenta consulit, non deductis istis centum fratri debitis. Naturalem enim obligationem, quae inter fratrem debitorem & fratrem creditorem adhuc post patris obitum ante collatum peculium subsisterat, hoc ipso sublata videri, quod peculii, per fratrem debitorem sine debiti deductione collocati, partem frater creditor sic consecutus.* Cum enim peculium, eque ac he-

reditas, universitas juris esset, commoda pariter & onera continens, fieri aliter haud poterat, quam ut, quemadmodum heres pro ea parte, qua heres est, onus aris alieni hereditarii agnoscere tenetur, ita quoque hic frater creditor, adeptus ex collatione partem dimidiam peculii ad fratrem debitorem pertinentis, etiam pro rata partis illius ferret onus aris alieni peculiaris; atque ita ipse quoque partis istius intuitu inciperet sui ipsius creditor & debitor esse; quo ipso cum altera quoque pars debiti per confusionem extincta esset, frater debitor postea solvens non intelligi alteram quoque debiti partem indebite solvisse. Totum vero decisionis hujus posterioris fundamentum in eo est, quod onus peculii sequatur peculium, gravetque eum, qui peculium cedit, ac ex peculio deducendum sit, adeo ut, si praegatum filio eidemque debitori id debitum fuisset, non peculium ut aliis placet; cum & debitum seu liberatio debitori in iure nostro praegari dicatur, *l. non solum 8. §. si heres 6. ff. de liberat. leg.* quia debitor rei debita dominus est, *l. ff. eod. t.* habetque jam legatum penes se, *l. 1. §. 2. ff. ut in possess. legat. §. deductio hujus debiti a fratre debitore* (non creditore, ut aliis videtur) *ex eo heres* peculio, ad cuius collocationem frater debitor iure communi obligatus erat, sic ut tunc trecenta secundum exemplum superius positum, sed sola ducenta conferre tenetur, deductis centum sibi praegatis, & nihilominus peculio ducentorum manente gravato pro illud onus aris alieni aureorum centum, quos frater a fratre ante patris communis obitum mutuos acceperat. Unde etiam fit, ut frater debitor ducenta conferens, ex quibus centum per divisionem cedebant fratri creditori, simul in eum quoque transferret onus aris alieni, peculio coherens, pro parte dimidia seu pro quinquaginta: quae quinquaginta dum hac ratione sibi ipsi incipit debere frater creditor, extingui hactenus debitum necesse fuit; atque ita ex collatione tandem frater creditor cum effectu nil praeter quinquaginta hoc casu lucratur. Ut autem haec deductionis facultas fratri debitori magis assereretur, argumentum in sequentibus hujus legis verbis dabitur a potestate repetendi, si forte non fratri, sed extraneo debuisset frater ex suo peculio id, quod ei pater praegavit, (nam & liberatio legari potest ratione ejus, quod legatarius non testator sed extraneo debet, ad id, ut heres extraneo creditori pro legatario solvat, *l. liberationem 3. §. ult. l. 4. l. non solum 7. ff. de liberat. leg.*) & ipse extraneo isti creditoriolvere coactus fuisset, postquam contulerat jam peculium, non trecentorum, sed ducentorum; quippe, propter praegatum illud debitum, jam centum aureis diminutum: atque inde concluditur, longe magis ergo per fratrem debitorem, re integra, tempore eo, quod inter ipsum & fratrem paternae hereditatis & peculii collocati divisio fit, peti posse, ut usque ad quantitatem debiti peculiaris, adhuc exsolvendi, a fratre coherede indemnitas praestet. Cumque fratri debitori ita consulendum esset, ubi extraneo debebat, longe magis ei similiter consulendum fuisse, si non extraneo, sed fratri debitum, pater ei praegasset. At enim Africanus, id maxime consequens esse ei sententia, quam Julianus res heres, si extraneo quid debuisset frater debitor, & ab eo per creditorem post mortem patris exactum esset, tantum iudicio familiae

*circumscribenda recuperaturum fratrem debitorem a coheredibus fuisse, quantum ab his coheredibus creditor actione de peculio consequi potuisset; ut ita onus peculii gravaret peculium, seu possessores ejus. Igitur et si re integra familia circumscribenda agatur, cum nondum extraneus peculii creditor a fratre debitore debitum exegisset, ita peculium fratris debitoris deducto praelegato collatum dividendi aequum esse, ut ad quantitatem ejus debiti indemnis a coherede frater debitor praestetur. Porro sum, quem adversus extraneum defendi oportet, longe magis in eo, quod fratri debuisset, indemnem esse servandum. Ex qua legis hujus explicatione apparet, inde a verbis adeo ut, ad finem principii, transactionem esse de eo, quod frater debitor nomine peculii sui conferendi, sive fratri, sive extraneo creditor debet, quodque ipsi fratri debitori per patrem praelegatum est, & qua ratione ille legati commodum sentiant, ac nihilominus onus peculii peculium gravet. Sane ut apertius dicam, frater debitor sentire debet emolumentum debiti, sibi a patre praelegati: non sentit autem, nisi deducat ex peculio, quod collationi obnoxium est, id quod debet, & deductum sibi soli retineat; nam si id, quod deduxerat, deinde fratri vel extraneo creditori solvere cogeretur, quid obsecro, proficeret ei debiti praelegatum? Ergo si fratri debeat centum, tota illa centum deducere potest ex peculio conferendo, & liberatur insuper a fratre suo creditore, si extraneo centum debeat, tunc quoque ista ante peculii collationem deducit, & sibi servat, & si postea ab extraneo illo creditore solius in solidum ad centum aureos solvendo conventus fuerit, (ut potest, quia ipse contraxit, & ex suis contractibus, non obstante patria potestate, obligari & conveniri ut paterfamilias potest, l. filiusfamilias 39. ff. de obligat. & act. tot. 1. ff. quod cum eo, qui in alien. pot.) solum recuperare debet eatenus a fratre coherede, quatenus ille peculii per fratrem debitorem collati possessor est, & ut talis per extraneum creditorem actione de peculio conventus, praestare debuisset. Quo fit, ut onus peculii sequatur peculium, & simul praelegatum, fratri uni a patre relicto, ei salvum sit, & ex peculio fratris debitoris collato frater alter sit idem habiturus, sive ipse sui fratris creditor extiterit, sive extraneus crediderit fratri debitori. Si enim, ut plenius exemplo illudretur, frater debitor trecenta habeat in peculio, & fratri suo centum debeat ex illo peculio, pater autem, in cujus erant potestate, fratri debitori illud debitum praelegaverit; praelegatum debitor quantitate, seu centum aureorum, ex peculio trecentorum deducet frater debitor, conferetque ducenta, inter se & fratrem creditorem aequaliter dividenda, sic ut singulis centum cedant. Sed quia frater debitor priora centum ex causa praelegati perceperat, ac propterea ipsum debitum aureorum centum, hac ratione non extinctum, etiamnum restabat ex collato ducentorum peculio exsolvendum, ideo onus illud pro parte dimidia gravans fratrem creditorem, cui parte dimidia peculii ducentorum ex collatione obveniat, effecit, ut frater creditor sibi ipsi inciperet pro ea parte debitor simul & creditor esse, atque ita careret exactione aureorum quinquaginta, sibi, proprii peculii nomine debitorum. Unde re ipsa frater creditor ex collato fratris debitoris peculio, trecentis constante, sola habet quinquaginta, quasi non ultra centum in ip*

universam eo in peculio fuissent reperta, quippe quod tum centum praelegatum, tum centum ex eo peculio debitorum deductione huc usque fuerat dimittuntur. Rursus, si non fratri, sed extraneo, debitum fuerit a fratre ex peculio trecentis constante, primo quidem ex trecentis deducet ille centum, quae extraneo debet, a patre sibi praelegata, ut fruatur legato; quo facto, inter fratres duos simul patris sui heredes, collatum fratris debitoris peculium ducentorum aequaliter dividendum venit. Sed si deinceps extraneus ille creditor a fratre debitore integra centum petat, uti potest secundum ante dicta, & obtineat: fratri debitori concessum est agere cum fratre suo, qui centum ex collatione ac divisione peculii ducentorum consecutus erat, ut, cum ipse integra centum extraneo praestiterit creditori, sibi a fratre quinquaginta reddantur, utpote ad quae quinquaginta is, tanquam peculii collati pro semisse dominus & possessor effectus, potuisset actione de peculio per creditorem extraneum conveniri: atque ita hoc quoque casu ad fratrem ex peculii collatione non amplius est perventurum, quam quinquaginta, peculio scilicet & hic per duplicem illam centum praelegatum centumque debitorum deductionem ad centum usque diminuto. Quod si necdum extraneus creditor adversus fratrem debitorem expertus fuerit, in divisione tamen hereditatis paternae & peculii ducentorum collati aequum est, id caveri, ut ad quantitatem debiti, adhuc solvendi, frater debitor a fratre creditore indemnis praestetur. Verbosiora me jussit esse nova legis hujus interpretatio, dum aliorum commentarios perplexos nimis, nec satis verbis legis accommodatos deprehendi: quos qui scire cupit, videat Cuiacium tract. 9. ad Africanum ad d. l. 38. Ant. Fabrum in rational. ad d. l. Wissenbach ad Pandect. b. t. vol. 1. disput. 25. n. 14. & seqq. Struvium ad Pandect. b. t. n. 34.

## TITULUS VII.

### De Conditione sine causa.

#### SUMMARIA.

1. *Conditio sine causa generalis est vel specialis, cum generalis cum variis aliis conditionibus, etiam cum actione locati conducti.*
2. *Quid sit specialis conditio sine causa? datur pro repetendo chirographo quod sine causa apud creditorem est; item cum tertius meam pecuniam sine mea voluntate suo solvit creditori: vel cum datum est ob causam, quae vere subest, sed est ipso jure nulla; puta, ob matrimonium nullum.*

1. **C**onditio sine causa est actio personalis, quae repetitur res apud alium sine causa existens, licet antea causa subfuerit. Et vel generalis est vel specialis: generalis, quae cum aliis conditionibus concurrere potest, veluti conditione indebiti, causa data causa non secuta, ob turpem injustamve causam, aliisque similibus: cum utique his omnibus in casibus res merito dici possit sine causa penes possidentem esse, l. 1. ff. b. t. sed & cum locati actione; nam si fullo vestimenta lavanda conduxerit, deinde amissis eis, domino pretium ex locato conventus praestiterit, posteaque dominus inventret vestimenta, non



solum ex conducto habebit actionem, sed & sine causa conditionem; etenim vestimentis inventis quasi sine causa datum videtur pretium eorum, *l. si fuisse 2. ff. b. t.* Idemque juris est, si quis, cum in annum habitationem condidisset, pensionem totius anni ab initio dederit, deinde in aula post sex menses ruerit vel consumpta sit: etsi enim residui temporis pensio conditione indebiti repeti nequeat; tamen residui temporis mercedem sine causa penes locatorem esse atque adeo conditioni sine causa locum fieri, dubium non est: locati vero actionem eandem ob causam recte moveri, Mela scripsit, *l. sed adder 19. §. si quis, cum 6. ff. locati.*

2. Specialis sine causa conditio est, quæ tunc locum habet, cum aliis actionibus locus non est; veluti ad repetendum chirographum, quo quis se obligavit, cum pecunia numerata non esset, vel numerata quidem sed iterum reddita; eo quod tum dissolutæ quantitatæ retentum instrumentum inefficax penes creditorem remanet, *l. 2. l. ult. C. de condit. ex lege & sine causa.* Et si enim creditori actio ad exhibendum competat pro chirographi solutione inani factis, quoties illa apud alium quam debitorem sunt; quia creditor ad ea debitori restituenda obligatus manet, *l. solutione 18. ff. ad exhibendum,* non tamen debitori, quippe non tam exhibitionem, quam potius restitutionem desideranti, datus: ac pro-

inde huc ad hanc sine causa conditionem recurrendum fuit. Sed & speciali conditioni sine causa locus esse videtur in casibus *l. si servus 24. §. servum 1. l. servus, quem 30. pr. ff. de action. emti;* aut, cum pecuniam meam tertius suo solvit creditori sine mea voluntate; cum utique mei intuitu nummi mei sine causa penes tertium sint, *l. si & me 52. ff. de rebus creditis.* Hugo Grotius manu dicit, *ad jurispr. Holl. lib. 5. cap. 30. num. 48. 49.* Denique etiam, cum datum est, ob causam, quæ quidem vere subest, sed tamen ipso jure nulla est; etiam tunc dantis simul & accipientis turpitudine concurrat, si modo non ob ipsam turpitudinem quid datum appareat. Ita, cum avunculo nuptura, vel noverca privigno, vel socio nurus, pecuniam dotis nomine dedisset, ac nuptiis deinde non secutis, de repetendi facultate quæsitum esset, responsum e Papiniano fuit, cum ob turpem causam dantis & accipientis pecunia numeretur, cessare conditionem; & in delicto pari potiorum esse possessorem; eamque rationem fortassis aliquem secutum, respondere non habituram mulierem conditionem; sed recte defendi, non tam turpem causam in proposito, quam nullam fuisse; cum pecunia, quæ daretur, in dotem converti nequireret: non enim stupri, sed matrimonii gratia datum esse, *l. ult. pr. & §. 1. ff. b. t.*

## LIBER TERTIUS DECIMUS.

### TITULUS I.

#### De Conditione furtiva.

##### SUMMARIA.

1. Quo sensu dominus dici possit rem suam condicere a fure?
2. Quid sit conditio furtiva? datur solis dominis, qui & tempore furti facti, & quo agitur, domini sunt, non illis, qui tantum alterutro tempore dominum habuerunt.
3. Non datur commodatario, depositario. An & quando datur creditori, cui pignus surreptum est? & quid moribus?
4. An contra heredes furis conditio furtiva in solidum datur, licet nihil ex re furtiva ad eos pervenerit?
5. Quo usque datur contra dominum aut patrem servi aut filii familias furis? An servus post manumissionem conditio furtiva conveniri possit? An qui non contraxerunt, sed tantum ope vel consilio iuverunt? Quid juris, si plures contrahendo furtum fecerint?
6. Ad quid tendat hæc actio? quid si res dolo, culpa, casu perierit? cuius temporis æstimatio præstanda sit?
7. Habet locum, sive proprietatis sive possessionis aut usus furtum factum sit; atque etiam pro rebus immobilibus vi possessoris.
8. Recensentur casus, quibus cessat furti conditio, inter quos, si dominus sua voluntate ac sponte ad Pandect. Tom. III.

se dominium amiserit; aut ei a fure satisfactum sit.

1. **O**dio furum id jure singulari inductum fuit, quod quis rem suam condicere possit furto subductam, petendo, furem heredemve ejus condemnari, si appareat eum dare oportere: cum alioquin certum sit, non posse actorem suam rem ita ab aliquo petere; scilicet, quia dari cuiquam id intelligitur, quod ita datur, ut ejus fiat; nec res, quæ jam actoris est, magis ejus fieri potest, *§. sic itaque 16. Instit. de action. l. ult. in fine ff. usufruct. quemad. caveat.* Nec est, quod quis existimet, impossibile ea ratione peti, ut nempe non dominus in dominum transferat; si quidem datio tunc latius & sensu improprio accipitur, non pro actu, quo dominium transit, sed pro quali quali possessionis translatione; eo modo, quo traditio dicitur de manu in manum datio, manumissio de manu datio, & ex depositi commodati pignorisve causa res dari, dum traditur. Quamvis & fur heresque ejus certo casu dare de suo teneatur, quoties scilicet non ultra superest penes eos furtiva res. Adde Wissenbach *ad Pand. b. tit. vol. 1. disput. 26. num. 1.*

2. Est autem conditio furtiva personalis actio, non modo delicti occasione introducta, sed magis ex ipso famoso furti delicto data, nata, pendens, *l. si mulier 21. pen. & ult. ff. de act. rerum amot. l. certat 36. ff. de obligat. & action. rei persecutoria ex parte actoris, d. l. 21. §. pen. penalis ex parte rei, in quantum hac conventus actione condemnatur,*

se, ac propterea confestim quoque furtiva possit inquietari conditione, & ad iudicium suscipiendum compelli, sequitur, tempus iudicii accipiendi in fure a tempore moræ primitus commissæ non oportere separari.

7. Neque ad id, ut hæc conditio competere queat, interest, utrum proprietatis an usus possessionisve furtum factum sit, *l. qui furtum 19. ff. b. r. nec*, utrum res mobilis ablata aut vi surrepta, an vero immobilis vi possessa sit: etiamsi enim immobilium non furtum, sed invasionem fieri placuerit, explosa contraria veterum quorundam hæc de re opinione; obtinuit tamen, immobilium æque ac mobilium intuitu furtivam hanc haud denegari conditionem, *l. verum est 25. pr. & §. 1. ff. de furtis, l. 1. in fine, & §. 2. ff. de condit. triticaria, junct. l. quam rem §. 3. ff. de usurp. & utucapionib. §. quod autem 7. Inst. de usurp.*

8. Cessat hæc actio, si res furtiva per rei vendicationem, aut spontaneam restitutionem, aut simili alia ratione ad dominum reversa sit, aut litis æstimatione domino præstita, *l. si manifestus 10. l. si servus 14. §. hoc a. ff. b. r. si dominus rem furtivam furi, vel alteri, pure legaverit, d. l. 10. §. ult. ff. b. r. aut aliter dominium suo facto amiserit: nam si sine suo facto amisisset, conditio superesset, l. & ideo 12. pr. ff. b. r. Quia ratione, si sociorum alter in re communi furtum fecerit, ac dein mediante iudicio communi dividundo furi res integra per adjudicationem acquisita sit, ita demum socio furtum passo hæc post adjudicationem actio accommodanda est, si communi dividundo iudicio provocatus sit: nam si ipse provocaverit, amisisse creditur conditionem, tanquam qui suo spontaneo provocationis facto effectit, ut dominio per subsequutum exciderit adjudicationem, *d. l. 12. §. 1. ff. b. r. Denique conditioni huic ultra locus non est, postquam novandi animo dominus rem sibi a fure restitui stipulatus est, l. parvi 17. ff. b. r. Etsi enim nemo rem suam recte stipuletur, §. idem juris 2. Inst. de inutil. stipulat. non tamen inutiliter rei suæ restitutionem, l. scire 29. §. 1. l. nemo rem suam §. 2. ff. de verbor. obligat.**

## TITULUS II.

### De Conditione ex lege.

#### SUMMARIA.

1. Quid sit conditio ex lege?

2. Recensentur plerique casus, in quibus conditio ex lege locum habet.

1. **C**onditio ex lege est actio personalis nata ex obligatione civili, per legem novam, id est, lege 12. tabularum posteriorem introducta, cui non est adjectum certum nomen aut forma actionis. *l. unic. ff. b. r.*

2. Qualis conditio donatario datur ex donatione pacto celebrata, *l. si quis argentum 35. §. ult. C. de donat. §. alia autem 2. Inst. eod. t.* Illis, quibus minus testamento data fuit, quam quod portioni legitime sufficiebat, si supplementum petere velint, *l. omnimodo 30. & l. si quando 35. §. & generaliter 2. C. de inoff. testam.* Domino, cujus ser-

vus adulterii accusatur, & petente accusatore questionibus subijcitur, ad servi pretium, si in questione defunctus fuerit, aut deterior sit redditus, ac absolvatur, *l. si postulaveris 27. §. ult. l. 28. ff. ad leg. Jul. de adulter. junct. l. non solum 3. C. eod. t.* Fisco agenti ex privilegio contra debitores debitoris, ex causa primpilari obligati, ex die debentes, ut ante definitum tempus debita representent, *l. 1. C. b. r. Civitatibus jure singulari contra singulos rerum, ad debitores suos pertinentium, possessores pro rata, l. 2. C. de debitor. civitat. creditoribus hypothecariis potioribus adversus creditores debiliores, ad quos pretium rerum hereditariam di tractatum pervenit solutione heredis hereditatem cum inventario adeuntis, l. ult. §. sin vero heredes 6. C. de jure deliberandi.* Reis per plus petitionem ab ætore laxis, aut a litium executoribus plus justo exigentibus, triplici 24. & 25. *Inst. de action.* Adhæc pro re petendo eo, quod in alea amissum est, *l. 1. & ult. in fin. C. de aleatorib. uti & in facti speciebus propositis in l. ult. mihi donares 21. §. 1. ff. de donationib. l. unic. C. de suffragio.* Nec dubium esse potest, quin conditio ex lege sit, ut statutum aut consuetudo novam subinde inducit sine nomine actionem.

## TITULUS III.

### De Conditione triticaria.

#### SUMMARIA.

1. Unde dicta sit conditio triticaria; quid sit? et locum non esse, nisi principalis actio in personam sit, & per eam non pecunia numerata, sed res alia, æstimationem recipientes, fuerint petenda.
2. Hæc actio non plane nova est, sed adjectitia qualitas actionis alterius. Cujus temporis æstimatio in ea spectatur?
3. Explicatur generaliter, cujus temporis æstimatio in iudiciis bonæ fidei & stricti juris spectanda sit, ut in eam judex condonnet; sive principaliter æstimatio alicujus rei in obligationem deducta sit, sive res alia, cujus æstimatio ob interitum præstanda est.
4. Cujus loci æstimatio consideranda ac præstanda sit?

1. **U**nde conditionis triticariæ nomen descendat, incertum est. Varias variorum conjecturas exhibet Wissenbach ad Pandect. b. r. vol. 4. dispus. 26. numer. 7. ex quibus non improbabilis ea Hottomadi est, olim magistratus provinciales ex senatusconsultis provincialibus certam imposuisse tritici quantitatem ad certa loca deferendam; vel pro tritico pecuniam, si nimis dissita essent loca collationi tritici destinata; cumque illa denunciatione conferendi, conditio triticaria diceretur, ac plerumque eveniret, ut pro tritico pecuniam seu æstimationem persolverent provinciales, hinc paulatim fluxisse, ut quoties loco rei debita pretium ejus seu æstimatio petenda esset, actio illa conditio triticaria appellaretur. Quicquid sit, hæc actio personalis est, qua rei cujusvis corporalis mobilis, vel immobilis, aut incorporalis, quomodocunque ex contractu vel delicto debita, æstimationem præstandam esse contenditur. Cui ut locus sit, primo quidem requiritur, ut

principalis quoque actio, quæ ad rem ipsam persequendam comperebat personalis sit; nam si in rem esset, etiam æstimatio non per hanc triticariam, sed per ipsam in rem actionem petenda foret, ut dictum *l. de rei vindic. §. de pecii. heredit.* Qui de causâ etiam rem suam propriam nemo regulariter hac actione persequi potest, iis exceptis casibus, quibus & rei propriæ conditio permixta fuit, quod accidit in rebus furtivis ac vi possessis, quantum proinde non exstantium æstimationem sibi præstari, domini furtum passi vel vi dejecti hac recte desiderant actione, *l. 1. in fine l. 2. ff. b. t. junct. l. verum est 23. pr. §. 1. ff. de furtis.* Sed & secundo necesse est, principaliter res alias extra numeratam pecuniam esse debitas, quarum æstimationem in subsidium hoc iudicio actor persequatur. Si enim ipsa pecunia ab initio debita sit, actione principali, non hac subsidiaria, petenda foret, *l. 1. ff. b. t. cum absurdum esset pecuniæ cuncta æstimantis æstimationem, quæ non est, iudicium deduci, arg. l. 1. in fine fideiussorem 42. ff. de fideiussor.* Etsi ergo nihil numeratam pecuniam, æstimationem nempe, hac actione consequamur; verum tamen simul est, tum demum ei locum esse, cum aliter extra numeratam pecuniam in obligationem deductæ sunt.

2. Ceterum non plane nova hac actio est, sed magis veteris actionis adjecticia qualitas, & ideo vel bonæ fidei vel stricti juris actionum naturam & effectus sortitur, pro diversa principalis actionis natura, quæ res ipsa petenda fuisset. Qua ratione, quando in æstimatione faciendâ in hac actione rei iudicatæ tempus spectandum dicitur in *l. pen. ff. b. t. id de illis accipiendum casibus, quibus obligatio principalis bonæ fidei est. Contra vero cum in l. ult. ff. b. t. Gajus ait, tempus spectandum esse, quo iudicium acciperetur: id est, quo fieret litis contestatio, id ad eâ restringendum negotia, quæ stricti juris sunt.*

3. Considerandum namque, circa hanc implicatam æstimationis faciendæ controversiam varios varie sentire, ut colligere licet ex iis quæ habet Cuiacius *lib. 6. ad Africanum ad l. 37. ff. mandati*, Pacius *enanti. cent. 3. n. 72. Fachineus controvers. lib. 2. cap. 74. Sande decr. Erisii. lib. 3. t. 4. decis. 8. Ant. Faber C. lib. 4. t. 2. defin. 7. §. 1099. Vinnius select. question. lib. 1. cap. 39. Wissenbach ad Pand. t. de reb. credit. volum. 1. disput. 24. n. 12.* Interim paucis distinctionibus rem omnem absolvi, omnesque difficultates superari posse, mihi persuadeo. Etenim primo quidem inspicendum existimo, utrum principaliter rei æstimatio in obligationem deducta sit; an principaliter res, cujus loco in subsidium æstimatio præstanda venit. Nam si principaliter æstimatio rei alicujus obligatione comprehensa sit, neque huic conditioni triticariæ locus esse potest, neque ex mutatione æstimationis quæstio superesse, quia re ipsa nihil præter numeratam pecuniam omnia æstimantem ab initio debitum est, neque aliam contrahentes videri possunt æstimationem adeoque quantitatem pecuniariam respexisse, quam quæ fuit eo tempore, quo primitus obligatio nascebatur, sive bonæ fidei sive stricti juris negotium sit; ac propterea, aucto deinceps vel diminuto rei pretio obligatio pecuniaria, quæ ab initio certa fuit, nullum inde incrementum capere potuit aut diminutionem. Eoque redu-

cenda est facti species in negotio stricti juris, quæ stipulatus est, *sibi dari quanti fundus Cornelianus est*, & in qua, quia non fundus, sed pecunia debebatur, eâ æstimatio venire dicitur, quæ stipulationis tempore fuit, *l. fundum Cornelianum 23. ff. de novation.* Uti & illa in negotio bonæ fidei, quæ hominem aliamve rem certam pro re daturum me fidejussi & solvi, si dein actione mandari ad indemnitate contendam, æstimationem rei solutæ potius ad tempus, quo soluta est, quam ad id, quo agitur, referri oportere, Africanus scripsit, *l. hominem 37. pr. ff. mandati.* Et merito; cum hic fidejussori solvendi non res sed tantum solutæ rei æstimatio debita fuerit, quippe qui Stichum, hominem certum, ex fidejussione solvens, obligatum non potuit sibi reddere debitorem principalem ad eundem, quem solverat, Stichum reddendum; sed magis ab initio indemnitate, adeoque æstimationem temporis illius, quo sibi primitus per solutionem paraverat contrariam mandati actionem. Nec aliam puto sententiam aut causam esse legis cum quis *22. ff. de obligation. §. action.* ubi idem Africanus ait, *cum quis in diem mercem stipulatus fidejussorem accepit, ejus temporis æstimationem spectandam esse, quod satis accepit.* Nec merx seu res certa coeperat ex stipulatione in diem deberi, inque hujus debiti securitatem fidejussor acceptus erat; cum ergo fidejussor pro debitore mercem solvisset, & de indemnitate contrario ageres mandati iudicio, dubitatio erat, ad cujus temporis æstimationem principalis debitor fidejussori dammandus esset; nec dubitavit Africanus hic eodem modo, uti in *d. l. 13. pr. ff. mandati*, respondere, ejus temporis æstimationem spectandam esse, quo creditor *satis accepit*, id est, quo creditori solutio facta fuit: nam, quod verba illa, *quo satis accepit*, non ad interpositæ fidejussionis tempus pertineant, quasi temporis illius æstimatio consideranda foret ac per fidejussorem præstanda, vel inde patet, quod tunc fidejussor contra certa juris principia in maiorem æstimationem, adeoque in duriores potius causas obligatus esse, quam principalis debitor, qui ex die debens propter moram ad summum ad illius demum temporis æstimationem condemnandus esset, quo existit adjectus obligationi dies; & ex quo demum potuit ob moram conveniri. Quod si non æstimatio sed res principaliter obligatione comprehensa fuerit, generalem puto regulam servandam esse, quæ inter bonæ fidei ac stricti juris iudicia distinctionem ponit, ac vult, in bonæ quidem fidelis iudicii rei iudicandæ seu iudicatæ tempus observandum esse, quanti res sit, seu tunc valeat, in iis vero, quæ stricti juris sunt, tempus litis contestatæ, *l. sed mihi 3. §. in hac actione 2. ff. commodati*, non eo sensu, quasi præcisè illud litis contestatæ vel condemnationis tempus, ac nullum aliud antecedenter spectandum esset; nam si mora præcesserit, dubium non est, quin frustratio moratori, & non æteri obesse debeat; ac propterea, si inter moram & litem contestatam remve iudicatam res pluris valuerit, quam ipso litis contestatæ vel condemnationis momento, reus in id, quanti res plurimi fuit a tempore moræ ad tempus litis contestatæ in stricti juris, aut rei iudicatæ in bonæ fidelis iudicis, dammandus foret, *l. hominem 37. in fine ff. mandati, l. in hac 3. in fine ff. b. t. sic ut tempus moræ sit veluti terminus*

a quo incipit æstimationis ratio haberi; & tempus litis contestatæ vel rei judicatæ sit terminus ad quem. Quod etiam non obscure Pomponius indigitat in l. ratio 3. §. si per venditorem 3. ff. de act. emi. dum ait, si per venditorem vini mora fuerit, quo minus traderet, condemnari eum oportere, utro tempore pluris vinum fuit, vel quo venit, vel quo lis in condemnationem deducitur. Tempus scilicet, quo vinum est venditum, etiam initium moræ est, in quantum res vendita etiam contestim tradenda est, nisi aliud actum sit, arg. l. Julianus 13. §. veniunt 20. ff. de emi. l. curabit 5. Cod. eod. i. quemadmodum ille, qui pure constituit, non a tempore demum litis contestatæ, sed mox a tempore constituti celebrati, si non solvat, in mora creditur constitutus, secundum Ulpianum, l. si duo 16 §. ult. ff. de constit. pecun. Ut proinde variis quoque in legibus, definitiombus, æstimationem inspiciendam esse temporis illius, quo res petitur, illa limitatio; nisi mora præcesserit, subaudienda sit; veluti in l. fundum 23. circa fin. ff. de novation. l. vinum 22. ff. de reb. creditis, uti & ipsa l. 3. §. 2. ff. commodati. Hinc quia fur semper a primo furti facti momento in mora est, recte conclusit Ulpianus, rei furtivæ æstimationem in conditione furtiva spectandam esse, quanti unquam a furti facti tempore plurimi fuit, l. in re furtiva 8. §. si ex causa 1. ff. de cond. furtiva. Idemque est in rerum amotarum actione, l. pen. ff. de act. rer. amot. Et quia dies certus obligationi appositus sui existentia interpellat pro homine, ac debitorem in mora constituit, l. magnam 12. C. de contrab. & commit. stipulas. l. trajecitum 25. ff. de oblig. & act. l. si fundus 4. §. ult. ff. de leg. commissor. hinc quoque traditum, obligatione in diem certum contractæ, ejus æstimationis rationem habendam esse, quæ fuit eo tempore, quod solutioni faciendæ adjectum fuit; ut scilicet tempus illud, tanquam tempus moræ inchoatæ, sit terminus a quo, ac præstandum veniat, quanti inde res unquam ad tempus litis contestatæ aut rei judicatæ, pro diversa judiciorum bonæ fidei ac stricti juris natura, plurimi valuit, l. vinum 22. ff. de reb. creditis, l. quoniam 89. l. 60. ff. de verb. obl. Qualis diei adjectio quia etiam inest cautioni de sistendo, ideo quoque definitum fuit, æstimationem ejus, quod interest agentis, ad illud tempus referendam esse, quo sisti debuit, non ad id quo agitur; quamvis ibi non de rerum æstimatione agatur, sed de æstimatione ejus, quanti interest, factum impletum non esse, rem non stitisse, l. qui autem 12. §. 1. ff. si quis caution. in judic. sist. causa factis non obtemper. Nec hisce, quæ de stricti juris judiciis, & æstimatione tantum a tempore mora ad tempus litis contestatæ spectanda diximus, adversatur, quod in stricti juris judiciis judex etiam condemnare possit ad id quod interest, moram non esse factam post litem contestatam, l. quod si Ulpianus 4. pr. ff. de eo quod certo loco, l. cum fundus 31. ff. de reb. creditis, l. si calendar 11. ff. de re judicata, l. si fundum certo 114. ff. de verb. obl. sub quo & illud contineri videtur, si inter litem contestatam ac sententiam creverit æstimatio rei petite. Respondeo enim, distare æstimationem ab eo quod interest, ut patet ex pr. & 66. seqq. junct. §. illud non ex 10. Inst. de leg. Aquilia, ac judicem in stricti juris judiciis ita demum aucti post litem contestatam pretii rationem in condemnando habiturum.

si actor in eo suum interesse probet, dum forte mercator est, & rem lite pendente pluris fuisset distrahturus. Alioquin si non fuisset secundum vulgarem æstimationem auctam venditurus, aut aliter sua interesse doceat æstimationis auctæ intuitu, non considerandum foret superveniens post litem contestatam æstimationis incrementum; licet per accidenia ita forte morator lucrari posset; cum sufficiat, moram actori non nocuisse. Unde patet, non æstimationis, qua talis; sed ejus quod interest, ac quatenus interest, nec ultra rationem haberi. Quo modo & alibi jurisconsultus scripsit, usuras per socium socio præstandas esse, non quasi usuras sed quod socii intersit, moram cum non adhibuisse, l. socium, qui 60. ff. pro socio. Ne recte urgetur, sic moram extrajudicalem potentior fore, quam judicalem, sic deterioris fore conditionis eos, qui litem contestati sunt, quam si non; contra l. non soles 86. l. 87. ff. de regul. juris. Et enim etsi non soles deterior fieri eorum conditio, qui litem contestantur, tamen id aliquando in jure contingit, ubi ex propria ipsius negotii in judicium deducti natura descendit; uti id apparet ex illis, qui condemnati ad actoris petitionem, nihilominus ex lege, humanitatis gratia, solutionis dilationem habent, quam ipsis non indulerat obligatio pura in judicium deducta. Et huic simile accidit quoque in casu præsentis: quod enim in stricti juris judiciis æstimationis lite pendente auctæ, qua talis, ratio non habeatur, id inde est, quod in iis judex excedere nequit petitionem actoris, & conventionem partium, nisi respectu ejus quod interest; cumque libello petitionis non recte comprehendatur incertum plane futuri temporis intuitu æstimationis augmentum, sed tantum præteriti temporis ratione usque ad litis coeptæ diem; consequens est, nec judicem in condemnando considerare debere æstimationis post litem contestatam auctæ quantitatem, qua talem. Quæ cum aliter se habent in negotiis bonæ fidei, dum in iis ex bono & æquo petitionem ac conventionem multifariam judex condemnatione potest excedere; non mirum, si pretii usque ad sententiam auctæ ratio habeatur. Scilicet, moram extrajudicalem lex & judex coercet & judicalem in stricti juris judiciis, non ratione æstimationis, nec usurarum intuitu, sed respectu ejus quod interest, adeoque non aliter, quam si secundum ante dicta actor doceat, se lite pendente rem ob auctum interim valorem pluris fuisse distrahturum. Leve vero est, quod ajunt, in stipulatione æstimationis post litem contestatam incrementa rationem habendam esse, quia & fructuum illius temporis ratio haberi solet, l. videamus 36. §. si actionem 7. ff. de usuris, male enim a disparatis illatio fit; fructus rei accessiones sunt, non item æstimatio rei. Quod autem diximus, tunc, cum post litem contestatam se pluris venditurum fuisse probat, æstimationis auctæ rationem habendam esse, id ita accipiendum, uti in bonæ fidei judiciis dicitur æstimationis augmentum pendente lite contingens præstari oportere; at non ita, ut ad omne id, quod emendo vendendoque atque adeo negotiando actor potuisset pendente lite lucrari, reus ipse condemnandus foret; cum ne in bonæ quidem fidei judiciis lucri hujusmodi adventitii ratio haberi soleat, l. ult. ff. de peric. & commodo rei vend. l. si sterilis 21. §. cum per 3. ff. de act. emi.

excepto solo caso l. 2. §. ult. ff. de eo quod certo loco.

4. Vidimus, cuius temporis aestimatio spectanda sit; locum quod attinet, si quidem locus certus implemento contractus faciendo adiectus sit, spectanda aestimatio loci illius, in quo solutio facienda est, siue de negotio stricti iuris, veluti de mutuo, l. vimum 22. in fine ff. de reb. creditis, l. ult. in fine ff. b. t. siue de rerum venditionibus aliusque similibus bonae fidei conventionibus quaestio sit, l. ratio 3. §. ult. in fine ff. de ad. emi; cum unusquisque per adjectionem certi loci ad solvendum destinatus contraxisse intelligatur non in loco, ubi conventio celebrata, sed ubi solutio facienda est, l. et ubi quisque 3. ff. de reb. audit. jud. possid. l. contraxit: 21. §. de oblig. & action. Si vero nullus locus certus solutioni faciendae per contractum designatus sit, in stricti iuris iudiciis aestimatio consideranda loci, in quo res petitur, d. l. vimum 22. in fine ff. de reb. creditis, d. l. ult. in fine ff. b. t. At in bonae fidei negotiis, veluti venditionibus, spectanda loci aestimatio, in quo venditio celebrata est, vel in quo agit, actoris arbitrio; si modo per venditorem steterit, quo minus res tradatur, l. ratio 3. §. si per venditorem 3. ff. de ad. emi. Nam si emptor ipse in mora accipiendi fuerit, aestimari oportet pretium rei, habita ratione loci illius, in quo res minoris valet, siue in loco, in quo contractum, minor vendit rei aestimatio sit, d. l. ratio 3. ult. ff. de act. emi, quasi per moram indignum se reddiderit electione & commodis ex natura iudiciorum bonae fidei profluentibus, dum recusando acceptare res, debito modo oblata, ipse necessit a bona fide.

## TITULUS IV.

## De eo quod certo loco.

## SUMMARIA.

1. Loci adjectio quibusdam in negotiis necessaria est, in plerisque non. Qua sit ratio, cur, loco appositio, actio de eo quod certo loco introducenda fuerit? Quid sit? & qua iudicis partes in ea sint: habet locum in omnibus iudiciis stricti iuris, quibus locus appositus.
2. Non habet locum, si in ipso loco adjectio agatur; nec, si ea negotio bonae fidei.
3. Datur contra eum, qui certo loco debet ex negotio stricti iuris. An & contra fideiussorem ex sua vel debitoris principalis mora? ad explicationem l. centum Capuz 8. ff. h. t. quo usque & ad quid mora debitoris nocet fideiussori?
4. Quid iuris circa electionem & solutionem & faciendam loci mentionem, si convenierit, Ephesi aut Capuz centum dari, vel Ephesi decem aut Capuz hominem, vel Ephesi & Capuz dari rem dividuam, aut individuam?
5. An promittens in quovis alio loco hac actione arbitraria conveniri possit, qui certo loco se datum promittit? & quid moribus obtineat?
6. An in hac actione iudex magis quanti actoris, an petitis, quanti rei interit, spectare debeat? quibus modis interesse possit actoris aut rei, in loco potius addito, quam alibi solvi?
7. Creditor introitus non tenetur alio in loco accepta-

re id, quod ei certo loco debitum, nisi addatur id quod interest; sed si sponte acceptaverit, amplius id quod interest petere nequit.

8. An locus sit actioni arbitrariae, si certo loco quid fieri promissum sit?

9. An temporis adjectio ita faciat locum actioni arbitrariae, ut loci.

1. **E**T si quibusdam in casibus stipulationi ceterisque similibus stricti iuris negotiis loci adjectio adeo necessaria sit, ut ejus ommissio inutilem contractum reddat, vitietque legatum, veluti si quis insulam aedificari stipuletur, aut suprema disponat voluntate, quoties locus adiectus non est, nec ex circumstantiis colligi evidenter potest, quem locum testator respexerit aut contrahentes, l. arbitraria 2. §. si quis insulam 5. ff. b. t. l. qui insulam 95. l. ita stipulatur 115. pr. ff. de ver. obligat. arg. l. si domus 71. ff. de legatis 1. plerumque tamen in contrahentium ac disponentium arbitrio est, utrum locum implemento negotii destinare ac adiacere velint, nec ne. Quisquis autem se certo loco datum promissit, aut aliter ad dandum certo loco coepit obligatus esse, summo jure alibi in stricti iuris negotiis conveniri nequit, dum in lis iudicis potestas conventioni partium adstricta est: sed quia iniquum erat, creditorem non posse ad suum pervenire, ac eludi obligationem, si debitor ad eum locum, in quo dare oportebat, vel casu praeclitus vel consulto ac data opera non accederet; ideo visum fuit, utilem actionem in eam rem comparare, de eo quod certo loco, l. 1. ff. b. t. quae est arbitraria in personam, qua res ex negotio civili stricti iuris certo loco praestanda, alibi petitur, facta tamen mentione loci in quo solutio facienda erat, ne plus loco petatur; ut iudex pro varia loci utriusque, tum ubi res petitur, tum ubi ex conventionem praestanda erat, aestimet, quanto pluri minorisve dammandus sit reus, quam in loco adjecto dare debuisset; dum non idem rerum earundem in quovis loco pretium est, & alibi facilius, difficilius alibi non rerum modo, sed & ipsius pecuniae numeratae praestatio apparet, l. arbitraria 2. pr. & ult. l. 3. ff. b. t. l. unic. C. ubi conveniatur qui certo loco dare promissit, siue ex stipulatione quid certo debitum sit, l. 1. l. 2. ff. b. t. siue ex mutuo, l. aut mutua 6. ff. b. t. siue ex legato, l. si heres 5. ff. b. t. siue ex constituto, l. si duo 16. §. sed & 1. ff. de constit. pecun. siue ex alio quocunque stricti iuris negotio, obligationem ad certo loco dandum continente, veluti, contractu innominato facio ut des certo loco, ob rationis parilitatem: sic ut hac actio de eo quod certo loco non tam nova plane sit, quam potius nova qualitas adjecticia actionum aliarum stricti iuris, unde & utilis appellatur in l. 1. in fine ff. b. t.

Quod si in ipso loco appositio res petatur, non huic utili arbitrariae, sed directae actioni stricti iuris, locus est, cessante tunc arbitrio iudicis ac facultate aestimandi propter locum, quanto plus minusve tribuendum sit. Nam si quid temporis ratione intersit actoris, ob moram in solvendo commissam; id secundum ordinariam omnium actionum siue bonae fidei siue stricti iuris naturam & ab actore recte petitur, & a iudice jure adjudicatur, licet ejus nulla in contrahendo mentio facta sit, l. quod

si 4. ff. b. t. Quemadmodum nec tunc datur, cum ex negotio bonæ fidei res certo loco debita est, l. in bonâ 7. ff. b. t. cum ipsa directâ actio ex contractu bonæ fidei extra locum adjectum etiam alibi institui possit, & secundum propriam ejus naturam iudex ex bono & æquo æstimare, quantum auctori præstandum sit, §. in bonâ fidei 30. Inst. de action. §. fin. Inst. de oblig. ex consensu, nec aliam ob causam hæc ipsa actio de eo quod certo loco arbitraria appelletur, quam quia actiones natura sua stricti juris, propter loci adjectionem reducuntur ad naturam actionum bonæ fidei in eo, quod iudex ex bono & æquo æstimare possit, extra partium conventionem, quomodo auctori per reum satisfieri oporteat, §. præterea 31. Inst. de action.

3. Datur hæc actio contra eum, qui certo loco adjecto debet ex negotio stricti juris, & in illo loco non solvit tempore constituto; vel si nulla temporis sit facta mentio, intra tale tempus, quo commode potuit ad locum solutioni destinatum perveniri, l. arbitraria 2. §. qui ita 6. ff. b. t. l. continuus actus 137. §. cum ita stipulatus 2. ff. de verb. oblig. etiam contra fidejussorem ex mora propria, non ex mora debitoris principalis, l. ult. l. centum 8. ff. b. t. Cujus legis octavæ ut sensus evidentior reddatur, considerandum generaliter, moram debitoris fidejussori nocere in omni obligatione ad eam perpetuandam, l. cum filiusfamilias 49. l. mora rei 88. l. si servum stipulatus 91. §. nunc videamus 4. ff. de verb. oblig. l. si quis solutioni 24. §. 1. ff. de usuris, l. si libertus 43. de operis libertor. atque insuper debitorem creditori vel ratione temporis vel ratione loci posse condemnari, temporis intuitu, dum non solvit adjecto die; loci respectu, dum non præstat rem eo in loco, qui specialiter solutioni faciendæ erat appositus. Quod si temporis intuitu mora solvendi per debitorem principalem commissa & in casum moræ usura in stipulatum aut in pactum legitimum ad agendum efficax deductæ fuerint, uti ad eas post moram principalis debitor incipit obligatus esse, ita & fidejussor ejus in omnem obligationem acceptus ad easdem recte convenietur ex eo tempore, quo principalis cœperat esse in mora solvendi, etsi necdum fidejussor fuisset a creditore interpellatus; quales etiam usuræ non per hanc actionem arbitrariam nec ex officio judicis adjudicandæ, sed magis per actionem ex stipulatu vel pacto legitimo peti debent, l. quævis usura 3. C. de usuris. Contra vero, si loci adjecti intuitu, ob non factam in loco destinato solutionem, ratio ineunda sit ejus quod interest, fidejussor, utcumque in omnem causam intervenierit, non ex mora debitoris principalis, sed tantum ex sua, ad id quod interest recte condemnatur, habita ratione non loci illius, in quo reus principalis, sed magis in quo fidejussor ipse convenitur. Adeoque, si ponas, centum modios frumenti, Romæ debitos, per creditorem a debitore principali Capuæ petitos esse, ibique condemnationem in modios centum & viginti a iudice factam, dum Capuæ tanto minor modii cuiusque valor erat, sed, cum executio manifestam condemnati inopiam inanisset, fidejussorem in subsidium conveniri Carthagini, ubi eadem, quæ Romæ, frumenti æstimatio est; non utique in modios centum & viginti, in quos principalis jam Capuæ damnatus erat, fidejussor Car-

thagini veniret condemnandus, sed tantum in centum, qualis condemnatio in sola centum longe magis tunc fieret, cum fidejussor non Carthagini sed Romæ, adeoque in ipso loco adjecto convenitur, quippe tunc non arbitraria hac sed simplici stricti juris actione ex stipulatu ad solutionem adigendus, juxta d. l. quod si Epheri 4. ff. b. t. & hoc est quod Africanus voluit in d. l. 8. ff. b. t. dum ait, centum Capuæ dari stipulatus, fidejussorem accepisti, ea pecunia ab eo similiter, ut ab ipso promissore, peti debet; id est, ut si alibi quam Capuæ petatur, arbitraria agi debeas, lisque tantum æstimetur, quanti ejus vel auctoris interfuerit, eam summam Capuæ potius quam alibi solvi. Nec oportebit, quod forte per reum steterit, quo minus tota centum Capuæ solverentur, obligationem fidejussoris augeri. Ne autem ab eo, quod fidejussor in omnem acceptus causam ad usuras ex mora principalis debitoris tenetur, argumentum ad hanc præstationem ejus quod interest ob solutionem alibi quam loco addito faciendam, imprudenter transferetur, monet Jurisconsultus in verbis sequentibus d. l. 8. aliam usurarum, quam ejus quod propter locum interest, rationem esse, ideoque a separatis perperam fieri illationem; neque enim, inquit, hæc causa recte comparabitur obligationi usurarum; ibi enim duæ stipulationes sunt, hic una pecunia creditæ est, circa cujus executionem æstimationis ratio arbitrio judicis committitur. Quasi diceret, fidejussorem acceptum obligari quidem in omne id, quod & principalis sese devinxerat, adeoque in usuras quoque, quas is promiserat creditori stipulanti in casu moræ; quippe in quas uterque non judicis officio, sed vi ipsius stipulationis ab initio interpositæ damnandus esset, in quantum usuræ fœnebris pecuniæ circa vinculum stipulationis peti nequeunt, d. l. 4. C. de usuris, sive ut duæ quodammodo distinctæ obligationes sint, altera sortis, usurarum altera, l. 1. C. de judic. l. ubi autem 75. §. pen. ff. de verb. obligat. At ubi locus adjectus est, loci adjectionem non facere aliam separatam conventionem, sed unam tantum esse obligationem rei certo loco promissæ; quæ si non in loco adjecto sed alibi petatur, & executionem habeat, ad id quod interest loci intuitu condemnationem non ex conventionem descendere, sed a mero profluere officio judicis, cujus arbitrio a jure committitur ratio æstimationis; eo modo, quo, in bonæ fidei iudiciis id contingit circa solvendas ex mora citra conventionem usuras, quarum respectu a Gordiano rescriptum fuit, non esse duas obligationes seu actiones, aliam sortis, aliam usurarum, sed unam tantum, l. si deposita 4. C. depositi, quasque propterea non esse in obligatione, sed officio judicis præstari, ab Hermogeniano traditum, l. qui per collusionem 49. §. 1. ff. de act. emij: uti & a Paulo, l. quaro 54. ff. locati, licet ibi Paulus addat, fidejussorem ad usuras tales condemnandum esse, ubi se in omnem causam conductionis obligavit, dum illam phrasim eo sensu accipit, ac si fidejussor, in quantum illum, (conductorem sc.) condemnare ex bonâ fide oportebit, tantum sua fide esse jussisset. Porro autem istam differentiam rationem Africanus in verbis ultimis d. legis octavæ illustrat, dum scribit, ejus differentia manifestissimum argumentum esse, quod, si post moram factam pars pecuniæ soluta sit, & reliquum petatur,

*officium iudicis tale esse debent, ut armet, quanti actoris intersit, eam dumtaxat summam, qua petatur, Capua solutam esse; adeoque in casu quidem, quo usurae in stipulatum deductae sunt, sortis solutionem pro parte factam sine additamento usurarum, quarum dies jam cesserat tempore partis solutae, non perimere creditori jus petendi per actionem ex stipulatu in praeiterum debitas exsolutae partis usuras; cum & sorte sola in iudicium deducta, & in eam condemnatione secuta, creditori adhuc facultas supersit petendi ex stipulatu sortis illius jam redditae usuras, l. 1. C. de iudiciis. Ex adverso autem si certo loco centum sint data, & volenti creditori pars debiti, veluti dimidia, alio in loco soluta fuerit, non addito eo quod interest ratione loci, deque residua postmodum alibi extra locum appositum creditor expectari, iudicem haud aestimaturum, quanti intersit, tota centum alibi praestita esse, sed solummodo, quanti referat actoris, eam summam, quae adhuc solvenda restat, & in iudicium deducta est, suo loco non fuisse solutam. Nam &, si totam sortem sine eo quod interest extra locum adjectum oblatam & a creditore acceptatam proponas, in universum cessaturum esse petitionem eius quod interest, Paulus monuit, l. ult. ff. b. t. Confer Cuiacium lib. 3. ad Africani ad d. l. 8. ff. b. t. Perezium C. ubi conven. qui certo loco dare prom. n. 9. & seqq. Beukelmanum ad Pand. b. t. num. 7. Wissenbach ad Pand. b. t. vol. 1. disp. 26. n. 15. paulo aliter d. legem explicantes.*

4. Quod si duo loca alternatim promissioni adjecta sint, veluti *Ephesi aut Capua centum dari*, debitoris quidem electio est, in quo velit loco solvere; sed eo cessante, creditor eligit, in quo ex duobus locis petere velit, sine alterius loci mentione; sic ut loci electio debitori ob moram pereat, & in creditorem transferatur, l. arbitraria 2. §. Scvola 3. ff. b. t. Sed &, si facta sit alternatio rerum simul ac locorum, velut, *Ephesi decem aut Capua hominem dari*, initio inspecto debitoris electio est, tum loci tum rei contemplatione; post moram autem creditor non modo loci, sed propter locum etiam rei electionem habet, an videlicet decem Ephesi an Capuz hominem petere malit, nulla rei alterius locive facta commemoratione, d. l. 2. §. 3. ff. b. t. Si tamen extra duo loca promissioni alternatim adjecta actor alibi petere velit, utriusque rei, si mixta alternationi locorum sit rerum alternatio; atque ita debitori rursus electio competit, cuius velit loci & rei estimationem considerari, ut secundum eam iudex in hac arbitraria definiat, quanto plus minusve in hoc loco, in quo agitur, per reum actori praestandum sit, d. l. 2. §. si quis Ephesi 2. §. b. t. Quod si promissor se *Ephesi & Capua decem daurum* promiserit, hoc actum intelligitur, ut Ephesi partem Capuz solvat, d. l. 2. §. si quis ita 4. ff. b. t. Plagne, si quis hominem certum aliavne rem individuum Ephesi & Capuz dari promittat, ipso jure inutilis foret obligatio, cum impossibilis repromissio sit, arg. l. si stipulor 35. ff. de verb. oblig. §. loca 5. Insti. de verb. obligat. l. 2. §. qui ita 6. ff. b. t. l. non solum 31. ff. de oblig. & act. l. ea, qua dari 135. l. impossibilem 185. ff. de reg. juris.

5. Conveniendus autem qui certo loco dare promisit, non in alio quocunque loco, sed in eo tantum, Voet ad Pandect. Tom. III.

in quo sortiretur quoque forum competens, si loci adjectio facta non esset: ne alioquin durioris deteriorisque conditionis foret, qui non nisi uno in loco obligatus esse voluit, & locum adstringenda obligationis gratia adiecit, quam illi, qui non ita adstricti, ac sine loci mentione promiserunt, quales non ubique, sed tantum in foro competente conveniri posse, constat. Eoque facit, quod in l. heres 19. §. ult. ff. de iudiciis Ulpianus scripsit, eum, qui ita fuit obligatus ut in Italia solveret, si in provincia habuit domicilium, utrobique posse conveniri: dum superflua sane atque inepta foret adjectio illa, si in provincia habuit domicilium, si & tunc, cum in provincia non haberet domicilium, posset nihilominus in provincia per hanc actionem conveniri. Sed & ulterius huc confert, quod hac actio tantum induit naturam actionum bonae fidei propter locum; quodque locus ei non sit, si quid ex negotio bonae fidei certo loco debeatur quasi sufficiente tunc ipsa bonae fidei actio, l. in bona fidei 7. ff. b. t. nemo autem iudicio bonae fidei promiscuo in quovis loco possit conveniri, juxta generalia juris fundamenta de foro competente. Quod ergo alibi scriptum reperitur, eum, cui certo loco solvi constitutum est, ubique petere posse & quocunque in loco agi posse ad id quod interest, l. si duo 16. §. sed & 1. ff. de consil. pecun. l. cum, qui insulam 43. ff. de iudiciis, civiliter accipiendum est, pro omnibus illis locis, in quibus ex generali legum dispositione actiones intentari possunt, arg. l. si cui simpliciter 9. ff. de servitutibus, & l. qui loco 27. ff. de condit. indebiti. Ac praeterea in d. l. 43. non de hac arbitragia sed stricti juris actione sermo est, cum ibi non de dandi, sed faciendi obligatione tractetur, in qua non esse locum actioni huic de eo quod certo loco, mox dicitur. Donellus comment. jur. civilis lib. 17. c. 19. postmodum Besoldus delibet. juris ad Pand. b. t. Wissenbach ad Pand. b. t. vol. 1. disp. 26. nu. 10. Zoësius ad Pand. b. t. num. 5. Perezius Cod. ubi conven. qui certo loco num. 1. Neque multum hac in parte a jure Romano mores hodierni recesserunt, quibus is, qui certo loco promisit, non aliter eo in loco efficaciter conveniri potest, quam si illic inveniatur, aut bona habeat, quae arresto graventur ad jurisdictionem fundandam, etiamsi promissor fori privilegio renunciasset, & se specialiter subiecisset jurisdictioni iudicis loci illius, in quo se soluturum promiserat. Ut tamen extra locum appositum in quovis alio deprehensus, arresto mediante conveniri queat, cum ex praxi vulgata arrestatio iudici tribuat jurisdictionem in personas aut res sibi non prohibitas. Groenewegen ad l. un. C. ubi conven. qui certo loco dare promisit, post Cristinzum, Gayl, Ant. Fabrum, Burgundum, aliosque ibidem citatos.

6. Etsi vero hac actio utriusque utilitatem contineat, tam actoris quam rei, sic ut minoris condemnatio fiat, quam promissum est, si rei intersit, majoris autem, si intersit actoris, nec iudex servit teneatur quantitati contractui comprehensa, l. arbitraria 2. pr. & §. ult. ff. b. t. tamen in aestimando eo, quod interest, inquirendum praecipue, in cujus gratiam adjectio loci facta sit: etenim si actoris causa, etiam maxime ejus foret habenda ratio, ut consequatur quanti intersit; sin rei seu promissoris favore, id ante omnia curandum, ne ille in damno



versetur, licet forte in mora sit faciendi sui copiam in loco adjecto; usque adeo, ut interdum etiam iudex reum alibi conventum absolvere debeat, cautione ab eo exacta de pecunia ibi solvenda, ubi promissa est, *l. quod si 4. §. 1. ff. b. t.* Variis sane modis posse rei interesse, ut magis in loco apposito exsolvat, dubio caret: quid enim si minoris res illic valeat, ubi prastanda, quam ubi petita? quid si levioribus sub usuris pecunia debita possit in loco addito accipi mutua? quid si in loco apposito jam oblata pecunia auctori dicatur, vel deposita, vel alia quacunque ratione ex facili solvenda? *d. l. 4. §. 1. l. idem 3. ff. b. t.* Ut ex adverso auctoris quoque multifariam referre potest, destinato potius in loco quam alibi solvi; dum vel pluris res valet in loco expresso, quam in quo petitur; aut auctor trajectitiam dedit pecuniam Ephesi recepturus, ubi sub poena debebat, vel sub pignoribus, vel etiam sine pignore, & ob moram poena commissa sit, vel res ejus oppignorata aut iudicati exsequendi causa capta vilissimo distracta: quibus in casibus id, quod interest, etiam legitimum superare potest usurarum modum; *d. l. 2. §. ult. ff. b. t.* imo, quia eo quod interest non modo comprehenditur quod cuique abest, sed & quantum lucrari potest, *l. si commissa 13. ff. ratam rem barbari;* ideo, si auctor ex pecunia certo loco solvenda merces ibidem promercii causa comparare solebat, non damni solius, sed & lucri rationem in hac actione habendam esse, Ulpianus auctor est *d. l. 2. §. ult. in fin. ff. b. t.* licet alioquin non modo in stricti juris, sed & in bonae fidei iudiciis, ejus tantum lucri, quod circa rem ipsam consistit, non vero adventitii, quod ex negotiatione speratur, ratio haberi solet, *l. si sterilis 21. §. cum per 3. ff. de act. emti, l. quemadmodum 29. §. item Labeo 3. ff. ad leg. Aquil. l. ult. ff. de peric. & commodo rei vend.*

7. Ceterum invitus creditor cogi nequit, ut alio quam convento loco promissum acceptet, nisi simul id quod interest addatur, *l. pen. ff. b. t.* Quod enim Venulejus scripsit, eum, qui certo loco debet ubique solvere posse, *l. continuus 137. §. cum ita 2. ff. de verbor. oblig.* de creditore in solutionem alibi faciendam consentiente, vel ob additum id quod interest consentire per jus obligato, intelligendum est; propter *d. l. pen. & l. arbitraria 2. §. idem Julianus 7. ff. b. t.* Si tamen extra locum appositum oblata a debitore rem sine eo quod interest creditor sponte acceptaverit, nullam deinceps ejus quod interest actionem habet; cum obligatione principali per solutionem sublata, necesse sit ejus quoque petitionem interire, ad quod non ex obligatione, sed ex solo iudicis officio condemnatio descendit, *l. centum Capuae 8. in fin. l. ult. in fine ff. b. t. arg. l. qui per collusionem 49. §. 1. ff. de act. emti.* Nec obstat *d. l. 2. §. idem Julianus 7. ff. b. t.* cum ibi peculiaris occurrat facti species, qua quis sibi aut Titio Epberi dari stipulatus erat, ac non ipsi stipulanti, sed adjecto Titio, solutio facta, idque non secundum formam stipulationis in ipso loco constituto, sed alibi: unde non ipso jure, sed tantum exceptione, tutus erat solvens, poteratque nihilominus stipulator intendere, sibi dari oportere arg. *l. pen. ff. de constit. pecunia,* cui intentioni si reus opponeret exceptionem solutionis adjecto, alibi factae, repelli optimo jure potuit

replicatione illa, quod adjectus solutioni, atque ita mandataris, acceptans alibi rem certo loco debitam contra formam stipulationis ac fines mandati, immutare non potuerit aut perimere jus stipulantis, ratione ejus quod interest, rem debito loco non fuisse solutam, arg. *l. cui recte solvi 10. ff. denovationib. & delegationib.*

8. Vidimus de loco obligationibus dandi apposito. Quod si non dari sed fieri certo loco promissum sit, veluti insulam Capuae aedificari; non hac arbitraria, sed directa ex stipulatu actione in quovis alio loco commodo agi potest, ad id quod interest aedificium certo loco exstructum non esse, *l. eum, qui insulam 43. ff. de iudiciis,* tum quia res certo loco danda, alio transferri, ibique dari potest; sed aedificium certo loco extruendum, alibi frustra aedificatur, sic ut alibi extruens in nihilum liberetur, *l. arbitraria 2. §. idem Julianus 7. post mod. ff. b. t.* tum quia rei quidem datio in stipulatum recte deducitur etiam sine loci adjectione; at insulam fieri sine loci adjectione, inutiliter quisque stipulatur, *d. l. 2. §. si quis insulam 5. ff. b. t. l. qui insulam 95. l. ita stipulatus 115. pr. ff. de verbor. oblig.* Cujacius 3. ad Africanum ad *l. centum 8. ff. b. t.* Bachovius ad Treutler. vol. 1. disput. 23. thes. 6. lit. C.

9. Longe minus ex sola diei seu temporis adjectione actio natura sua stricti juris in arbitriam degenerabit, etsi ob moram id quod interest, seu utilitas temporis, peti possit, *l. quod si 4. ff. b. t. l. si fundum certo 114. ff. de verbor. obligat. l. si calendar 11. ff. de re iudicata.* Nam nec iudex tunc arbitratratur, utrum auctoris an rei intersit respectu temporis, sed solum considerat fraudatam ex mora utilitatem auctoris: nec secundo auctor prohibetur post tempus agere summo jure, ut consequatur quod certo die prastandum erat; uti quidem alio loco agere summo jure impeditus est: sic ut in tempore non eadem, quae in loco, ratio militet actionis arbitrarie ex necessitate admittende. Quibus non adversatur *l. si ut certo 5. pr. ff. commodati,* quippe quae loci temporisque additi comparatione in eo proponit; quod officio iudicis insit, & temporis & loci rationem habere: sed an utrobique propterea actione arbitraria experiundum sit, neque illic asseritur, neque in specie istius legis actioni arbitrarie locus esse poterat, sive temporis sive loci contemplatione; cum de commodato certo loco reddendo, adeoque bonae fidei negotio agatur, ex quo non arbitraria hae, sed commodati actio comparata est, *l. in bona 7. ff. b. t.*

## TITULUS V.

### De Constituta pecunia.

#### SUMMARIA.

1. Quid sit constitutum? quibus fiat formulis?
2. Inutilis est constitutum, si quis alienum debitum constituat per errorem ut suum, vel alium soluturum; nec stipulatio inutilis valet ut constitutum.
3. Quis constituere possit; quibus constitui? An adjecto solutioni? an in constituendo possit alius adijci solutioni? An constitutum tutoribus, curatoribus, auctoribus, fiduciariis heredibus, & hereditatis possessoribus, propter pupillis, municipibus, fideicommissariis, & veris heredibus?

4. Qualia debita constitui possint? pecunia appellatione hic omnia, etiam facta, comprehendit: etiam generaliter posse constitui omne id, quod Titius debet, & quae tunc continuoantur? etiam debitum naturale tantum; ac non civile tantum; & cur non?
5. An constitui possit, quod testamento imperfecto relictum est?
6. An debitum conditionale? An in diem certum debens constituere possit, se die citiore soluturum: & an tunc ante existentiam diei vel conditionis conveniri possit?
7. An maiorem quantitatem vel plus constituens, quam principali obligatione continebatur, obligetur in id, quod principali obligatione comprehensum est?
8. An constitui possit, quod debitum ab eo, qui ab hostibus captus aut deportatus est?
9. Sine principali debita non constituitur constitutum: sufficit tamen, subfuisse debitum, cum constituitur, licet tempore existentis conditionis constituto appositae evanuerit. Cur sortem debens non possit constituere iuratis sortis; & tamen sortem debens constituere possit, se daturum pignora aut fideiussorem?
10. Potest constitui alteri, quam cui debitum: quod Titio & Mavio tanquam correis, aut tanquam principali & adjecto debetur, soli Titio recte constituitur, sic ut postea adjecto vel alteri reo non militer solvatur. Potest & aliud pro alio constitui creditori volenti.
11. Actio de constituta pecunia, cui detur, contra quem? constituentes habere possunt beneficium ordinis, divisionis, cedendarum actionum. Quid si constitutoris quis a se & Titio, vel a se aut Titio dari? Quid si impersonaliter constituitur?
12. Quid precatur per hanc actionem? si creditor debitum ex constituto sibi oblatum acceptare nolit, non habens iustam recusandi causam, non amplius ex constituto, sed tantum ex principali negotio agere potest. Nulla constituto negatio fit.
13. An legatus constitutus id, quod in provincia debet, Roma tempore legationis actione de constituta pecunia conveniri possit, per distinctiones explicatur?
14. Constitutum hodie convenit cum fideiussione.

1. Constitutum in iure nostro duplex notum est, aliud possessorium, dum is, qui haecenus suo nomine possedit, constituit se velle alieno nomine possidere, & ita aliena possessioni præbere ministerium, l. quod mea 18. ff. de acquir. vel amit. possess. aliud obligatorium, de quo hic, conventio scilicet pratoria, seu pactio a pratore confirmata, qua quis sine stipulatione promittit quod ipse vel alius debet, §. de constituta 9. Instit. de action. sive inter praesentes, sive inter absentes nuncio vel literis, l. qui autem 14. §. ult. l. 15. ff. b. t. cum solus hic consensus sufficiat, licet verba desint; contra quam in fideiussione servatur propter requisitum verborum solemnitatem, contrahentium praesentiam desiderantem, l. 1. in fine ff. b. t. Huius formula non una in iure occurrit, praecipue epistolis emissa; veluti, scripti secundum mandatum Seji, si quid tibi debitum approbatum erit, me tibi cauturum & soluturum sine controversia. Vel, remanserunt apud me quinquaginta ex credito tuo, ex contractu pupillorum meorum, quas

tibi reddere debebo idibus Maiis probos, vel, habes penes mensam meam denarios mille, quos vobis numerare debebo pridie Calendis Majar, ut &, decem, quae Lucius Titius ex arca tua mutua accepit, salva ratione usurarum, habes penes me, domine, l. eum, qui 5. §. Julianus 3. l. Titius Sejo 26. l. quidam 26. ff. b. t. l. ult. ff. de instit. action. eo quae etiam pertinet illud Apostoli Pauli, epistola ad Philemonem data pro Onesimo servo intercedentis vers. 18. 19.

2. Quod si quis alienum debitum, quasi suum, per errorem constituerit, nulla talis constituti vis est, l. ult. ff. b. t. ut nec si constituat, alium soluturum, l. eum, qui 5. §. sed si quis 4. ff. b. t. neque secum pugnare Ulpianum credendum est, cum conventionem illam, qua quis constituitur, certam personam fideiussuram pro se, obligatoriam assertit, l. qui autem 14. §. sed & si 2. ff. b. t. eo quod formula tali re ipsa comprehensa est facti proprii promissio scilicet, se fideiussuram creditori daturam, ut satis innuunt verba prope finalia d. §. 2. & connectio paragraphi primi cum secundo dum in primo constituit, se pignora daturum; in secundo, se fideiussoribus satisfaturum. Sed & si quis, cum stipulari vellet, non servaverit formam stipulationis, id quod actum est non valet iure constituti, l. 1. §. eum, qui 4. ff. b. t. Nec huic contrarium est, quod acceptilatio inutilis valeat ut pactum utile, l. si unus 27. §. pen. ff. de pactis, l. an inutilis 8. ff. de acceptilatione; cum ita non de obligatione sed liberatione quaestio sit, & leges longe magis liberationi faveant, quam obligationi.

3. Constituire possunt omnes, qui & alias se possunt obligare, patresfam. & filisfam. l. 1. §. sed si 3. ff. b. t. masculi & feminae, si modo feminae non intercedant, l. 1. §. 1. ff. b. t. Constituitur vero illis, quibus aliquid est debitum, vel etiam aliis, quibus debitum non est, ex creditoris ipsius voluntate; qua ratione Titio ex consensu Mavii recte constituitur quod Mavio debitum erat, sic ut ipsi Titio obligatio & actio de constituto queratur, l. eum, qui 5. §. quod exigimus 2. & §. Julianus 6. ff. b. t. Sine consensu eius, cui principalis obligatio competeat, alteri constitui iura non patiuntur, in tantum, ut ne procuratori quidem, adeoque nec ei, qui solutioni tantum adjectum fuerat in prima obligatione (dum Mavius sibi aut Titio dari stipulatus erat) recte constituatur, licet ei recte solvatur, l. sed & filior. 7. §. 1. ff. b. t. junct. §. si quis alii 4. Instit. de inutil. stipul. Et quia regulariter alteri per alterum obligatio non acquiritur, hinc ineptum quoque constitutum est, si mihi constituas, te Sempronio soluturum, l. eum, qui 5. §. item si 5. ff. b. t. nisi ego non procuratoris, sed tantum nuncii ministerium præstem, l. qui autem 14. §. ult. l. 15. ff. b. t. ut tamen, sicut alias vulgo, ita & hic, alium solutioni adjectum constituto comprehendere, nihil impedit, veluti si quis mihi constituat, se mihi aut Titio soluturum; quo ipso efficitur, ut mihi quidem soli actio nascatur, sed solutio recte Titio fiat, l. si vero 8. l. pen. ff. b. t. junct. l. 7. in fine ff. b. t. d. §. 4. Instit. de inutil. stipulatis. Quemadmodum etiam utilitatis gratia placuit, tutoribus, curatoribus, actoribus municipium valide constitui, pupillo adolescenti. aut municipibus solvi, ut utilis inde actio muni-

eipibus, pupillo, vel adolescenti datur, *l. i. cum, qui* 5. *§. si actori* 9. *ff. b. t.* Denique æquum visum fuit, ad id, quod fiduciario heredi aut hereditatis possessori constitutum fuit, fideicommissario heredi vel hereditatem evincenti hanc de constituta pecunia decerni actionem, post restitutam aut evictam hereditatem, teste Paulo in *l. si post constitutam* 22. *ff. b. t.* licet idem Paulus alibi de summo juris rigore ex aliorum mente disserens, scripserit, *periosque putare*, cum possessor alienæ hereditatis pactus est, heredi, si evicerit, neque nocere neque prodesset, *l. si sibi decem* 17. *§. cum possessor* 6. *ff. de pactis*, ac Mæciano Pauloque placuerit in casu non plane dissimili, fideicommissarium ipso jure ad exercendas actiones accessorias, per fiduciarium quæsitæ, admittendum non esse, sed ex fideicommissio petere debere, ut sibi ab herede cedantur actiones recenter nate, *l. qui ita instituitur* 66. *§. 2. l. si heres pecuniam* 73. *ff. ad Senat. ult. Trebell.* aliter Eujacius ad *d. l. 17. §. pen. ff. de pactis*, refutatus ab Ant. Fabro rursus aliud statuente, & Tribonianum adjectionem in *d. l. 22.* arguente in *rational. ad d. l. 17. §. pen. ff. de pactis*.

4. Constitui potest omne debitum, proprium & alienum, sive corporaliū sive incorporaliū rerum, sic ut hic pecunia non stricte accipiatur pro sola numerata, uti id est in Macedoniano, sed pro omnis generis rebus in obligationem deductis, in latissima significatione, *l. pecunia nomine* 223. *ff. de verbor. signif. l. 2. C. b. t.* in tantum, ut & facta comprehendantur, quippe quæ etiam constituto promitti possent, colligitur ex *l. si duo* 16. *§. 2. ult. l. 17. ff. b. t.* & res, quæ jam interierunt, si modo ante interitum mora facta sit, & ita obligatio perpetuata, *l. promissor Stichus* 21. *l. promissor hominis* 23. *ff. b. t.* Nec interest, ex qua causa debitum sit, sive ex conventionē, sive ex delicto, veluti emtione, dote, legato, furto, injuria; sive certum sit debitum, sive incertum, forte ex tutelæ aut curæ administratione rationibus necdum redditis descendens, *l. i. l. debitum* 6. *l. qui injuriarum* 29. *ff. b. t.* aut, si quis constituat, se omnia Titii debita soluturum, quo casu etiam id, quod Titius non suo sed fidejussorio nomine debet, solvere obstrictus foret. Vide Responsa Jctor. Holland. *part. 2. consil. 306.* Sive quantitas certa constituto expressa fuerit, sive non; cum ex relatione ad præcedentem obligationem satis de quantitate constet, *l. qui autem* 14. *pr. ff. b. t. junct. §. præterea* 5. *in fin. Inst. de inst. stipulat.* Sive naturale tantum subsit debitum, sive naturale & civile simul, si modo tale sit, quod per exceptionem eveneri nequit, *l. i. §. pen. l. quod si mortuus* 3. *§. i. ff. b. t.* Quamvis enim pacto posteriore redintegrari possit obligatio, cujus æquitas pacto priore de non petendo sic sublata fuerat, ut agens peremptoria potuisset exceptione repelli, *l. si unus* 27. *§. pactus* 2. *ff. de pactis*, tamen, quia tunc, cum pecunia summo tantum strictoque jure civili debita est, nullam apparet amplius aut superest æquitas vinculum, arg. *l. Stichum aut Pamphilum* 95. *§. naturalis* 4. *ff. de solutionib.* etiam nihil est, quo prætor moveretur ad hanc actionem ex suo edicto ex bono & æquo accommodandam, quippe quam non alia de causa introduxit, quam ut naturali faveret æquitati, ac confirmaret ea, quæ & ante constitui

vinculum erant debita, *l. i. pr. & §. i. 6. ff. b. t.* at neque debita, neque creditores proprie esse intelliguntur, qui perpetua possent exceptione summo-veri, *l. creditor* 55. *l. debitor* 103. *ff. de verbor. signif. d. l. 3. §. i. in fin. ff. b. t.*

5. Ex eo autem, quod sufficit, naturale subesse debitum, dubitatum fuit, an recte in constitutum deducatur, quod imperfecto testamento relicta est! Hic quamvis Ant. Matthæo de obligationibus disp. 32. *lib. 5.* visum fuerit, efficacem ex tali constituto non nasci obligationem, quia ex imperfecto testamento neque civilis neque naturalis obligatio producta erat, sine qua constitutum non subsistit: tamen pro constituti validitate hic standum existimo. Si enim heres fideicommissa inutiliter relicta, ac post compertam defuncti voluntatem præstata, repetere nequeat, quia ex conscientia relicti fideicommissi satisfactura videtur defuncti voluntati, *l. etsi inutiliter* 2. *C. de fideicommissis*, si voluntatem defuncti, quæ circa legata vel fideicommissa legibus non erat subnixæ, necessario implere compellatur, postquam eam sua sponte agnovit, *l. non dubium* 16. *§. 1. C. de testamentis*, si tunc, cum solemnitas juris deest, heres ad solutionem urgeri possit, postquam amplexus voluntatem defuncti legatariis stipulantibus præstata relicta promissit, *l. si veritas* 23. *C. de fideicommissis*, si denique efficax & obligatoria sit promissio solvendi integra legata, licet non ultra dodrantem ob intervenientem legis Falcidiam rationem potuissent peti, quoties apparet, heredem plenam voluisse fidem testatori exhibere, ac voluntatem ejus sequi, *l. ult. C. ad leg. Falcid. arg. l. patrem* 19. *l. 20. ff. que in fraud. cred. facta sunt ut restit.* nulla sane videtur subesse ratio sufficiens, cur non & constituto eorum, quæ imperfecta fuerant voluntate relicta, similem tribuamus obligandi potestatem: præsertim cum in aperto sit, prætorem æquitate rei motum, suo quoque edicto non raro imperfectas sustinuisse ac confirmasse voluntates, data secundum tabulas bonorum possessione, *l. posthumus* 12. *ff. de injuriis rupt. irritis testam. §. non tamen* 6. *inst. quib. mod. testam. infirm. rot. i. ff. de bonor. possessor. secund. tab.* Nam quod objicitur, nullam hic naturalem subesse obligationem, quam constitutum prærequirit, id vero gratis assumitur, tunc saltem, cum heredi comperta satis est defuncti voluntas, dum vel ei condenda ipse interfuit, vel ita perspectam habet testatum, intra numerum solemnem aut sine subcriptione vel signatione adhibitorum fidem atque integritatem, ut de veritate eorum, quæ per illos asseruntur defuncto placuisse, dubitare secum haud sustineat, arg. *§. ult. inst. de fideicom. heredi* 1. *ult. C. de fideicommissis*, Fachineus *contra. lib. 4. cap. 5. Jul. Clarus §. testamentum quæst. 90.* etsi non omnem juris effectum, naturalibus alioquin obligationibus per leges tributum, hæc soriat, ac propterea soluta per errorem ex imperfecto testamento legata vel fideicommissa repeti possint indebiti conditione, *l. fideicommissum* 7. *C. de condit. indebit.* quemadmodum id etiam in obligatione, quam pupillus sine tutoris auctoritate promittendo contraxit, contingit, *l. quod pupillus* 41. *ff. de condit. indebit.* qualem tamen pupilli obligationem novari, in constitutum deduci, fidejussorem ac pignora admittere, extra dubium est.

6. Sed nec refert, purum sit debitum quod constituitur, an ex conditione dieve certo vel incerto suspensum; & quamvis pro debito in diem vel sub conditione fidejussor pure inutiliter fidejubeat, nec ullatenus obligetur, §. *fidejussores* 5. *instit. de fidejussor.* aliter tamen in constituto servatur, ubi eum, qui ex certo die debet, si se die citiore soluturum constituat, teneri Paulus vicesimo nono ad edictum adnotavit, l. *quod si* 3. §. *ult. l. 4. ff. b. t.* non ita, ut constitutus cum effectu maturius conveniri posset; sic enim durior foret accessoria obligatio, quam principalis, contra l. *Grace* 8. §. *illud* 7. *ff. de fidejuss.* sed magis, ut tunc demum, cum appositus obligationi principalis dies extiterit, ex constituto cum eo agatur: eo quod ex eodem Paulo in iisdem ad edictum libris discimus, id quod sub conditione debetur, sive pure sive certo die constituitur, eadem conditione suspendi; ut, existente conditione, teneatur; deficiente, utraque actio deperat, l. *id, quod sub* 19. *pr. ff. b. t.*

7. Simili ratione, si centum debens, ducenta constituat, in centum tantum tenebitur, quia ea pecunia debita est, & quod supra eam quantitatem solutum ex constituto fuerit, condici posset tanquam indebitum; nisi sciens prudensque plus constitui set & solvisset, quia tunc ratione ejus, quod principale debitum excedit, non alia quam donationis conjectura capi potest, l. *hactenus* 11. §. 1. *ff. b. t. junct. l. cujus per errorem* 53. *ff. de reg. juris, l. Campanus* 47. *ff. de operis liberor.* Ant. Mattheus de *obligat. disput.* 32. n. 6. Dissent. Zoesius ad *Pand. b. t. n. 10.* Sed &, si decem debeantur, & decem & octiduum quis constituat, potest dici, in decem tantummodo eum teneri, l. *sed et* si 12. *ff. b. t.* Quibus porro & illud consentaneum est, eum, qui & sortem, & usuras quo non debeantur, constituit, in sortem duntaxat ex constituto teneri, l. *hactenus* 11. §. 1. *in fine ff. b. t.* atque ita de usuris ex præcedente obligatione non debitis accipiendum Marcelli responsum in l. *Titus Sejo* 24. *ff. b. t.* uti ex adverso de usuris debitis Scavola in l. *quidem* 26. *ff. b. t.*

8. Quod si is debeat, qui ab hostibus captus est, hoc quoque constitui ab alio, nihil impedit, cum maneat obligatio non obstante captivitate; sive enim captivus postea revertatur, atque ita jure postliminii fingatur in urbe perpetuo fuisse, ipse tempore constituti celebrati debitor erat: sive contra apud hostes decesserit, ex legis Cornelie fitione primo captivitatis momento pro mortuo habitus, etiam ex eo tempore heredes habuisse fingitur, ex captivi, quasi defuncti, capite tunc, cum constituebatur, obligator; sic ut non defuerit eo casu obligatio principalis, l. *hactenus* 11. §. 1. *ff. b. t.* Alia debitoris deportati causa est; pro cuius debito, quod deportatione vetustius est, alius neque constituere neque fidejungere potest; quia tota obligatio contra eum, nec postliminii nec legis Cornelie fitione juvandum, extincta est; bonis ejus omnibus una cum veneribus in faciem transiit, l. *si debitori* 47. *ff. de fidejussoribus.*

9. Ubi ergo in universum deficit principale debitum, non valet constitutum, nec erroneis constitutentis confessio ei necer, l. *eum, qui* 5. §. *quod exigitur* 2. l. *ult. ff. b. t. l. 2. C. b. t. arg. l. si quis,*

*postquam* 37. *ff. de fidejussor.* Ut tamen sufficiat ad constituti validitatem, quod subsuerit principalis obligatio tempore constituti, licet post evanuerit, antequam existeret conditio apposita, vel dies, quo quis constituerat se soluturum; quia retrorsum se hac actio refert; velum, si quis constituerit, se penam ex injuriæ rapinæ aut alterius similis delicti obligatione temporali seu annali debitam soluturum post triennium, aut sub conditione denum post annum existente, l. *item illa* 18. §. *quod adjicitur* 1. *ff. b. t.* Neque etiam requisitum illud principalis debiti impedit, quo minus debitor constituat, se in debiti illius securitatem fidejussores aut pignora daturum, licet ad neutrum ante obstrictus esset, l. *qui autem* 14. §. 1. 2. *ff. b. t.* Et tamen, sortem debens non recte constituit usuras principaliter non debitas, l. *hactenus* 11. §. 1. l. *Titus Sejo* 24. *ff. b. t.* Si quæras, quorsum hæc tam varie meminisse oportet, accessorias obligationes in duriorum quidem causam inutiliter concipi, l. *Grace* 8. §. *illud* 7. *ff. de fidejussor.* duriorum vero causam esse, si quis augeat sortis debitum additamento usurarum, arg. d. l. 11. §. 1. *junct. l. 12. ff. b. t.* Sed jura non intercedere, quominus accessoria obligatio vinculo arctiore aut fortiore, quam principalis, adstringatur; ita fidejussorem vel constitutorem pro debito naturali intervenientem efficaci actione ex stipulatu vel de constituta pecunia ad solutionem compelli posse, dum principalis, qui tantum natura debitor est, nulla potest actione conveniri. Cum ergo per fidejussoris aut pignoris dationem etiam obligatio non augeatur, sed tantum magis in tuto collocetur (uti ex adverso per pignoris remissionem debitum non minuitur, l. 1. §. 1. *ff. de liberat. legata*, arg. l. 1. §. 1. *ff. quibus mod. pig. vel hypoth. solv.*) consequens erat, eum, qui fidejussores aut pignora pro debito principali se daturum constituerat, eo ipso in duriorum causam non esse obligatum; uti quidem obligaretur, qui constitueret non debitas ex negotio principali usuras.

10. Quin & amplius, præsupposito principali debito, necesse non est, ut eidem, cui ab initio debitum, constituitur: nam & id, quod Titio debebatur, Mavio recte constitui ex Titii voluntate, antequam dictum est: & quod Titius sibi aut Mavio dari stipulatus erat, quodve Titio & Mavio tanquam duobus credendi reis promissum erat, soli deinceps Titio constitui, subducta Mavii adjecti vel correi persona, nihil vetat, l. *si vero mihi* 8. *in fin. l. 9. ff. b. t.* adeo ut debitor deinceps adjecto vel alteri credendi reo solvens non liberetur, sed Titio teneatur, repetiturus id, quod adjecto vel correo solvit, per indebiti conditionem; quia loco ejus, cui jam solutum est, is haberi debet, cui constitutum est, d. l. 8. 9. 10. *ff. b. t.* Nec secum pugnat Paulus Jctus in l. *si ita stipulatus sim* 59. *ff. de solution.* cum intersit, utrum debitor constituerit se soli Titio soluturum, an vero, cum prius Titio promississet se Titio aut Mavio soluturum, postea Titio simpliciter constituat, se Titio soluturum; priori enim casu, quo se soli Titio soluturum constituit, revocatum censetur mandatum, de solutione adjecto facienda, & de eo agit d. l. 8. *in fine ff. b. t.* posteriore casu videri non potuit revocatum mandatum, nec, exclusæ adjecti persona ad solutionem recipiendam, sed magis simpliciter repetita in gratiam Titii obli-

gatio, quæ ante suberat, ac soli Titio non autem adjecto fuerat ex prior stipulatione quasita. Sed nec requiritur, ut præcise constituatur, idem solvi, quod debitum est; sed cum forte Stichus aut Pamphilus deberetur, solus Stichus in constitutum deduci potest, *l. illud aut illud 25. ff. b. t.* Et quemadmodum aliud pro alio volenti creditori recte solvitur, ita & aliud pro debito, pro pecunia frumentum, constitui, nihil prohibet, *l. 1. §. an potest 5. ff. b. t.* Aliter quam in fideiussione receptum est; in qua in aliam rem, quam quæ credita est, (veluti in frumentum, cum pecunia deberetur) fideiussor non obligatur, *l. si ita fideiussorem 42. ff. de fideiussoribus*, forte, quia naturalem aequitatem magis in constituto considerari prætor voluit, quam juris civilis apices ac scrupulositates fere nimias, in fideiussione ac stipulationibus generaliter probatas.

11. Ex constituto nascitur honorario jure actio de constituta pecunia, perpetua, licet olim quibusdam casibus annalis esset, *l. 2. C. b. t. competens ei*, cui constitutum est, & heredi, nec non utiliter pupillo, adolescenti, furioso, aut municipio, cujus tutoribus, curatoribus, actoribusve promissum erat ex constituto, quod ipsi erat debitum, *d. l. eum, qui 5. §. si actori 6. ff. b. t.* Contra constituentem & heredem ejus. Si plures constituerint, divisionis beneficio locus est, si unus eorum in solidum conveniatur, exemplo fidejussorum, *l. ult. C. b. t.* Neostadius *Cur. supr. decr. 97.* Nec dubitandum videtur, quin & ad exemplum fidejussionis ac tutelæ administratæ in constituto beneficium cedendarum actionum admittendum sit; uti & ordinis seu excussionis, quoties quis non proprium sed alienum debitum constituit, arg. *novell. 4. c. 1. l. ult. Cod. de dioid. tutela, l. Modestinus 76. ff. de solutionibus*, Pyrrhus Maurus *de fidejussor. partis secunda princip. sect. 6. cap. 3. num. 6. & cap. 5. num. 16.* Andr. Gayl. *lib. 2. observat. 28. n. 1.* Besoldus *delib. juris ad Pand. b. t. numer. 5.* Ant. Faber *C. lib. 4. tit. 13. defin. 1.* Zoësius *ad Pand. b. t. n. 21.* Ant. Matthæus *de obligat. disp. 32. sber. 19. 20.* Perzelus *Cod. b. t. n. qui se pro alia 14.* licet etiam habiturus sit ad fidejussorum similitudinem actionem mandati vel negotiorum gestorum adversus principalem, pro quo constituit, ac satisfecit, arg. *§. si quid autem 6. Instit. de fidejussor. l. ex mandato 20. §. 1. ff. mandati.* Si quis in constituendo dixerit, *a se & Titio dari*, pro parte ditidiam; sin, *a se aut Titio dari*, in solidum tenetur: nullo vero modo obligatur, si impersonaliter (ut loquuntur) dicat, *satisfies, auct. si quando C. b. t.* quamvis aliud in stipulatione servetur; in qua, cum præcedat solemniter interrogatio, facilius etiam verbi istius satisfies applicatio fieri potest, quam ubi interrogatio haud antecessit, ut accedit in constituto, arg. *l. 1. §. si quis ita 2. ff. de verb. obligat.* Groenewegen *ad d. auct. si quando C. b. t.* Perzelus *C. b. t. n. 4.*

12. Agitur autem hac actione ad id, quod constitutum seu promissum est; indultis tamen modicis ad solvendum induciis, non minoribus quam decem dierum, ut exactio celebretur, etiam si sine die constitutum sit, *l. promissor Stichus 21. §. si sine 1. ff. b. t.* ut tamen liberetur constituens, si sine mora aut culpa debitoris res perierit, aut casu impeditum sit facti constituti implementum, *l. qui autem 14.*

*§. sed & si 2. l. si duo 16. §. ergo ff. b. t.* Estque singulare in constituto, quod, si creditor tempore faciendæ solutionis in mora fuerit acceptandi totum debitum oblatum, vel etiam ante aut post diem constituto appositum acceptare recusaverit, nullam habens probabilem recusandi causam, postmodum ultra nequeat hac de constituta pecunia actione experiri, sed sola principalis obligatio ei deinceps supersit; cum aliquin mora prior per posteriorem purgetur, *l. qui duo 16. §. ult. l. 17. l. 18. pr. ff. b. t.* Beulkelman *ad Pandect. b. t. num. 9.* Prætor scilicet sibi visus fuit satis invigilasse ac faviisse tutioni fidei datæ, quam fallere grave putabat, si suo edicto jussisset implementum ejus, & debitor edicto parens, secundum fidem interpositum paratus fuisset promissa præstare; nec amplius deinde post moram creditoris tantum deprehendere potuit æquitatis rationem, ut præter jus civile remedium accommodaret ei, qui propriam debebat mora imputare, quod non haberet, quæ sibi licuerat edicti prætorii beneficio oblata habere: & non potius eundem ad merum remitteret jus civile, quo ante constituti interpositionem adversarium suum sibi tenuerat devinctum. Advertendum enim, nullam constituto novationem fieri, sed obligationi priori aliam ex constituto accedere, & si quis pro alio constituat, adhuc eum, pro quo intervenit, manere obligatum, perinde ut in fideiussione, *l. ubi quis 28. ff. b. t. l. si filiusfamilias 15. ff. de in rem verso, l. curator 3. §. in eum 2. ff. de administ. rer. ad civit. pertinet.* Perzelus *C. b. t. nu. ult. Ant. Matthæus de obligat. disp. 32. num. 12.* Wissenbach *ad Pand. b. t. vol. 1. disp. 27. nu. 1.* Usque adeo, ut ne per intentatam quidem seu contestatam hanc de constituta pecunia actionem, prior obligatio evanescat, sed demum per solutionem, *l. item illa 18. §. ult. ff. b. t.* nec careat competentis beneficio hac conventus actione, quæ ex prior obligatione ad solvendum compulsus eo opposito se potuisset tueri, *l. quod si manius 3. pr. ff. b. t. l. qui id, quod 33. ff. de donationibus.*

13. Quia vero constituto æque ac aliis conventionibus locus addi potest, sive principali debito inveniat appositus, sive non, *l. eum, qui 5. l. si duo 16. §. ff. b. t.* opera pretium fuerit, distinctionibus adhibitis definire, quæ constituti effectus sit, si legatus municipii constituerit quod ante legationem debebat; adeoque, quo tempore, quoque in loco actione hac de constituta pecunia queat conveniri. Aut enim ante legationem Romæ obeundam adhuc in provincia existens, simpliciter constituit, *se soluturum*: aut 2. ante legationem constituit, *se Romæ soluturum*: aut 3. adhuc in provincia subsistens, constituit, *se tempore legationis Romæ soluturum*: aut 4. Romæ legationis causam jam degens simpliciter *se soluturum* constituit sine loci vel temporis adiectione: aut denique 5. Romæ legatione jam fungens, constituit, *se Romæ soluturum*. Primo casu, cum nempe ante legationem simpliciter constituit, *se soluturum*, non potest Romæ legationis tempore conveniri; quia nec id ædum, ut Romæ, nec ut legationis tempore solvat, arg. *l. cum quaritur 3. ff. de legationibus.* Sed nec in secundo casu, quando in provincia constituit *se Romæ soluturum*, legationis causa postea Romæ existens, ibidem tempore legationis hanc pati tenetur actionem, *l. eum, qui 5.*

6. *Julianus 1. in med. ff. b. 1. (ubi pro sed & si, legendum, sed si cum Haloandro & aliis) idque ex ratione, quia nec hic id actum fuit ut legationis tempore solutio fiat; quod exigit d. l. 3. ff. de legationibus. Tertio vero casu, ubi in provincia constituerat, se tempore legationis Roma soluturum, recte legatione durante Romæ ad solutionem compellitur; eo quod id ita nominatum actum erat, d. l. 4. ff. de legat. Quarto casu, quo Romæ tempore legationis simpliciter sine loci aut temporis adiectione constituerat, se soluturum quod in provincia debet, non cogitur Romæ legationis tempore iudicium pati secundum Gajum l. si quis in legatione 8. ff. de iudiciis; iterum, quia id actum non erat, ut legationis tempore satisfaceret, iuxta d. l. 3. ff. de legationibus. Nec ei contrarius est Ulpianus in d. l. cum, qui 5. §. Julianus 1. in pr. ff. b. 1. nam cum ait, legatum Roma constituendum, quod in provincia acceperat, conveniri debet, intelligendus est de legato Romæ constituto, se Romæ soluturum; idque propter oppositum isti casui casum alterum in verbis sequentibus, sed si, cum non Roma esset, sed in provincia adhuc, constituat se Roma soluturum; cum oppositorum eadem esse ratio debeat & eadem qualitates. Non etiam repugnat Papinianus, qui legatum Romæ fideiussorem ait non usum privilegio, l. cum furiosus 39. §. ff. 1. de iudiciis, differentia enim ratio in eo est, quod non ita rigide agendum cum eo fuerit, cum quo ex sola aequitate pratoria actio ex pacto erat, qualis est constituens, atque quidem cum fideiussore, qui ipso jure civili ex contractu stipulationis tenebatur. Quinto denique casu propter expressam conventionem iterum expedita est, legatum scilicet tempore legationis hanc cogendum subire actionem, d. l. 3. ff. de legationibus.*

14. Ceterum hodie constituti & stipulationis eadem vis est, ex quo placuit ex pacto serio prolato actionem dari; unde & pro alio constituens, effectus a fideiussore non differt. Gudelius de jure novis. libr. 3. cap. 11. vers. fideiussores, Groenewegen ad rubr. C. b. 1. parens p. mem. Paulus Voet ad §. 8. Instit. de action. num. 5.

## TITULUS VI.

## Commodati vel contra.

## SUMMARIUM.

1. *Quomodo commodatum differat a precario, locatione, usufructu, usu, pignore cum pacto antichresios. Quales res commodato dari possint? an aliena, furiosa, vi possessa?*
2. *Quid sit directa actio commodati? datur & furi ac prædones. Quid si cum his concurrat verus dominus? Quid, si quis rem alienam commodato dederit ea lege, ut illa domino reddatur?*
3. *Datur contra commodatarium. An, & quatenus contra pupillum, qui sine tutore commodatum accepit? An & quando singuli in solidum, aut pro parte, conveniri possint, si plures sint commodatarii, vel plures unius commodatarii beredes?*
4. *Ad quid teneatur commodatarius? Quid si res perierit aut deterior sit reddita, quam culpam præstet? Quid si orto incendio, aut casu alio,*

*cum posset commodatas res salvas facere, suas præstulerit? Quid si is, qui tricinium sternerbat, argentum commodaverit, & id negligentius a commodatario custoditum perierit?*

5. *Non tenetur de casu fortuito. Casus fortuitus & tunc est, cum res deterior sit ipso illo usu, ad quem concessa; vel facto tertii; nisi ipse potuisset rem custodire; vel ipse sua culpa tertium concitaverit; vel factum commodatarii sit.*
6. *An commodatarius teneatur commodatarii ex culpa nuntii, per quem commodatum restituit?*
7. *Cessat directa actio, si commodans culpam remiserit, vel deteriorem receperit sine protestatione, cum deterioratio patens esset.*
8. *Contraria commodati actio ad quid tendat? si commodatarius ob rem amissam præstiterit estimationem ejus, & postea res in potestatem commodantis redierit, an res an estimatio reddenda sit, & cui hic electio competat?*
9. *Petitur & id quod interest, usum ante tempus non esse ablatum, licet commodans doceat, se re ex nova causa ad proprios usus indigere. Quando fieri possit repetitio commodati, si illud sine modi & temporis adiectione concessum sit?*
10. *Jure compensationis commodatarius consequi potest quod contrario petitur iudicio, si termini habiles compensationis sint. An corpora ipsa commodata retineri possint, donec impensa in ea facta restituta fuerint, jure civili & bodierno?*

1. **C**ommodatum est contractus bonæ fidei, re constans, quo res alteri gratis ad certum tempus & modum utenda traditur ea lege, ut finito tempore vel usu, restitatur in specie. In precario quidem, & locatione, & usufructu, & usu & pignore cum pacto antichresios, rem etiam ad usum concedi potest; sed diversimode, dum in locatione & antichresi non gratis, in precario non ad certum tempus, in usufructu non per contractum tantum, sed & per ultimam voluntatem & legis dispositionem, alteri tribuitur utendi jus. Commodato autem dari possunt res mobiles, immobiles, incorporales, velut habitatio, l. 1. §. 1. ff. b. 1. & prædiales servitutes, arg. l. veluti 3. & l. bebet 15. §. precario 2. ff. de precario. Adde l. de usu & habit. num. 6. Non tamen res fungibiles, quæ usu consumuntur, nisi dicis gratia, ad pompam forte vel ostentationem, l. sed mihi videtur 3. §. ult. l. 4. ff. b. 1. De cetero nihil interest, an propriæ sint ejus qui commodato concedit, an alienæ; cum enim dominium non transeat ex commodato, sed sola naturalis possessio seu detentio & usus, l. rei commodata 8. l. 9. ff. b. 1. sequitur, non modo dominos, sed & fructuarios, & alios quosvis, qui rei utendæ jus habent, nec usum istum in alios transferre legibus prohibentur, posse commodato dare; sic ut nec verus dominus tunc usum istum avocare queat, quamdiu durat concedentis jus, arg. l. arboribus 12. §. usufructuarius 2. ff. de usufructu & quemad. quis utat. Plane prædones etiam ac fures posse rem furtivam aut vi raptam aliis commodare, dubium non est, at non ita, ut domino præjudicent, quo minus ille ante tempus vel usum finitum rem suam vindicet, quin & furti actionem aut conditionem furtivam commodatario moveat, si is, sciens rem furtivam esse, eandem ex commo-

dati titulo suscepit ac contractavit, *l. si servus* 14. *l. 15. l. 16. ff. b. i.*

2. Nascitur ex hoc contractu commodati actio directa & contraria. Directa datur commodanti, etiam furi vel prædoni: tametsi enim his pœnalis furti actio, meram pœnæ persecutionem continens, denegata est, ne ex sua improbitate lucrum sentiant, *l. itaque* 12. §. 1. *ff. de furtis*, tamen hæc rei persecutoria danda fuit; cum eorum intersit rem sibi restitui, quo suis eam dominis reddant, *d. l. 14. & l. 16. ff. b. i.* Nisi cum ipsis, hæc commodati actione agentibus, verus concurrat rei dominus rem suam vindicans; nam cum non alia de causa prædonibus hæc commodati actio detur, quam ut tandem eorum opera ad dominum res furtiva revertatur, his nullum jus in re habentibus, & ad rem ipsi domino reddendam devinctis, dominum vindicatione concurrentem postponi, iniquum foret, arg. *l. bona fides* 31. §. 1. *ff. depositi*. Quod si quis rem alienam ea lege commodato dederit, ut non sibi sed vero rei domino restitueretur, jure quidem stricto nulla inde commodati actio domino rei nasci potuit; ob æquitatis tamen rationem, quæ rem domino reddi suadet, utilis concessa est, *l. pen. C. ad exhibendum*.

3. Convenitur hac actione directa commodatarius, & heres ejus: etiam pupillus, si tutore auctore commodatum receperit: etenim, si tutoris defuerit auctoritas, commodati actione non tenetur, quoniam ita nec constitit commodatum in pupilli persona, nisi quatenus inde locupletior factus est, secundum D. Pii rescriptum, *l. i. §. ult. l. 3. pr. ff. b. i.* usque adeo, ut, etiamsi pubes factus dolum aut culpam admiserit, hac actione conveniri nequeat, quia ab initio non constitit, *d. l. i. §. ult. in fine ff. b. i.* Unde tamen perperam educitur, nullam ergo ob dolum post pubertatem commissum actionem dari. Cum enim inficias iri nequeat, quin post pubertatem ita rem sine titulo justo tenens, nec domino restituens, pro possessore possideat, dubium vix esse potest, quin, si rem ita commodatam dolo malo possidere desierit, ad exhibendum actione & rei vindicatione conveniri possit, dum dolum pro possessione est, *l. in autem* 37. §. *sed & it* 3. *ff. de rei vind. l. Celsus scribit* 5. §. *idem Julianus* 2. *l. si vir* 11. *ff. ad exhibendum*. *l. qui dolo* 131. *l. ad ea, qua* 157. §. 1. *ff. de reg. jur. sed & ex lege Aquilia*, si dolo vel culpa reddiderit deteriorē, arg. *l. si quis hominem* 17. *ff. ad exhibendum*, cum ætas minores legis Aquiliæ actioni non subducatur, uti nec aliis ex delicto descendentibus, sed ad id unum proficere possit, ut restituantur, si ex ea lege conventi sese dupli pœnæ per inficiationem reddiderint obnoxios, *l. si ex causa* 9. §. *nunc videndum* 2. *ff. de minorib. viginti quinque ann.* Si pluribus simul res commodata sit, contra singulos in solidum actio hæc datur, nisi aliud ab initio placuerit; uti placuit, dum convenit, ut res esset commodata pluribus communi periculo, id est, ut unusquisque partem præstaret, *l. rem mihi* 21. §. 1. *ff. b. i.* Pacius enant. *cent. 4. num. 41.* Tali ergo deficiente conventionē, singuli in solidum obstricti sunt, sic ut duo quodammodo rei habeantur, & si alter conventus præstiterit, liberetur alter electione commodanti tributa, quem convenire velit, *l. vi, ut certo* 5. §. *ult. ff. b. i. junct. l. in duobus* 3. *l. reos promittendi* 11. *ff. de duob. reis constituend.*

Cujacius lib. 26. observ. 26. nisi unus solus pro re commodata, sibi furto subducta, furti egerit, permittente secundum jus novissimum commodante & furti actioni renunciante: tunc enim, si alter conveniatur, qui furti non egit, & paratus sit periculo suo conveniri alterum, qui furti agendo lucrum sensit ex re commodata, audiendus ac absolvendus est, *l. unde quaritur* 7. *pr. ff. b. i.* Quin &, si unus ex duobus ejusdem rei commodataris solus rei in solidum restituendæ facultatem habeat, alterum de rei ipsius restitutione conveniri, æquum non est: nam & cum plures ejusdem commodatarii heredes sunt, unus autem eorum rem totam possidet, atque ita solidæ rei restituendæ facultatem habet, solus in id damnari debet, quasi hoc boni judicis arbitrio conveniat; uti & tunc, cum unus eorum non ex defuncti, sed proprio facto, hac actione interpellatur: licet alioquin ita jus sit, ut heredes ejus, qui commodatum accepit, singuli pro ea tantum parte, qua heredes sunt, conveniendi sint, *l. sed mihi* 3. §. *heredes* 3. *l. in commodato* 17. §. *si ex facto* 2. *ff. b. i.* Quod si filiofamilias aut servo commodatam sit, contra patrem vel dominum de peculio actio est; cum ipso filio. etiam hæc commodati, *l. sed mihi* 3. §. *filiof.* 4. *ff. b. i.*

4. Tendit hæc actio directa ad id, ut restituantur res commodatæ cum accessionibus; adeo ut, si e- quum tibi commodato dedi, quam pullus comitabatur, etiam pulli te custodiam præstare, atque ita eum quoque cum equa reddere debere obtinuerit, *l. si, ut certo* 5. §. *usque adeo* 9. *ff. b. i.* Non tamen ad furti pœnam, si commodatarius furtum in re commodata passus, duplum aut quadruplum a fure per actionem furti consecutus sit, *l. ult. §. sed cum* 3. *Cod. de furtis & servo corrup.* Duabus rebus commodatis, recte de una restituenda agitur, si modo commode separari possint: nam eum, qui carrucam vel lecticam commodavit, non recte de singulis partibus æsurum, responsum est, *l. in commodato* 17. §. *pen. ff. b. i.* Si res perierit, præstanda æstimatio ejus; adeo ut ob dolum commodataril non restituentis etiam in litem jusjurandum deferri possit, *l. sed mihi* 3. §. *in hac* 2. *ff. b. i.* ob culpam nudæ æstimationis, & ejus quod interest, condemnatio sequatur, *l. in commodato* 17. §. *ult. ff. b. i.* quod & placuit, si res deterior reddita sit, *d. l. sed mihi* 3. §. *si reddita* 1. *ff. b. i.* aut alio, quam convento loco & tempore restituatur, *d. l. si, ut certo* 5. *pr. ff. b. i.* Culpam sane omnem a commodatario ex commodati natura præstari oportet, nisi aliud æctum sit: aut nisi contrahentis utriusque, vel solius commodantis utilitas in commodato vertatur: tunc enim illo quidem casu de sola levi, hoc vero de sola lata culpa ac dolo commodatarium teneri, certum est, & exemplis docetur in *l. si, ut certo* 5. §. *nunc videndum* 2. & *interdum* 10. *l. in rebus* 18. *ff. b. i.* §. 2. *Intr. quib. mod. re contrab. obligat.* Culpæ vero & illud adscribendum est, si quis, cum & propriis & commodatis rebus a vi latronum, incendio, ruina, naufragio, tumultu, dampnum immineret, ac posset res commodatas salvas facere, suas præstulerit, *l. si, ut certo* 5. §. *quod vero senatus* 4. *ff. b. i.* arg. *l. tutor secundum* 13. §. 1. *ff. de admin. & peric. tut.* non enim salva fide minorem rebus alienis suæ fidei commissis, veluti depositis multoque magis



commodatis, diligentiam quis præstat, quam suis, *l. quod Nerva 32. ff. de positi, cap. 2. extra de deposito. Imo, in commodatis commodatarius exactiorem præstare debere diligentiam, quam in suis, Paulus notat, l. custodiam 5. ff. de peric. & comm. rei vend. Cumque inter magis & minus pretiosas lex non distinguat, nec nostrum erit in hisce distinctionem adhibere. Ant. Matthæus de obligat. disput. 10. num. 15. diss. Loesius ad Pand. b. t. num. 12. Wissenbach. ad Pand. t. depositi, vol. 1. disp. 31. num. 26. Sed & culpa merito adnumeraveris, si per negligentem rei commodatæ custodiam res illa perierit; etiamsi ipse commodans circa applicandum rei commodatæ usum suam ipse commodatario operam ac ministerium præstitisset. Qua ratione in nobili facti specie ab Ulpiano responsum fuit, si de me petisses, ut triclinium tibi sternerem, & argentum ad ministerium præberem, & fecero; deinde petisses, ut idem sequenti die facerem, & cum commode argentum domi referre non possem, ibi hoc reliquero & perierit, custodiam eum debere præstare penes quem res reliquæ erant, nisi aliud nominatim convenierit, *l. si, ut certo 5. ff. de me 14. ff. b. t.**

5. Casum fortuitum in re aliena uti nemo ex contractu præstare solet, ita nec commodatarius, nisi ita convenierit; vel forte rem æstimatam commodato receperit ea lege, ut aut rem commodatam restitueret, aut æstimatorem ejus; vel culpa quædam commodatarii præcesserit, quæ casui subsecuta causam dedit, *d. l. 5. §. 3. 4. 7. ff. b. t. d. §. 2. Inst. quib. mod. re contrah. oblig. l. 1. C. b. t.* Accendendum autem casui fortuito tum illud, quod res deterior reddita sit ex eo usu, ad quem concessa; cum sit, quod sibi imputet commodans, quod verbigratia equum in tam longum iter commodaverit, qui eum laborem sine deterioratione sustinere non potuit, *l. eum, qui 10. pr. l. ult. ff. b. t.* tum etiam factum tertii, dum is forte rem commodatam citra commodatarii culpam nullo jure retinet; veluti si res ad id commodata sit, ut per commodatarium pignori daretur creditori ejus, & creditor repignorationem seu lutionem pignoris non patiat, quo posset commodanti restitui, vel debito jam soluto reddere detrectet; tunc enim commodatarius liberari potest cedendo suas actiones commodanti contra creditorem, commodatum tenentem: ita tamen, ut sumtum istius litis, cæteraque impendia similia agnoscere debeat, qui commodatum accepit, *l. si, ut certo 5. §. rem sibi dedi 12. ff. b. t.* Sed & si tertius rem commodatam corruerit ac deteriore reddiderit, non commodatarii sed commodantis domini damnum est, nisi commodatarius ipse rem potuisset custodire, ne damnum ei per tertium inferretur, *l. ad eos 19. ff. b. t. junct. l. sed de damno 41. ff. locati, l. si ut certo 5. §. si me rogaveris 13. ff. b. t.* (ad quam vide Ant. Fabrum in rational.) vel nisi ipse sua culpa aut imprudentia præbuerit tertio damni dandi occasionem, arg. *l. lictor 12. l. 13. l. 14. ff. de peric. & commodo rei vend. l. si merces 25. §. culpe 4. ff. locati.* Adde *l. de leg. Aquil.* vel denique ex pluribus commodataris unus damnum rei commodatæ intulerit; ex illo enim unus facto non eum solum, sed & reliquos teneri placuit, regressum habituros, actione sibi per commodantem cessa, adversus eum, qui damnum dedit, *l. unde queritur 7. §.*

*Voet ad Pandect. Tom. III.*

1. *ff. b. t.* quia plures ejusdem rei commodatarii quodammodo correi habentur, *l. si, ut certo 5. §. ult. ff. b. t.* factum autem unius correi alteri nocet, *l. pen. ff. de duob. reis constituendis.*

6. Unde dubitatum, an & ex culpa nuncii per quem commodati restitutum fit, commodatarius commodanti teneatur? Si ipse nuncii operam elegerit, vel alius sese mandato commodantis de re recipienda instructum finxerit, & commodatarius nimis credulo persuaserit, est quod commodatarius suæ imprudentiæ in eligendo nuncii ministerio, vel credulitati nimis imputet, si alter corruerit rem, aut cum ea in fugam sese dederit; etsi forte is vere commodantis famulus, aut aliter ei a ministeriis fuisset, vel etiam gratia commonendi, ut referretur res commodata, missus esset. Si vero commodans mandaverit, per quem res a commodatario remittenda sit, periculum omne commodantis foret, *l. eum, qui 10. §. 1. l. 11. l. 12. pr. & §. 1. ff. b. t. arg. l. unic. §. servi vero 5. ff. furii adversus navas, l. apud Labonem 20. §. ult. ff. de prescript. verbis, l. cuicumque 5. §. idem Labeo 9. ff. de insitior. acti.* Plane, si quis rem sibi commodatam tam idoneo servo suo, vel commodantis, tradidisset ad commodantem perferendam, ut non debuerit quis æstimare, futurum, ut a quibusdam malis hominibus deciperetur, non commodatarii, sed commodantis detrimentum fore, si eam mali homines intercepissent, Juliano placuit, *l. argentum 20. ff. b. t. arg. d. l. 20. §. ult. ff. de prescriptis verbis,* si modo perferentis ipsius malitia aut culpa notabilis conjuncta non sit, Vide Berlichium conclus. practicab. part. 5. concl. 58. n. 25. 26. 27. Gomezium var. resol. tom. 2. cap. 7. n. 3. Carpovium defin. for. part. 5. consil. 41. defin. 12. 13. Zoesium ad Pand. b. t. n. 13. Ant. Matthæum de oblig. disput. 10. n. 14. Responsa Jurisc. Holland. part. 2. consil. 32.

7. Cessat tamen hæc actio, si commodato dans culpam in re commodata commissam remiserit: quam & tacite remisisse præsumendus est, si rem commodatam culpa commodatarii deterioratam receperit sine deteriorationis æstimatone, nec de eo protestatus sit: dummodo deprecatio patens fuerit, atque adeo potuerit recipienti nota esse: secus, si latens: argumento eorum, quæ de latente vel patente vitio tractantur, *t. ff. ad licti. edito,* Anton. Matthæus de obligat. d. disput. 10. n. 11. Wissenbach ad Pand. b. t. vol. 1. disput. 27. n. 13.

8. Contraria commodati actio commodatario datur, adversus commodantem ad id, quod ei abest ex vitio rei commodata, dum servus, qui fur erat, aut doliæ mucida, quibus vinum corruptum, a sciente ad usum concessa sunt, *l. in commodato 17. §. sicut 3. l. in rebus 18. §. item qui sciens 3. l. pen. ff. b. t. l. sed adder 19. §. 1. in fuge ff. locati.* Confer Hug. Grotium manud. ad jurispr. Holland. lib. 3. cap. 9. n. 17. & seqq. Ut & ad impensas graviores in rem commodatam factas non modicas; quippe quas cum usu commodatarius pensare, & ipse ferre debet, *d. l. in rebus 18. §. porunt 2. ff. b. t.* Præterea ad pretium recuperandum, quod commodatarius commodanti rei amisse loco præstiterat, si ea postmodum in commodantis reversa sit potestatem; aut ad rem ipsam velut ex titulo emptionis tradendam; cum litis æstimatio similis sit emptioni, *l. in commodato 17.*

§. ult. ff. b. t. junct. l. *litis aestimatio* 3. ff. pro em-  
tore, sic ut ipsius commodantis, hac actione alter-  
nati instituta conventi, electio sit, utrum rem  
commodatario præstare malit, an id, quod accepit,  
reddere d. l. 17. §. ult. Ut tamen in commodatarii  
potestate sit hanc commodati tollere eligendi facul-  
tatem, dum non hac, sed aliis actionibus a jure si-  
bi concessis, adversus commodantem experitur. Cum  
enim rei commodatæ pretium post rem ad commo-  
dantem reversam sine causa penes eum sit, secun-  
dum jus commune patet commodatario conditio si-  
ne causa, non ad rem, sed pretium datum recu-  
perandum, l. si fullo 2. ff. de condit. sine causa.  
Rursus, cum litis aestimatio secundum jam dicta em-  
tionis similis sit, sic ut oblatam litis aestimationem  
excipiens, rem offerentis faciat, velut emtione trans-  
latam, l. si ut certo 5. §. si quis hac 1. ff. b. t.  
utili rei vindicatione commodatario adversus com-  
modantem experiendi potestas est, qua mota, non  
facile is audiendus est, si non rem, sed pecuniam,  
restituere velit, arg. l. si culpa 63. ff. de rei vindic.  
junct. l. indi possit 12. ff. de re judicata.

9. Comparata denique etiam est hæc actio contra-  
ria ad persequendum a commodante, id, quod inter-  
est commodatarii, si usus ei ante tempus sit abla-  
tus, sive ab ipso commodante, sive ab extraneo,  
dum forte res aliena commodato data est sine do-  
mini voluntate, & is jure domini sibi vindicavit  
usum rei suæ, arg. l. si in lege 24. §. colorat 4. ff.  
locati, l. in commodato 17. §. sicut 3. ff. b. t. Nec  
commodantem, ante tempus aut usum finitum rem  
commodatam auferentem, excusat quod doceat, se  
re commodata ante tempus contractu definitum ex  
inopinata causa proprios in usus indigere. Id enim  
etsi in locatione probatum sit, l. ade quam 3. C. de  
locato, ad commodatum tamen trahendum non est:  
cum conductor, usu carens, mercedem vicissim reti-  
neat, atque ita levius damnum sentiat; at commo-  
datarius per ablatum maturius gratuitum rei usum  
graviolem esset subiturus lationem; ut proinde dispar  
ratio sit. Quod si ita res commodato concessa sit,  
ut neque modus, neque tempus certum, a commo-  
dante adiceretur, ipse postea modum finemque uten-  
di sua voluntate constituere non potest; sed potius  
arbitrio judicis aut viri boni definiendum, quo usque  
usus commodatarius ex æquitate relinquendus sit;  
neque enim permittendum videtur comodanti, ut  
intempestive auferat rei commodatæ usum, atque ita  
eveniat, decipi potius commodatarium, quam adju-  
vari beneficio commodati. Unde, si pugillares mihi  
commodasti, ut debitor mihi caveret, non recte facies  
importune repetendo; & si feceris, contrario  
mihi judicio utiliter devinctus fores: nam si negas-  
ses, vel emissem, vel testes adhibuissem. Idemque  
est, si ad insulam fulciendam tigna commodasti,  
deinde protraxisti, d. l. in commodato 17. §. sicut  
5. ff. b. t. l. Lucius Titius 38. ff. mandati.

10. Ceterum hæc omnia, quæ commodatarius con-  
trario petit judicio, etiam jure compensationis sibi  
servare potest, si vicissim ob damnum, in re com-  
modata datum, commodanti quid debeat, atque ita  
inveniantur termini habiles compensationis, debita  
utriusque quantitate, l. in rebus 18. §. ult. ff. b. t.  
Quamvis corporum ipsorum commodato concessorum  
retentionem exercere, & ita prætenu debiti restitui-

tionem commodati recusare non possit, l. ult. C. b.  
t. Ipsi enim olim jurisconsultis placuerit, pro im-  
pensis in rem commodatam factis, præcipue neces-  
sariis, commodatario competere rei ipsius retentionem,  
re quasi pignoris loco apud eum remanente donec  
impensa redderentur, l. creditoris 15. §. ult. l. si is,  
qui rem 59. ff. de furtis, eo modo, quo & dotis re-  
tentiones olim marito data pro impensis in do-  
tem factis, §. item si de dote 37. Instit. de action.  
l. un. §. sacras 5. C. de rei usor. act. & creditori  
retentio pignoris, si quid in ejus conservationem ne-  
cessario depensum esset, l. si necessarias 8. ff. de pi-  
gnorat. act. bona etiam fidei possessori, aliisque pignori-  
bus postea tamen Imperatoribus Diocletiano & Ma-  
ximiano æquius justiusque visum fuit, prætextu cu-  
juscunque debiti, absque ulla distinctione, restitutione-  
nem commodati non probabiliter recusari, atque adeo  
sufficere commodatario oportere contrariam com-  
modati actionem, d. l. ult. Cod. b. t. Et sane per-  
quam durum fuerit, commodanti, qui per commodati  
concessionem beneficium commodatario præstare  
intelligitur (juxta l. 17. §. 3. ff. b. t.) hanc referri  
beneficii accepti gratiam, ut quisito impensarum fa-  
ctarum colore defraudaretur in posterum rerum suarum  
fruitione per retentionem ab eo factam, cui ul-  
terius utendi jus non est. Quia & quæ rationes pro  
eo adducuntur, ne in deposito compensatio admitta-  
tur, etiam pro retentionis exclusionem in causa com-  
modati stringant, dum non minus, imo magis fidem  
frangit, qui accepto ac finito beneficio non reddit,  
quod se restitutum promiserat, uti id in commo-  
dato contingeret, quam qui nullo accepto beneficio,  
sed potius præstito officio, declinat rei ex conven-  
tione reddenda restitutionem; quod in deposito fieret.  
Interim non desunt, qui putant, adhuc jure pos-  
teriori salvam esse commodatario, pro impensis ne-  
cessariis retentionem commodati; & accipiant d. l.  
ult. C. b. t. de debito extraneo; quod non occasio-  
ne commodati, sed alia ex causa natum est; nec  
contrario commodati judicio exigi potest, uti post  
alios Vinnius relect. quart. libr. 1. cap. 51. in med.  
Sed vix est, ut verbis sine distinctione positæ ea  
restrictio satis apte applicetur: præsertim considera-  
ta superius allegata ratione apparentis in commoda-  
ti retentione iniquitatis. Plane hodiernis moribus  
commodatarium prætenu non modo impensarum in  
rem commodatam factarum, sed & debiti cujuscunque  
alterius velamento rem commodatam retinere  
posse, dubium non est, dum adhibita judiciali au-  
thoritate cuique liberum est rem debitoris, quam pos-  
sidet, sub se sistere ac penes se includere, quo aliud  
sibi debitum ab eo consequatur. Quamvis & verum  
sit, commodantem interposita cautione impetrare pos-  
se arresti laxationem, & rei commodatæ restitutio-  
nem, Groenewegen ad l. ult. C. b. t.

## TITULUS VII.

### De Pignoratitia actione.

#### SUMMARIA.

1. Quotplex sit pignus, & quid sit contractus pigno-  
rit, quando expresso emtionis titulo tamen vero  
pignus sit? quæ actiones inde nascantur?

2. Cui datur directa pignoratitia, an & furi vel prae-  
doni, qui rem alienam pignori dedit?
3. Contra quos datur? an primo debitori contra se-  
cundum creditorem, cui pignus pignori datum?  
Quid si plures creditores simul pignus suscep-  
erint, et plures unius creditoris heredes convenien-  
di sint?
4. Tendit ad restitutionem pignoris & accessionum.  
Quid si thesaurum invenerit in fundo pignorado?  
quid si pignoris surrepti furum passus aut vim  
mutatus, panem consecutus sit? Quid si pignus  
distraxerit, & pretium superfluum favori collo-  
caverit, aut inde rem aliam emerit?
5. Prastanda per creditorem lata & levis culpa, non  
casus. An levisissima, uti in commodato? Cui hic  
incumbat onus probandi culpam & casum?
6. Ut locus sit huic actioni, totum debi-um debet so-  
lutum esse, aut eo nomine satisfactum. Quid si  
plures unius debitoris aut creditoris heredes sint,  
& singuli solutores vel singulis soluta sit sua pars?  
An sorte soluta, pignus pro usuris necdum solutis  
retineri possit?
7. Plenus adstruitur, juri luendi pignoris non posse  
prescribi ullo tempore.
8. Recensentur casus, quibus pignoratitia directa da-  
tur, licet creditori necdum solutum aut satisfa-  
ctum sit.
9. Cogi non potest creditor ut pignus vendat, licet nunc  
pluris vendi possit, quam antequam postea, sed ven-  
dit tunc debitor; & si creditor tunc patitur,  
rem emtori tradit & sibi de debito solvendo caveri,  
humanitatis id potius quam necessitatis est.
10. Quid sit actio contraria pignoratitia? de impensis  
necessariis & utilibus repetendis, & pignore pro  
necessariis retinendo. De damno, quod creditor  
ex pignore passus est, reparando; & prastando  
eo quod interest ex variis causis.
11. Actio pignoratitia directa & contraria etiam in  
hypothecis locum habet, ex quo creditor per ac-  
tionem hypothecariam nactus est hypotheca por-  
tionem.

3. **Q**uintuplex in jure nostro pignus occurrit, puta, conventionale, legale, pratorium, judicia-  
le, ac testamentarium. Conventionale vel  
mediante traditione contrahitur, vel nuda conven-  
tione seu pacto per pratore confirmato, l. 1. ff. b.  
t. Quod traditione perficitur, est contractus bonae  
fidei re constans, quo creditori res traditur in secu-  
ritatem crediti, ea lege, ut soluto debito, vel alia  
satisfactione interveniente, eadem in specie restituat-  
ur; uti plenius tradunt interpretes ad §. ult. Insti-  
tut. mod. re contrah. obligatio, qualis contractus pi-  
gnoris, licet subinde per contrahentes valetur emtio-  
nis titulo vel donationis in solutum, non tamen ideo  
minus pignus manet, quoties circumstantiae concu-  
rentes id suadent, ut Responsum ab Hugone Grotio  
Resp. Juris. Holl. part. 3. vol. 2. consil. 177. Cum  
autem hoc loco pignus non consideretur, quatenus  
inde nasci solet creditori jus in re & actio hypothe-  
caria, sed tantum tanquam causa actiones in perso-  
nam, pignoratitiae scilicet directae & contrariae; con-  
tractum erit, omnem de pignoribus & hypothecis tra-  
ditionem rejicere in librum vicestimum Pandecta-  
rum, velut propriam istius materiae sedem, nec aliud

hoc loco excutere, praeter ipsam personalem, tum  
directam tum contrariam, pignoratitiam actionem.

2. Directa actio pignoratitia est personalis, bonae  
fidei, competens debitori, & generaliter ei, qui pi-  
gnus dedit, sive pro suo debito, sive pro alieno;  
cum unusquisque non modo personam suam fideju-  
bendo, sed & res suas pignoris jure pro alieno pos-  
sit debito devincire, l. item quaeritur 13. §. ult. ff.  
locati arg. ult. §. 1. ff. ad senatusc. Vellejan. Nec  
refert, an dominus sit, qui pignus dedit, an emphy-  
teuta, vel superficiarius, vel fructuarius, vel creditor  
qui pignus pignori dedit, vel qualiscunque alius, qui  
jus in re tale habet, quod non respuit pignoratitio-  
nem, arg. l. tutor 16. §. ult. l. 17. ff. b. t. l. si it,  
qui bona 11. §. usufructus 2. ff. de pignorat. & by-  
pot. Quid quod & ei haec actio danda est, qui rem  
prorsus alienam pignori dedit, & ita accipientem ad  
restituendum obligavit; sive ex consensu aut rati-  
habitatione domini pro proprio vel tertii debito rem  
obligaverit, arg. l. aliena res 20. ff. b. t. sive pro  
debito ipsius domini, tanquam procurator ejus, man-  
dato instructus, l. stultum 11. §. ult. l. 12. ff. b. t.  
sive denique tanquam far aut prado rem alienam  
possederit, & pignori dederit, etsi enim fur aut pra-  
do jure pignoris rem furtivam cum effectu nequeat  
creditori devinctam efficere; quia tamen ejus inter-  
est, eam sibi reddi, ut domino restituat, repetitio-  
nem ei per hanc actionem dari aequum fuit, l. si pi-  
gnore 22. §. si prado 2. ff. b. t. arg. l. commodare  
15. l. 16. ff. commodati.

3. Agendum hac actione contra creditorem, qui  
pignus ex contractu suscepit; quive illud accepit,  
quasi nummos daturus, si forte postea numerati non  
sint; vel conditio debiti, pro quo pignus datum, de-  
fecerit, atque ita nunquam vere creditor factus sit,  
l. solutum 11. §. si quasi 2. ff. b. t. Adhuc contra  
tutorem, caratorem, procuratorem, cui in domini  
mandantis, aut pupilli, vel adulti securitatem pignus  
obligatum est, d. l. solutum 11. §. per liberam 8. ff.  
b. t. Contra dominum quoque vel patrem, cujus ser-  
vo aut filiofamilias peculiari nomine pignus tradi-  
tum, l. si creditor 28. §. 1. ff. b. t. arg. l. sed mihi  
3. §. si filiofamilias 4. & 5. ff. commodati. Non  
tamen contra fidejussorem, cum forte praedictis & pra-  
dibus per debitorem cautum esset, si fidejussor pi-  
gnora vel hypothecas suscepit, atque ita pecuniam  
solverit; sed potius cum eo mandati\* judicium est,  
l. fidejussor 2. ff. de pignor. & hypoth. Non etiam  
primo debitori contra secundum creditorem, si pi-  
gnus pignori datum popas, ac primum debitorem suo  
creditori, quod debet, exsolvisse: nisi debitori pri-  
mo per creditorem primum pignoratitia actio contra  
creditorem secundum cessa sit; eo quod alioquin in-  
ter primum debitorem & secundum creditorem nul-  
lus contractus intercessit: sed magis primo debitori  
contra primum creditorem pignoratitia danda foret;  
vel etiam ad exhibendum actio, ad id, ut is rem a  
pignoris vinculo liberatam restituat, arg. l. petenti  
27. in fine, l. si, cum venderet 13. ff. b. t. contra  
secundum autem rei vindicatio, vel Publiciana, alia-  
ve similis, quae secundum jus commune contra ter-  
tios possessores competere solet ex jure in re, arg.  
d. l. 13. ff. b. t. Eoque Papinianum respicere puto,  
cum in l. debitor 40. §. ult. ff. b. t. scripsit, si me-  
dio tempore pignus creditor pignori dederit, domi-

no solvente pecuniam, quam debuit, *secundi pignoris retentionem non relinquit*, isti scilicet secundo creditori, qui jus omne suum ex primi creditoris jam dimissi jure metiri debebat, ac propterea post resolutionem jus primi creditoris tanquam iniquius rei pignoratæ possessor, rei vindicatione per dominum rei pignoratæ conventus, nullo ulterius se potest retentionis jure tueri. Si plures simul eodem pro debito pignus susceperint, ex aplo commodati contra singulos in solidum actio videtur danda; cum & hic duo quodammodo rei intelligantur, nisi aliud actum sit, arg. l. si, ut certo 5. §. ult. in fine ff. commodati, junct. l. rem mihi 21. §. 1. ff. eod. t. Nec contradicit Paulus l. a ienares. 20. §. 1. ff. b. t. cum tantum de jure pignoris & plurium creditorum ad illud concursu, non hac pignoratitia, tractet, eoque sensu asserat, aequale omnium, quibus res simul pignori data est, causam esse. Contra plures creditoris unius heredes actio non nisi pro rata parte datur, qua quisque heres est; nisi unus solus restituenda rei facultatem habeat; vel non ex defuncti sed proprio facto conveniatur, arg. l. sed mihi 3. §. heres 3. l. in commodato 17. §. si ex facto 2. ff. commodati. Addit t. commodati num. 5.

4. Competit hæc actio ad id, ut creditor restituat pignus, una cum fructibus, etsi prædo agat, l. si pignore 22. §. si prædo 2. ff. b. t. (nisi pactum antichresios sit interpositum, de quo plenius t. de pignor. & hypoib.) nec non accessionibus rei pignoratæ, qualis est alluvio, ususfructus qui accrevit, partus ancillæ pignori obligatæ, & similia, arg. l. si conveneris 18. §. si nuda 1. ff. b. t. l. 1. & tot. t. C. de partu pignoris & omni causa, l. grege 13. l. Paulus 29. §. 1. ff. de pign. & hyp. denique omni eo, quod pignoris occasione ad creditorem pervenit. Unde, si in fundo pignorado thesaurum non data opera invenierit, dimidiæ quidem partis dominium sibi, non qua creditori, sed qua inventor, jure occupationis servat; alteram vero partem, quasi quandam prædii accessionem, reddere compellitur, l. si in, qui in 63. §. ult. ff. de acquir. rer. domin. Et si pignoris intuitu furtum vel metum passus, actione quod metus causa vel furti duplum aut quadruplum, aliamve pœnam similem, consecutus sit, hoc totum deducto solo debito, debitori restituit; si modo ab extraneo furtum metumve passus sit: nam si ab ipso debitore, pœnam lucratur, ne ei suum maleficium alioquin impunitum sit, l. si pignore 22. pr. & §. 1. ff. b. t. l. creditoris 15. pr. l. si debitor 79. ff. de furtis, l. si inter 21. §. ult. ff. de pignor. & hypoib. l. id, quod 74. ff. de solation. Quod si creditor pignus jam distraxerit, etiam in id hæc actio comparata est, ut si vendendo fraudem fecerit, id quod interest debitori præstetur, l. creditor 4. C. de distract. pignor. ac restituatur, quod supra debiti quantitatem ex pignore redactum, una cum usuris, si superfluum creditor scœnori collocaverit, aut in suos usus converterit, aut moram fecerit in restituendo, l. quamvis 6. §. si creditor 1. l. 7. l. eleganter 24. §. si vendideris 2. l. pen. ff. b. t. Nec liberatur suas, quas adversus pignoris emtorem habet, actiones cedendo debitori, aut emtorem ei delegando; cum in venditione, quæ fit ex facto, (vel pacto ut Cujacius) suum creditor negotium gerat, l. pen. ff. b. t. ut tamen debitor petere possit, sibi eas a creditore cedi; sed

ipsius creditoris periculo exercendas, l. eleganter 24. §. si vendideris 2. ff. b. t. nisi nulla creditori culpa possit imputari, quod ab emtore pignoris servari pretium non potuerit; quippe quo casu non creditoris vendentis, sed debitoris id damnum foret, l. quantum 9. ff. de distract. pignor. Plane, si ex superfluo creditor rem comparaverit, ea in pretii locum non subintrat, nec ejus, sed solius pecunie, persecutio debitori datur, ubi aliud actum non est, l. ult. C. de distract. pignor.

5. De cetero non dolum tantum & latam culpam circa rem pignori acceptam, sed & levem, per creditorem oportet præstari; quia utriusque utilitas, tam debitoris, quam creditoris, plerumque hic vertitur, l. contractus quidam 23. ff. de reg. juris l. si ut certo 5. §. nunc videndum 2. ff. commodati, §. ult. Instit. quib. mod. re contrah. oblig. sive omissionis culpa sit; dum sort: servitutes prædii pignori per non usum & negligentiam creditoris extinguntur sunt, l. creditor cum pignus 15. ff. b. t. sive commissionis; dum in prædio pignorado arbores excidit, domos deiecit, servos pignoratos savitia debilitavit, corripuit, ad peccandum coegit, l. creditor 7. C. b. t. l. eleganter 24. §. ult. ff. b. t. De casu fortuito non tenetur, nisi id actum appareat expresse vel tacite, quo pertinet conventio, ut interitus pignoris liberet debitorem, l. si creditor 5. l. 6. C. b. t. d. §. ult. Instit. quib. mod. re contrah. obligat. Ut nec de culpa levissima; nisi solius creditoris gratia pignus datum sit, atque ita pignus simile sit commodato; quod puto velle Ulpianum in l. si, cum venderet 13. §. 1. ff. b. t. cum scripsit; venit autem in hac actione & dolus & culpa, ut in commodato; venit & custodia, supple, ut in commodato, vis major non venit. Et ad talem casum, quo solius creditoris utilitas in pignore erat, restringendum quoque existimo rescriptum Diocletiani & Maximiani, quod est in l. sicut vim 19. C. de pig. & hyp. plenius prope verbis ipsum Ulpiani responsum comprehendens: ajunt enim; sicut vim majorem pignorum præstare creditor non habet necesse; ita dolum & culpam, sed & custodiam, exhibere cogitur. Scilicet id unum Ulpiano propositum videtur fuisse, ut doceret, in pignore circa culpæ præstationem nihil singulare inveniri, uti quidem in mandato, negotiis gestis, tutelæ administratione, similibusque repetitur, sed communem oportere servari juris regulam in l. si, ut certo 5. §. nunc videndum 2. ff. commodati propositam, quæ vult, vel latam, vel levem vel etiam levissimam debere culpam præstari, pro ut vel dantis solius, vel solius accipientis, vel utriusque commodum in contrahendo appareret. Quamvis ergo verum sit, in commodato frequentius, in pignore rarius, solius accipientis utilitatem verti; tamen id Ulpianus voluit pignori eum commodato communem esse, ut, deprehensa utriusque contrahentis utilitate in commodato ac pignore, non nisi leves utrobique culpa veniret præstanda; at quoties solius accipientis gratia pignus ac commodatum contractum constitisset, etiam datum levissima culpa damnum utroque in negotio reparandum esset. Quæ eo probabiliore sunt, quo & a Gajo hæc inter commodatum ac pignus comparatio proposita invenitur circa levis culpæ præstationem, cum commodatum utriusque gratia contractum esset; etsi nulli incertum

esset, quā pignus frequentius, commodatum rarius, utriusque contrahentis contineret utilitatem; *l. in rebus 18. in pr. vers. at si utriusque ff. commodati*, Cujacius *lib. 19. observ. 24.* Solius autem creditoris utilitas tunc vertitur, cum non debitor, sed tertius pro debitore, pignus dat: quamvis enim debitoris quoque intersit, pignus dari, dum sine eo forte fidem haud inveniret; tamen, si contractum pignoris species, quod jam non inter creditorem & debitorem, sed inter creditorem & tertium pignus dantem intercedit, solius creditoris gratia, non item tertii pignus dantis, & inde pignoratitia experiuntis, pignus celebratum apparet. Porro, etsi culpe probatio incumbat debitori, de lesione, per culpam creditoris rei pignoratā illata, agenti, tamquam actori & affirmatori, arg. *l. qui accusare 4. C. de edendo l. quoniam 18. §. 1. ff. de probat.* tamen si creditor rem pignoratam casu amissam aut peremptam dicat, leges ei imposuerunt amissionis per manifestas rationes probandæ necessitatem, *l. si creditor 5. C. b. r. arg. l. si quis domum 9. §. Imperator 4. ff. locati.* Vide Berlichium *conclus. pract. part. 1. consil. 37. num. 18. 19. 20.* Hugonem Grotium *manud. ad jurispru. Holl. lib. 3. cap. 8. num. 9. 10.* & alios a Groenewegio ibidem in notis allegatos, Sim. van Leeuwen *cons. for. part. 1. lib. 4. cap. 10. num. 11.* Adde *tit. ad leg. Aquil. n. 20.*

6. Non aliter tamen huic actioni directæ locus est, quam si integrum debitum creditori, aut ex ejus voluntate alteri, solum sit: vel per eum steterit, quo minus solveretur; aut aliter ei satisfactum fuerit; non, si pro parte tantum, *l. si rem alienam 9. §. omnis 3. l. solum 11. §. si quasi 2. §. §. solum 5. ff. b. r. l. aliena res 20. §. si per 2. ff. b. r. licet debitum personale inter plures debitoris vel creditoris heredes ipso jure divisum fuisset, & unus eorum suam solvisset aut accepisset debiti partem; in quantum reliquis creditoris heredibus, quibus necdum solum est, totius pignoris retinendi ac distrahendi potestas superest, oblato debitori eo, quod is coheredi eorum solvit, & vice versa; quia individua pignoris causa est, *l. 1. 2. C. si unus ex pluribus heredibus debitoris vel cred. part. suam solo. vel accep. l. 1. 2. C. de luit. pign. l. solum 11. §. si creditor 4. ff. b. r. l. rem hereditariam 65. ff. de evictio.* Quod si sors jam soluta sit, non item usura, si quidem in solam sortem pignus obligatum fuerit, ea soluta, pignoratitia locus est, nec pro usuris retineri pignus potest, *l. solum 11. §. si in sortem 3. ff. b. r.* Etenim pro debita quidem sorte chirographaria pignoris in aliam causam obligati retentione est, *l. unic. C. etiam pro chirographario debito pignus retin. posse.* pro usuris chirographariis non æque, *l. per retentionem 4. C. de usuris*, quod non est correctum per *d. l. unic.* quippe quæ novum jus continens, strictam recipit interpretationem, nec stare prohibendum est, quod non invenitur expresse per eam correctum. Sin & in usuras pignus obligatum sit, retentio ejus permixta est, donec & usurarum solutio impleta fuerit, sive in stipulatum deductæ sint, sive pacto nudo promissæ: cum enim hæc saltem naturaliter deberi cœperint, & ita solutæ retineri poterint, consequens fuit, ut & pignoris pro his obligati, ac penes creditorem existentis, retinendi jus esset, *d. l. solum 11. §. sin in sortem 3. ff.**

*b. r. l. per retentionem 4. C. de usuris*, Cujacius *lib. 5. observ. 28.* Quibus vero modis satisfacti creditori, ut pignoris vinculum evanescat, & pignoratitia nascatur, intelligi potest ex enarratione modorum, quibus pignus vel hypotheca dissolvi solet, quos vide *tit. quib. mod. pignui vel hypoth. solo.*

7. Juri autem huic solvendi debiti ad pignus recuperandum, atque adeo luendi pignoris, præscribi nequit: etsi contrarium placuerit Bachovio, Negusantio & aliis a Vinnio allegatis, atque ipsi etiam Vinnio *select. quest. lib. 2. cap. 6.* ea præcipue ratione, quod omni actioni personali, omnique juri, atque ideo etiam juri luendi pignoris & actioni pignoratitiæ, annis triginta vel quadraginta præscribatur, utcumque nec justus titulus nec bona fides præscribentis concurrat, *l. si in rem 3. l. 4. Cod. de præscript. 30. vel 40. annor. l. 1. §. 1. Cod. de annali except.* Quæ tamen tanti non est, ut quem jure moveat; cum tantum locum habeat illa de juriū & actionum præscriptione definitio, quoties termini habiles præscriptionis inventiuntur, arg. *l. emia actio 21. C. de evictio.* quales in nostro casu non sunt. Quod ut manifestius appareat, in antecessum necesse est, ut intelligamus, quid sit pignus luere, quid pignoris luitio, quid jus luendi pignoris & jus luendi: præsertim, cum deprehendam, jus luendi pignoris & jus pignoratitiæ actionis instituendæ confundi, ac pro iisdem accipi; dum interim ista duo a se invicem longe diversa sunt. Luere pignus est rem pignori vel hypothecæ obligatam liberare a vinculo illo, sive solvendo naturaliter debitum illud, pro quo res obligata est, sive alio modo satisfaciendo creditori, ut res libera penes dominum esse queat, aut in alium sine onere transferri atque transire, *§. sed & si rem 5. Instit. de legatis, l. prædia 6. C. de fideicommissis*, quo modo & filius patrem, pater filium, imo quisque se ipsum, cum ab hostibus redemptus esset, & quasi jure pignoris teneretur, aluit suo redemptore, *l. si pater 15. ff. de capto. & post lim. l. qui status 8. ff. de remilit.* Qualem pignoris luitionem & illi faciunt debitores, qui rem devinctam possident, nec ulla repetitione indigent aut pignoratitia actione, dum forte hypothecæ tantum rem obligarunt, possessione in creditorem non translata. Quin & illi, qui debitores non sunt; in quantum solutione debiti jus pignoris evanescere certum est, *l. in omnibus 43. ff. de solut. pr. Inst. quib. mod. tollitur oblig. solutio* autem, atque adeo luitio quoque pignoris, non modo per debitorem, sed & per alium, eo jubente vel ignorante, vel invito, fieri potest: qui tamen solventes, ac pignus luentes, non ideo pignoratitiā actionem habent, aut movere possunt, ex contractu quippe natam, qui per extraneos pro debitore solventes celebratus non est. Unde & sponte sequitur, ipsum illud pignoris luendi jus ex contractu non esse, sed magis natura cuivis patere, etiamsi luens nullo ex contractu obligatus sit. Ne dicam, pignus etiam legale lui, quod non ab homine ex conventionem, sed a lege, constitutum est. Adeoque, uti per viam publicam ire cuivis permissum est, ita & debiti solutione pignus luere cuivis licet, qui modo debitoris negotia gerere vult, ut quisque potest. Quibus præmissis, ajo, juri luendi pignoris nullo unquam tempore præscribi posse; licet actioni pignoratitiæ præscribi possit annis triginta, compu-

tandis ex eo tempore, quo totum debitum solum, vel aliter creditor satisfactum fuit, & ita nata facultas re ipsa instituendi pignoratitiam pro pignoris repetitione actionem. Cujus opinionis illud quidem fundamentum debilius est, quod ab aliis adductum video, ac a Vinnio propterea recte confutatum, nullo scilicet modo natam videri actionem pignoratitiam, antequam totum debitum exsolutum fuerit, aut eo nomine satisfactum; agere autem non valenti non currere prescriptionem. Quod enim attinet regulam, agere non valenti non currere prescriptionem; procedit demum ea, si jus agere vetet, non item, si ab arbitrio ejus, qui acturus est, dependeat ea facere, quibus prastitis actionis exercitio destitutus non est. Nec satis apte defendi potest, actionem pignoratitiam debito demum soluto nasci; cum potius ipsius pignoris constituti tempore jam nata fuerit in actu primo, ut loquuntur, suspensa tantum respectu actus secundi, seu ipsius institutionis in iudicio faciendae, qua praecedentem requirit debiti solutionem: eo modo, quo id etiam in emptione venditione sit; quippe ex qua emptor actione ex empto non aliter experiri potest, quam si prius ipse ex suo latere contractum impleverit, pretio numerato, reliquisque prastitis quae ex contractus natura pactive adjectis praestanda sunt, l. Julianus 13. ff. offerri 8. l. qui pendente 25. ff. de act. em., arg. l. adies etiam 25. ff. uli. ff. de adilit. editi. licet actio utrimque jam tum eo tempore, quo mutuo consensu perficiebatur venditio, nata esset, arg. tit. Insit. de oblig. ex consensu pr. Insit. de emt. venditione. Magis pro asserenda sententia nostra veritate stringit, quod prescriptionem non patiantur ea, quae rebus merae facultatis accensentur, quatenus, & in quantum, res merae facultatis sunt, l. viam publicam 2. ff. de via publica & itinere publ. In vanum autem laboratur, ut doceatur, rem merae facultatis non esse hanc pignoris lutionem. Possum, inquit Vinnius d. loco, uti consuculo meo, & licet longissimo tempore non sim usus, jure meo non excludor, nec tamen ideo illud jus meum est res merae facultatis: nam si alter re mea usus fuerit, & ego uti prohibui, procedet usucapio. Jure libertatis licet cuique tam alte, quam vult, nullo statuto intercedente, in suo edificare; & quamvis aliquis per triginta annos non edificaverit, non ideo jus altius tollendi amittit; nec tamen est res merae facultatis: nam si te altius edificantem vicinus prohibuerit, & ex eo tempore altius edificatum non habueris per spatium prescriptioni statutum, procedet contra te scriptio servitutis. At horum exemplo, inquam & ego, potest debitor solutionem offerre creditori quodcumque, etiam post longissimi temporis spatium, ex quo primitus pignus est constitutum, ita ut res pro debito devincta, liberetur ab eo pignoris nexu: quod haftenus duravit pro tali obligatione principali, qua medio tempore per debitorem solutione usurarum aut aliter agnita, praescripta non est. Sed si debitor creditori debitum obtulerit, ut pignus luat, isque accepto oblato rem pignoratam non restituat, dum vel non pignoratam sibi, sed suam esse, bona malave fide obtendit, vel ad reddendum non interpellatus, eam jam liberatam penes se retinet, perdet inde per annorum triginta praescriptionem jus omne repetendi pignoratitia actione rem, quam olim pi-

gnoris nexu devinctam, jam inde a soluto debito totis triginta annis liberatam creditor velut suam possedit, vel saltem animo sibi habendi. Sed nec alio respectu id ipsum, quod in d. l. 2. de via publ. & itinere publ. dicitur, *populum viam publicam non utendo amittere non posse*, res merae facultatis est, quam si nullus postea actus interveniat, factum nullum, quo usus impediatur: nam si quis via publica velut re propria, usus fuerit, in eaque edificaverit, severit, plantaverit, foderit, septimenta posuerit, aut alia quacunque ratione impedimento fuerit, ne populus illac transiret, & ex eo tempore annorum quadraginta spatium effluerit, populo non contradicente, neque usum viae vindicante, nemo dubitabit, ut opinor, quin & tunc via istius publicae usum populus prescriptione amiserit, dum nullum cui privatum vel publicum ex quacunque causa vel quacunque persona, quod quadraginta annorum extinctum est juri silentio, moveri deinceps potest, l. omnes 4. in med. C. de praescript. 30. vel 40. annor. Cui consequens est, ut dicamus, non minus rem merae facultatis esse, altius in suo edificare, re sua uti, pignus luere, quam via publica usum a populo exerceri; eodemque modo in istis praecedentibus, ac in via publicae usui, admissam fuisse aut denegatam secundum jam dicta prescriptionem. Et sane, ni ita statuamus, sed cum Vinnio aliisque jure luendi pignoris adhuc praescribi posse existimemus; edoceri velim, quid utilitatis jurisve creditor ex ista praescriptione consecuturus sit; cum praescriptio nulla sit, ex qua non commodum aliquod praescribenti accedat. Sive illud in liberatione a debito, sive in acquisitione rei alienae consistat. Liberationem certe a debito creditori non nasci, intelliget facile, quisquis considerat, ipsiut praescribentem non debitorem, sed creditorem esse, cui debetur, cuique solvendum, ut pignoratitia adversus eum actio detur. Si a pignoratitia actione creditorem ita liberari dicas; aut id erit, quia a vinculo pignoris res simpliciter liberata est; aut quia insuper dominium directum vel utile rei pignorate in creditorem translatum fuit. Si ideo tantum, quia jus pignoris evanuit, obfuit sibi magis sua praescriptio, quam profuit creditor, extincto jure illo, ex quo solo retentio rei obligata ei competeat; quo fit, ut iniquus in posterum sine ullo possidendi aut detinendi titulo vel colore detentor existens, actionibus ex jure domini profluentibus efficaciter conveniri posset per debitorem, cui haftenus ista praescriptione suo non excidit domini jure. Sin post triginta vel quadraginta annos a pignore primitus obligato elapsos rem pignoratam jure domini creditori acquiri, & apud eum deinceps in perpetuum mansuram contentas; non jam juris, sed corporis praescriptio & acquisitio erit; atque tunc explicandum fuerit, qua ratione corporis illius praescriptio perfici potuerit ab eo, qui neque bona neque mala fidei possessor est. Eo enim, quod ad temporis longissimi praescriptionem nec justus titulus desideretur, nec bona fides, continuatam tamen possessionem praescriptioni corporali adesse oportere, nullus, ut opinor, ibi inficias. At quae, quae, creditoris circa pignus possessio est? qui, quantum ad usucapionem aut praescriptionem attinet, nudus rei pignorate detentor, non possessor, intelligitur, l. officium 9. ff. de rei vindic. alienae possessioni pro usucapione vel

præscriptione implenda ministerium præbens, utpote in quem quidem possessio transire dicitur, quatenus ea naturalis est, l. cum & sortis 35. §. 1. l. si pignus mihi 37. ff. b. t. l. res pignoris 37. ff. de acquir. vel amitt. posses. neutiquam vero ad effectum usucapionis aut præscriptionis, cuius intuitu ipse debitor dicitur possidere, l. res mihi 16. l. non solum 33. §. qui pignori 4. ff. de usurp. & usucap. l. 1. §. per servum 15. l. qui pignoris causa 36. ff. de acquir. vel amitt. posses. Eos sane solos præscriptione dominium sibi sine justo initio posse acquirere, qui sibi potius, quam alteri possederunt, eleganter declaratum l. 2. C. de præscript. 30. vel 40. annor. ubi emphatica Imperatores, male agitur cum dominis prædiorum, si tanta precario possidentibus prærogativa deferatur, ut eos post quadraginta annorum spatia, quolibet ratione decuria, inquietare non liceat: cum lex Constantianiana jubeat, ab his possessoribus initium non equiri, qui sibi potius, quam alteri, possederunt. Eos autem possessores non conveniunt appellari, qui ita tenent, ut ab hoc ipsum solitam debeant præstare mercedem. Nemo igitur, qui ad possessionem conductor accedit, diu alienas res tenendo suis sibi proprietatis utatur, ne cogatur domini aut amittere quod locaverunt, aut conductores viros sibi factis excludere, aut annis omnibus super dominio suo publice protestari. Quibus non absimilia proponuntur de emphyteutis in l. cum petitisimi 7. §. ult. C. eod. tit. de præscr. 30. vel 40. ann. Quæ autem ratio militat in conductoribus & emphyteutis, qui ultra annos quadraginta prædicia conductu tenuerunt, in creditore quoque pignus tam diu tenente locum invenit; nam & cum debitore male ageretur, si tanta creditoribus deferretur prærogativa, ut eos post annorum quadraginta decursum inquietare pro restitutione non posset, oblatum eo quod debet; atque ita coheretur aut creditorem commodum forte sibi, minusque gravem, pignoris recipiendi causa maturius dimittere, aliumque novum ac sepe difficilem querere creditorem; aut annis omnibus super dominio suo publice protestari, ne eo cadat. Gratis interim ab adversariis ponitur, precarii repetitionem non ultra annos triginta durare; cum e contrario magis sit, ut tam diu non currat præscriptio, quamdiu eo est animo qui precario accepit, ut precario tenere velit, arg. d. l. 2. C. de præscript. 30. vel 40. ann. in pr. ac desum incipiat, ex quo ille non amplius precario, sed sibi suo nomine, utut mala fide, possidere constituit, persistenda per eum, non jam amplius precarii jure tenentem, sed mala fide possidentem. Quod & in pignore obtinere, jam supra monitum. Tuentur hanc sententiam, etiam praxi firmatam, Andr. Gayl. lib. 2. observ. 18. Bronchorst enant. cent. 4. assert. 4. Mynsingerus cent. 1. observ. 16. in fine, Wissenbach ad Pand. vol. 1. dirp. 40. n. 32. Adde elegantem Rogerii dialogum inter ipsum & jurisprudentiam de hac questione in tractatu prædict. tom. 17. fol. 49. verso.

Ceterum quandoque etiam hæc pignoratitia directa debitori datur, antequam solum creditor vel satisfactus fuerit; puta si quis quasi daturus pecuniam pignus acceperit, nec postea numeraverit, l. solum 11. §. si quasi 2. ff. b. t. l. 1. 2. Cod. si pignoris conventionem numeratio pecun. secuta non sit. Uti &, si creditor pignore abutatur, vel impediatur,

quo minus debitor in re pignoratæ utatur jure suo, aut non exhibeat debitori, cum manifesta aubeat æquitas exhibitionis. Quibus in casibus non tam ad pignoris restitutionem, quam potius ad id, quod, interest debitoris, actio comparata est, l. ult. pr. ff. b. t. sorte & ad cautionem interponendam de re incorrupta restituenda, arg. l. creditor 15. ff. b. t. Hugo Grotius manud. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 8. n. 15.

9. Non tamen hac actione compelli creditor potest, ut pignus vendat, licet multo minus sit quod debeatur, quam ex pignore redigi potest, & hodie pluris venire possit pignus, quam postea, sed potius is, qui pignus dedit, vendere illud potest, ut accepta pecunia solvat, quod debet; impositurus etiam creditori necessitatem ostendendi emturus rem pignoratam, si mobilis sit, & idoneam ipse creditori de indemnitate cautionem præstet, l. quamvis 6. ff. b. t. Sane ut rem per debitorem venditam creditor patiatur emptori tradi, debito necdum accepto, sed cautione ei per emptorem data de parte pretii usque ad summam debiti ipsi solvenda, officii magis & humanitatis, quam necessitatis est, arg. l. sicut 8. §. tutius 10. quib. mod. pign. vel hyp. solvitur.

10. Contraria pignoratitia actio creditori datur ad repetendas impensas necessarias; pro quibus etiam, debito principali jam soluto, retentio pignoris permittitur; cum impensæ tales sortem augeant, & in summa debiti computandæ sint, l. si necessarias 5. pr. ff. b. t. l. in summa 6. C. de pign. & hypoth. Necessariis autem impensis & illa adnumeranda videtur, si creditor vendens pignus, cum aliter non posset, evictionis nomine duplum repromiserit, ac evictione secuta, duplumolvere compulsus fuerit, l. si pignore 22. §. ult. ff. b. t. Utilium quoque summam per hanc actionem repetitio fit, si modo debitori non nimis graves sint, sicut enim negligere creditorem, dolus & culpa, quam præstat, non patitur; ita nec talem efficere rem pignoratam, ut gravis sit debitori ad recuperandum. Ac proinde media hæc dispicienda erant a iudice, ut neque delicatus debitor, neque onerosus creditor audiat, l. si servos pignorat. 25. ff. b. t. junct. l. in fundo alieno 38. ff. de rei vindic. Damna quod attinet, quæ creditor ex rei pignoratæ vitio passus est, hoc etiam iudicio recuperantur: ut tamen liberum sit debitori, qui vitium ignoravit, rem pignoratam apud creditorem pro noxa relinquere, l. si servus pignori 31. ff. b. t. Sed & id quod interest hæc actione continetur, quoties æs pro auro, vel res aliena, aut alteri jam ante obligata, pignori data est creditori ignorant; quibus in casibus & stellionatus crimen est, l. 1. §. ult. l. tutor 18. §. 1. ff. b. t. l. si in pignore 54. ff. de fidejussor. vel si creditor quasi recepturus a debitore continuo pecuniam, reddiderit ei pignus, isque per fenestram id miserit, excepturo eo, quem de industria ad id posuerat, nec solutio secuta sit, l. si quasi 5. ff. b. t. vel, cum aurum offensum esset, velut pignori futurum, aut vere etiam datum, æs deinde subiectum fuerit, l. 1. §. 1. l. quis in pignore 36. ff. b. t. Quod si debitor a creditore pignus precario rogaverit, vel conduxerit, nec restituat possessionem, placuit contrario eum ob id etiam iudicio teneri, l. si pignore 22. §. si post 3. ff. b. t.

11. Licet autem actio pignoratitia directa & con-



traria proprie ex contractu pignoris, rei traditione perfectio, nascatur; tamen & in hypothecis eam locum invenire dicendum est, postquam creditor actione hypothecaria possessionem nactus est; quia tunc res in causam pignoris in specie videtur transivisse.

Qua ratione locatorem ædium propter corruptionem culpa ejus in investis illatisque præclusis pro pensione datam, pignoratitia teneri, colligere licet ex *l. inquitino 35. l. 54. ff. de damno infecto*.

## LIBER QUARTUS DECIMUS.

### TITULUS I.

#### De exercitoria actione.

##### SUMMARIA.

1. Quid sit magister & promagister? unus ex exercitoribus potest magister esse: quod & expedit.
2. Quid sit exercitor; quid navem per aversionem conducere? qui possint vel non possint navem conducere?
3. Magister contrahendo obligat exercitorem. An & quando moribus nostris possit mutuum accipere, navim obligare, armenta vendere, quin & merces vellet? An ex consensu majoris partis exercitorum navigare, in viâ parte minore?
4. Quid sit exercitoria actio, quibus detur? an & illis, qui cum navis contraxerunt?
5. Datur contra exercitorem: si plures, contra singulos in solidum jure civili; at moribus non ultra partem, ex qua exercitores sunt; qui & in totum liberari possunt, si suam portionem pro derelicto habeant.
6. Ut actio in hoc locus sit, debet magister contraxisse ejus rei gratia, cui præpositus est: & quid si plures ejusdem navis magistri sint? necesse etiam, ut res eo in loco comparari possit, in quo creditur; ac navis tali ac tanto sumtu indigeat. Notat exercitori, si magister recte credita inutiliter absumpserit. Quid moribus nostris in hisce obtineat?
7. An exercitores teneantur ex delictis magistrorum? quid si magister piraticam exercuerit? quid si præfelli navaliter, qui prædam in hostes agere debuerant, sociis & fœderatis noceant, an eo nomine Respublica teneatur?
8. Datur etiam contra exercitorem actio mandati; potest & ipse magister, homo liber & ex suo contractu conveniri. Exercitor non agit ex contractu magistri, nisi in subsidium. Qua sit pena magistri fallentis in rationibus navis accepti & expensarum?
1. IN navibus exercendis is, cui quotidiana totius navis cura demandata est, seu qui navigio præpositus est, magister appellatur; sive homo liber sive servus sit, sive paterfamilias sive filiusfamilias, sive pubes sive impubes; cum sibi imputare debeat qui præposuit, si quid neglectum aut minus recte curatum sit, *l. 1. §. 1. & §. cujus autem 4. ff. b. t.* Sed & magistrum accipere debemus in exercitoria actione eum, quem magister suo loco substituit vicarium, promagistrum vel submagistrum vulgo appellatum, sive voluntate primi præponentis, sive con-

tra prohibitionem ejus a magistro surrogatus sit, ita suadente navigantium utilitate, *l. 1. §. magistrum 5. ff. b. t.* Nec refert utrum magister extraneus sit, an ex parte domini navis; cum nihil vetet, vel unum ex exercitoribus præfici, *l. si tamen 4. §. sed si plures 1. ff. b. t.* Adeo ut hodie fere consultius tutiusque judicetur, magistrum navis simul cum aliis etiam pro parte exercitorem esse, quippe de quo præsumptio est, quod magis pro salute navis, & utilitate vigilaturus sit; sive navis dominium pro parte ad eum spectet, sive nulla ex parte navis dominus sit, sed pro rata proventuri ex navigatione quæstus mercedem sibi pactus; quo tamen casu posteriore non tam operas suas elocasse, quam potius societatis jure contulisse, ac lucri partem ferre, credendus est, arg. *l. si merces 25. §. vir major 6. in fine ff. locati*. Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprudentiam. lib. 3. cap. 23. in pr. Jac. Coren observ. 40. num. 3. 4. 5.*

2. Exercitor ex adverso est, qui magistrum navigio præposuit, & ad quem quotidianus navis quæstus pertinet; sive navis dominus sit, sive eam per aversionem conduxerit, vel ad tempus vel in perpetuum, *l. 1. §. exercitorem 15. ff. b. t. §. eadem ratione 2. Instit. quod cum eo, qui in alien. potestate; id est, ita, una mercede conduxerit, ut omne quæstus quotidiani periculum in se averti voluerit, sive quæstus ille mercedem promissam superet, sive ea minor sit. Confer Ravardum *varior. lib. 2. cap. 7. Petrum Gregor. Tholos. synt. jur. civil. libr. 29. cap. 9. num. 6. Responsa Juris. Holl. part. 5. consil. 9. & 27. pag. 250. Vinnium ad Peckium de re navitica ad l. 1. §. 15. ff. b. t.* Quale navis exercitum etiam filiusfamilias, & servus ex peculio suo facere potuit, *l. 1. §. si is qui navem 19. & seqq. ff. hoc tit.* parvique refert, masculus sit an femina, pubes an impubes concurrente tutoris auctoritate, *l. 1. §. parvi 16. ff. b. t. l. verum si 9. ff. de instit. act. Præsidii tamen, aut procuratori Caesaris, navim adificare, aut habere, atque adeo exercere, in ea provincia, in qua administrat, interdictum fuit, *l. aufertur 46. §. quod a præside 2. ff. de jure fisc. atque ipsis etiam senatoribus ex lege Julia, l. biqui naves 3. ff. de vacat. & excus. numerum, ibique Gothofred. in notis.***

3. Quisquis autem magistrum navigio præficit, jussisse eo ipso censetur, ut cum eo ejus rei gratia, cui præpositus est, contrahatur, sic ut præponens reddatur obligatus, *§. ult. inst. quod cum eo, qui in alien. potestate, l. 1. §. sed si cum 2. ff. b. t.* Quod hodiernis moribus ulterius extensum, dum placuit, non personam tantum exercitoris ex contractu, navigationis intuitu celebrato, teneri, sed & magistrum posse in casu necessitatis ita mutuum accipere in

usus navigationis ut navem mutuanti obliget pignori, navigaturam deinceps periculo mutuanti, eoque nomine usuras graviores, velut periculi pretium, promittere (vulgo, *op. Bodemery*) quin & deficientem mutui accipiendi occasione, funes & navis instrumenta minus necessaria (non tamen ipsam navem) distrahare, ut magis necessarium erat alium navigationis apparatus: denique, si illa quoque desint, merces ipsas navigio vestas pro parte dividere, ita ut domino mercium ad aestimationem earum teneatur, perinde ac si mercium illarum jactus in tempestate navis levandæ gratia factus fuisset, *Witbuische Zee-rechten* art. 55. 41. 69. 70. *Placc. van Kon. Philips* 1563. 1. *van de Zee Rechten van den Schippers en Kooplieden* art. 12. vol. 1. *ph. Holland.* pag. 608. in fin. *Hugo Manud. ad jurispr. Holl.* lib. 2. *cap. 5. n. 21. & lib. 3. cap. 1. n. 47. & cap. 11. & cap. 20. n. 15. & cap. 23. n. 4.* Ut tamen non aliter magistro hæc permissa censi debant, quam si peregrinis in locis versetur: præsentibus enim exercitoribus, nihil horum ei licet, nisi ex consensu partis majoris exercitorum; aut nisi id magistro tempore præpositionis mandatum sit, ut necessaria conquirat ac curet; vel quidam ex exercitoribus non subministrent necessarium navigationi sumtum, quippe quo casu, ne navigatio impedita maneat, magistro jus est mutuum accipiendi, & pignori obligandi deficientium exercitorum partes maxime cum placuerit, etiam magistrum possit ex consensu majoris partis exercitorum suscipere vii boni arbitrato, licet contradicente parte minore, *Witbuische Zee Rechten* art. 65. *Placc. van Koning. Philippus* anno 1563. d. 1. *van Schippers en Kooplieden* art. 12. *Grotius* lib. 3. *cap. 23. n. 3. & 4. Roseboom Costuymen van Amsterdam* cap. 52.

4. Cum ergo secundum jam dicta tacitus præpositioni jussus inesset, ut cum magistro contrahatur, æquum etiam pratori visum fuit, exercitoriam inde actionem dare in id, quod magistri contractu comprehensum est: quæ est actio perpetua, personalis, competens iis, qui contraxerunt cum magistro vel vicario ejus, etiam contra præponentis prohibitionem substituto; & eorum heredibus, l. 1. §. *magistrum* 5. l. *si tamen* 4. §. *ult. ff. b. t.* licet is, qui cum magistro contraxit, sit unus ex pluribus navis ejusdem exercitoribus, l. *si eum* 5. §. *ult. ff. b. t.* vel magistrum in sua patria vel dominica habuerit potestate, eo quod non tam magistri, quam exercitoris finem secutus est, d. l. *si eum* 5. *pr. ff. b. t.* Non tamen ei datur, qui cum servi sui, navem exercentis, magistro contraxit; quippe cui sola directa in servi sui magistrum actio est, d. l. 5. §. 1. *ff. b. t.* Sed nec illis, qui cum nautis, id est, sociis nauticis, contraxerunt; eo quod nautam adhibens exercitor, contrahi cum eo, jussisse non intelligitur, l. 1. §. *sed si eum* 2. *ff. b. t.*

5. Datur adversus exercitorem, l. 1. §. *pen. ff. b. t.* qui si filiusfamilias sit, ipse quidem conveniri potest; sed nihilominus & in patrem actio datur in solidum, si consenserit; de peculio, si consensus desit, d. l. 1. §. 19. 20. 22. *ff. b. t.* Quod si plures exercitores sint, vel servus pluribus communis voluntate omnium navim exerceat, contra singulos in solidum actionem hanc dari, Romanis placuit, ita ut unus præstatione ceteri liberentur, & solvens re-

Vide ad Pandect. Tom. III.

cuperare judicio societatis queat ab iis pro rata, quod supra suam partem præstare compulsus fuit; idque, ne in plures adversarios distringeretur, cui cum uno contraxit, l. 1. §. *ult. l. 2. l. 3. l. 4. §. 2. ff. b. t.* Nisi singuli per se navem exerceant sine magistri ministerio: tunc enim, quia invicem sui magistri non sunt, pro portionibus exercitiis singuli conveniendi forent, d. l. 4. *pr. ff. b. t.* Quod postremam moribus nostris æquius visum etiam tunc, cum per magistrum plures navem exercuerunt; ut scilicet singuli non ultra eam partem, qua exercitores sunt, ex magistri contractu teneantur. Cui & illud insuper accessit, quod in universum liberari possint a debitis ex magistri contractu natis, si totam partem suam totumque jus, quod in navi ejusque apparatu habent, derelinquere, ac creditoribus cedere, parati sint, dum durum nimis creditum, ex alieno alium contractu factove teneri ultra id quod ejus fidei curaque permisit; atque insuper metuendum foret, ne ea ratione in præjudicium negotiationis maritimæ absterrentur mortales a navibus exercendis, si quasi in infinitum possent obstringi ex contractu magistri, per emergentem tandem celatam diu morum improbitatem dissipaturi forte dolo malo pecunias, in usum navigationis non perperam creditas, *Grotius de jure bell. ac pac. libr. 2. cap. 11. num. 13. & manu dicit. ad jurispr. Holl. libr. 3. cap. 1. num. 38. 39. 45. 44. Jac Goren observ. 40. num. 28. 27. Ant. Matthæus de auction. lib. 1. cap. 5. num. 8. in med. Groenewegen ad §. 2. Instit. quod cum eo, qui in alien. potestate.*

6. Non aliter tamen huic actioni exercitoriz locus est, quam si magister contraxerit ejus rei gratia, cui fuit præpositus, veluti, ut sociis nauticis merces solvat, satisfaciat illis, qui crediderunt in navis refectionem, navim armet, instruat, socios exhibeat, alit, l. 1. §. *non autem* 7. 8. 9. 11. *ff. b. t.* Unde & si plures ejusdem navis magistri sint, inquirendum ultra foret, utrum divisim, an non divisim officiis præpositi essent; cum præpositio certam contrahentibus legem det: nam si divisim, dum alter locando, alter exigendo præstet, non obligatur exercitor, nisi quatenus unusquisque eorum intra muneris demandati terminos contraxerit: sin conjunctim, ex singulorum contractu conveniri posset, nisi in pluribus simul præficiendis id ædum sit, ne alter sine altero quicquam gerat, l. 1. §. *igitur* 12. 13. & 14. *ff. b. t.* Necesse insuper, ut res illa, in cujus emtionem mutuum magistro numeratum est, eo in loco comparari possit; ac denique navigatio tali ac tanto sumtu indigeat: nam si ad navim armandam quis crediderit, quæ jam satis armata erat, nihil ab exercitore recuperat: & si plus justo crediderit, id solum repetit, quod credi necesse fuit; nisi in pretiis regum magister creditorem dolo deciperet, l. 1. §. *sed si 10. junct. l. ult. pr. & §. 1. ff. b. t.* Quod si concurrentibus hisce requisitis, magistro navis recte creditum sit, is autem mox, voluntate mutata, in suos illud usus converterit, aut inutiliter absumserit, non creditoris sed exercitoris damnum erit; quippe cui imputandum, quod talem præposuerit, jusseritque ei credi: non enim oportebat, creditorem ad hoc adstringi, ut ipse reficiendæ navis curam suscipiat, & negotium domini gerat, sed sufficebat, quod sciret, necessariam refectioni pecuniam esse, l. 1. §.

unde quarit 9. l. ul. ff. b. t. Quamvis ne hoc quidem nostris moribus usque adeo scitu ac probatu necessarium sit, ut actioni exercitorie locus fiat; sed id unum requiri videatur, ut quis sciens, magistrum illum esse, ei, quæ tali, bona fide crediderit in usus navigationis, supina nulla ignorantia laborans, Hugo Grotius *manuduct. ad jurispru. Holl. lib. 3. cap. 1. n. 42. 43. 44.* tum, quia secundum ante dicta non jam in infinitum ex magistri facto obligantur exercitores, sed liberantur navis & apparatus navalis cessione: tum quia non adeo multis notum, ad quem modum, quot, quantis, qualibus, instrumentis & apparatu navis unaquæque opus habeat, atque ita navigatio impediretur, paucis fali cum crediti periculo in navis usum magistro credituris: tum denique, quia etiam Romanis placuit, exercitorem obligari, quando magister in pretiis rerum emtarum fessellit creditorem, l. 1. §. sed & si 10. ff. b. t. an autem falso rerum emtarum pretio dicto, an mendaci reparationis necessarii obtentu, circumveniantur a magistro creditor, quid, quæso, refert? culpa certe majore penes exercitorem existente, quod tam malignum navigio suo præferat impostorem.

9. Hac ita si magister contraxerit: quod si deliquerit, si quidem ipso officio, cui erat præpositus, dum forte data opera, vel culpa atque imprudentia manifesta, in navigium alienum impigit suum, aut merces sibi ad transvehendum datas surripuit, dolove corrupti, exercitores ex quasi delicto teneri constat, §. ult. inst. de oblig. quæ quasi ex delicto, ita tamen, ut hodie liberari possint navim totam novam dando, ut dictum t. *navis cap. stabul. ut recepta restituantur. ult.* Ex ceteris delictis a magistro extra officium perpetratis, non ultra in exercitores actio datur, quam quatenus inde locupletiores facti sunt, arg. l. dolus 3. junct. l. 4. ff. quando ex facto tut. minor. agere vel conven. poss. nisi vel mandasset ipsi talia maleficia, vel ope aut consilio ea præstissent, arg. §. interdum 11. Instit. de oblig. quæ ex delicto, l. rapto ita 43. §. ult. ff. de verbis. signific. l. consilii 37. §. de reg. jur. Quod ipsum etiam insigni firmatur responso Pauli in l. coram 11. §. dominus 2. ff. de publican. & vestigal. & commissi. quod ita habet; dominus navis, si illicite aliquid in nave vel ipsa vel cæteris impoverint; navis quoque fisco vindicatur. Quod si absente domino id a magistro, vel gubernatore, aut præfeto, nautæve aliquo factum sit, ipsi quidem capite puniuntur commissi meribus, navis autem domino restituitur, nisi aliud ob publicam utilitatem statuto discrete cautum esset. Confer responsa Jurisc. Holl. part. 5. vol. 2. consil. 336. (refilius 236.) pag. 681. & seqq. Hinc &, si magister navis piraticam exercuerit, eo nomine exercitores non teneri, iudicatum fuit, Hugo Grotius *manud. ad jurispru. Holl. lib. 3. cap. 1. num. 45. 46.* ibique Groenewegen in notis, Wamesius *cons. 2. consil. civil. 86.* eo modo, quo non teneatur ad damni reparationem Principes aut Respublicæ, si cum indulgissent quibusdam mari prædam in hostes agere, illi piraticam in amicos aut confederatos exercuerint; sed tantum ad id, ut, si capere delinquentes possint, de illis supplicium sumant: prout aliquando responsum a Juridica Facultate Leydensi, inter Responsa Jurisc. Holl. part. 5. consil. 1. Grotius *de jure bell. ac pac. lib. 2. cap. 17. numer. 29.* Quod & jure gentium

justum esse, vel inde potest colligi, quod nonnullæ quæ nominatim inter diversarum regionum Principes aut Reges pactis publicis id actum fuit, ut centuriones, alique, qui naves bellicas ad nocendum hostibus sumtu suo exercent, ac parant, cautionem ad certam usque quantitatem pecuniariam præstent, de non offendentis aut ludentis per piratam, aut aliter, amicis aut fœderatis. Quæ sane cautio non multum proficeret, si ipso jure principes aut exercitores ex suorum magistrorum aut præfectorum æqualium piratica devincti essent. Vide *Tractat. de Marino mot. Frankryk 27. April. 1662. art. 30. 31. vol. 2. placit. Holl. pag. 2915.* item *Tractat. de Marino mot. Englands 1. Decembr. 1674. art. 10. vol. 3. placit. Holl. pag. 335.* in qua tamen posteriore inter Anglos et Belgas conventionione id jure singulæ adjecit, ipsam quoque navem pro damno dato obligatam fore.

3. Præter actionem exercitoriam insuper creditores exercitorem actione mandati contraria convenire possunt, ad recuperandum id quod magistro in usu navigii crediderunt, cum præponens creditum tale jussisse intelligatur, §. ult. instit. quod cum eo qui in alien. potestate. Possunt et cum ipso magistro experiri, si is homo liber sit, l. 1. §. ut quisque 17. ff. b. t. licet ex adverso exercitor convenire nequeant eum, qui cum magistro contraxit, nisi in subsidium et extra ordinem: dum forte nequit a magistro per actionem mandati, locati, aut similem, id consequi, quod sibi ex navis sue exercitio debitum est, §. l. 1. §. sed ex contrario 18. ff. b. t. arg. l. 1. l. 2. ff. de institor. abli. jact. leg. Et si h. C. de institor. & exercit. Sciendum enim, magistrorum, ad instar mandatariorum, obstrictos esse, ut exercitoribus, id desiderantibus, rationem reddant navali accepti, et auxilium vicissim factorum, et relique restituant; adeo ut, si quadam accepta dolo malo celeraverint, multandum veniant ducentis florenis, exercitori applicandis, præter id, quod ejus interest, fraudem in rationibus non esse commissam, *Placcat van Kap. Philippus ann. 1563. t. van den Schipper ende Koppfleden art. 10. vol. 1. pl. Holl. pag. 804. Ordinancie van Keyser Carol op de Zee-Rechten 19. Julii 1561. 45. vol. 1. pl. Holl. pag. 793.* Grotius *manud. ad jurispru. Holl. lib. 3. cap. 23. num. ult.*

## TITULUS II:

### Ad Legem Rhodiam de jactu.

#### R U M M A R I A.

1. Rhodenses multis fuerunt celebres. Explicatio l. 9. ff. h. t.
2. Quid fuerint cautum lege Rhodia de jactu? quæ aequitas hujus legis, quæ non jactum, sed mercium conservationem considerat? locus est legi & contributioni, sive consentionibus sive invitis mercium dominis jactus sit factus; sive alii in eodem periculo projecerint, nec ne; sive in mari sive in portu; serena vel turbida tempestate; si modo periculi amovendi æqua?
3. Multa jactui similia habentur, quid sit avaria, quæ vulgo in magnam seu grossam & communem dividitur?
4. Quæ pertineant ad avariam magnam? ubi de



constitutione Imp. Antonini cives Romani dicuntur effecti. Quæ interpretatio eo magis admittenda erit, si consideres, Antoninum illum, cuius mentio est in d. l. 17. non fuisse Antoninum Caracallam, sed vel Antoninum Pium, vel Marcum Antoninum philosophum, ut demonstravi t. de statu homin. n. 2. huius quoque rescripti præsentis auctorem alium esse non posse, quam vel Pium, vel Marcum Antoninum, neutiquam Caracallam, cum Volusius Macianus huius meminerit rescripti secundum superscriptionem legis §. ff. b. t. quem ante tempora Caracallæ scripsisse ac floruisse certum est. Sic ut nec improbabile sit, eundem Antoninum sive Marcum, sive Pium, auctorem esse, tum constitutionis, qua omnes in orbe Romano cives Romani effecti sunt, tum huius de naufragio & direptione rescripti; eique quasi in consuetudinem quandam abiisse, quod se mundi vel orbis Romani dominum iactaret, scriberet, profiteretur. Alias huius legis explicationes & emendationes vide apud Vinnium ac Peckium de re nautica ad d. l. §. ff. b. t. Jacobum Gothofredum, libello peculiari ad d. l. §.

2. Præcipua inter leges Rhodias est ea, quæ de iactu & contributione agit; qua cautum, si si navis levanda gratia iactus mercium factus sit, omnium contributione sarciantur damnum, quod pro omnibus datum est, l. 1. ff. b. t. exquisitum enim est, commune detrimentum fieri eorum, qui propter amissas res aliorum, consecuti sunt, ut merces suas salvas haberent, l. si laborante 2. in fine pr. ff. b. t. Unde apparet, non ex iactu sed ex subsequuta ad iactum conservatione aliarum mercium natam esse contributionis obligationem, quippe quibus non salvis, nulla de iactu actio esset: eoque conferendum, quod ab Ulpiano rescriptum est, eum, qui servandarum mercium suarum causa alienas merces in mare projecit, nulla teneri actione: sed si sine causa id fecisset, in factum; si dolo, de dolo actione obstringi, l. qui servandam 14. ff. de prescript. verbis. Ut si legem illam alii aliter explicant, & Vinnius velit, id tantum ibi definiri, quis ex iactu teneatur; scilicet, non eum, qui projecit, sed illum cuius intererat projici, dum merces suas salvas habet, licet ipse non projecerit, ad Peckium de re naut. ad l. 2. pr. ff. b. t. lib. b. Quæ tamen interpretatio minus convenit verbis d. l. dum ibi quæritur de eo, qui non simpliciter projecit, sed suarum servandarum causa alienas projecit. Nec refert, utrum consentientibus mercium dominis, an illis invitis, actus factus sit; modo sociorum nauticorum iudicio periculum imminens iactum desideret, & quoad ejus fieri potest curetur, ut gravioris ponderis pretii que minoris merces projiciantur, Wirhuysche Zee-Rechten art. 20. 21. 59. vel 40. Zee-Rechten van Kon. Philippus 1563. 1. van Schipbrekinge en Zeeoverpings art. 4. 5. vol. 1. pl. Holl. pag. 814. 815. Neque inquirendum, an & alii in eodem periculo constituti iactum fecerint, aut armamenta amoverint, nec ne; sed magistri & sociorum iactus navis æstimatio ex bona fide est, atque iudicium, quæ sufficiens imminens periculi magnitudo sit, quæ quantitate oporteat salvari. ergo iacturam facere, Weitsen van Avarie verri. daaronom. Non etiam interest, quo in loco iactus fiat, si modo commune periculum imminet, & ejus amovendi gratia iactus necessarius iudicatus fuerit; sive in pleno mari, sive in portu; sive tem-

pestatis violentia iactum suaserit, sive etiam sereno cælo alia quæpiam causa non pravis, ut magistri culpa non sit; cum leges nullam locorum intuitu distinctionem faciant, & ex mox dicendis pateat, multa alia extra ventorum vim contributioni locum facere, quoties communis periculi amovendi intuitu merces quædam perierunt dominis, ut ceteræ salvæ sint, Responsa Juris. Holl. part. 2. consil. 65.

3. Iactui enim alia plura inveniuntur comparata, partim jure Romano expressa, partim ex usu navigantium, & tum antiquioribus tum recentioribus legibus nauticis paulatim recepta: quæ omnia per contributionem sarcienda avaria appellatione venire solent, vulgo Avarie. De cuius denominationis origine, ac ratione, conjecturæ variæ occurrunt apud Weitsen tract. van Avarie in pr. Vinnium ad Peckium de re nautica ad l. 1. ff. b. t. in fin. Sciendum autem, non unius generis nunc avariam esse, sed in magnam, seu grossam, & communem dividi. Magna dicitur, quoties non modo mercium salvatarum, sed & ipsius navis, dominus tenetur contributione damnum pro rata rescire. Communis, cum soli mercium, non item navigii ipsius domini, hæc gravantur contribuendi necessitate. Et si Gallis nunc avaria magna & communis pro eodem accipitur. Ordonnance de Louis XVI. touchant la marine livre 3. t. 6.

4. Ad avariam magnam præter damnum ex iactu datum pertinet etiam, si iactura occasione merces aliz detectæ, atque ita aspersione aquæ corruptæ fuerint: si modo plus sit in corruptione seu damno per asperionem aquæ dato, quam est in contributione: nam si plus sit in contributione quam est in damno per asperionem illato, ipsi mercium corruptarum domini adhuc aliis, quorum res projectæ, pro rata contribuant, l. navis onusta 4. §. ult. ff. b. t. Cui non absimilem aliam facti speciem exhibet Weitsen tract. van Avarie, verri, nomaar bebb, si forte aquæ superfluentes exoneranda gratia apertura quædam in navi fiat, quæ corruptioni per asperionem occasionem præbet. Sed & iactura simile est, si merces quædam in scapham conjectæ sint, ut navis portum facilius intraret, & scapha perierit, d. l. 4. pr. ff. b. t. Zee-Rechten van Kon. Philippus ann. 1563. t. van Schipbrekinge art. 10. vol. 1. pl. Holl. pag. 816. idque mercium pereuntium non item scaphæ ipsius pereuntis intuitu, Weitsen van Avarie circa mod. vers. voorts soit de vrage, vel si communis periculi amovendi causa armamenta navis, veluti anchoræ, rudentes, mali, antennæ, aliaque similia dejiciantur, cadantur, removeantur, navigantium, aut saltem sociorum navalium consilio ac voluntate, l. 2. §. 1. 3. l. amissa 5. §. 1. ff. b. t. Wirhuysche Zee-Rechten art. 12. 21. vel navis a piratis, datis quibusdam mercibus, una cum reliquis rebus navigio impositis redempta sit, l. a. §. si navis 3. ff. b. t. sive mercium pars data fuerit, sive lucrum promissum, magistro velut pignoris jure retento, donec illud solutum sit, Weitsen van Avarie circa mod. vers. ende nys t' gunt, Vinnius ad Peck. de re nautica ad l. 2. §. si navis 3. ff. b. t. lit. a, cisi tales: cum piratis transactiones. superiore seculo veteret. Philippus Hispan. Rex placito 20. Januar. 1570. art. 27. vol. 1. placit. Holl. pag. 835. Non item, si pirata arbitrio suo res quædam ex navi abstulerint, vel u-

nus suas merces a piratis redemerit; l. 2. §. si nauticus 3. ff. b. t. uti nec, si ipsa navis violentia tempestatis damnum senserit, ictu fulminis deustis forte armamentis, & arbore, & antenna, etsi tumultuariis armamentis ad præsens comparatis instaurata onus integrum pertulerit ad locum destinatum, l. amissa 3. l. 6. l. 7. ff. b. t. Weitsen van Avaryen fere in pr. versu, notantur, Grotius manu. ad jurispr. d. lib. 3. c. 29. num. 20. Ut tamen contributioni locus esse debeat, si malus ventorum vi dejectus, ita tamen suis funibus cohereat navigio, ut periculum sit, ne navis in malum fluctuantem identidem concussionem maris impingens rimosa fiat, ac mergatur, ideoque discriminis illius amovendi causa funes ejus rescindantur, Weitsen van Avarye, vers. ende boevenel hier vorem geseijt, Groenewegen ad Grotii manu. d. ad jurispr. d. lib. 3. cap. 29. n. 20. Vinnius ad lectum de re naut. ad l. 2. §. 1. ff. b. t. lit. b. Leeuwen cens. for. part. 1. lib. 4. cap. 29. numer. 3. vers. sed quod. Quemadmodum etiam pro redemptione a piratis haberi debet, si pirata citra ullam conventionem res quadam surripuerint, secundum demonstrationem sibi a navis magistro factam: quippe qui præsumendus est res demonstrasse viliores ad diripiendum, ut illis captis reliquas relinquerent, ideoque periculi communis amovendi causa, Weitsen d. tract. van Avarye fere in med. vers. nu is de questie offer conig, Vinnius ad lectum de re nautica ad l. 2. §. si navis 3. ff. b. t. lit. c., Leeuwen d. loco versu præterea.

5. Præterea ad avariam magnam pertinet, quod magister navis mercedis nomine solvit scapharum oneratarum locatoribus, cum, nave majore vado hærente, periculi avertendi causa merces, exoneranda, Zoo-Rechten van Kon., Philippus anno 1563. tit. van Schipbrekinge art. 10. d. volum. 1. placit. Holl. 816. Sed &, si sine culpa nautæ navis vado hæret, ac is jactu factio navem servare valens, consultus crediderit, scaphis adhibitis salvare merces, post plerasque autem salvatas, oborta subito tempestate, navis collisa fuerit; damnum illud, tanquam periculi communis amovendi causa illatum, de communi sarcendum foret: non enim navis levandæ gratia merces in scapham videntur impositæ, ut navis cum mercibus reliquis salva esset; sed magis ipsa navis discrimini remansit exposita, ut merces scapharum ope possent conservari. Resp. Jurisc. Holl. part. 2. com. tit. 153. Cui proximum, si communi peritorum consilio navis ad mercium conservationem consulto in litus impulsiva fuerit, atque ita salvatis mercibus ipsa perierit, Zoo-Rechten van Kon. Philippus anno 1563. d. 1. van Schipbreken art. 4. Hugo Grotius manu. d. ad jurispr. d. lib. 3. cap. 29. num. 12. & 14. Quin &, si tempore difficilioris ac impeditæ navigationis ob hostium aut piratarum vim, magister navis, comitibus reliquis vela facientibus, funes anchoræ rescindat, dum educere non potest, ne alias solus sine comitatu iter faciat, vix dubium, quin navis & mercium servandarum, atque ita periculi avertendi intuitu id detrimentum factum, communiter reparandum sit, Weitsen van Avarye vers. 1. werkwel. apparentie beest. Porro, etsi scapha nec pars nec instrumentum navis sit, l. scapham 44. ff. de obli. l. ult. ff. de instrum. vel instrum. leg. 1. Marcellus 3. §. 1. ff. de rei vind. tamen, si oborta

tempestate magister navis resciderit fluctuantis scapha funem, ne navi noceretur impacta in navem scapha, vel aliter, cum sat amplum scapha in transstro navis reponendæ spatium esset, hanc quoque scapha amissionem contributione sarciri, usu obtinuit, Weitsen d. tract. van Avarye, vers. nu is de questie of de boot. Et quamvis hominum liberorum navi vectorum nulla æstimatio sit, ac proinde eorum salvatorum aut pereuntium intuitu contributio locus non inveniat, l. 2. §. cum in eadem 2. in med. ff. b. t. hætenus tamen hodie ei locus est, ut, si in defensione navis adversus piratas, aut in amovendis periculi evitandi causa armamentis, socii nautici perempti aut mutilati fuerint, peremptis honesta sepultura fiat, mutilatis æstimatio operarum, quibus carituri sunt, viri boni arbitrio præstetur, communi sumtu eorum, qui navis merciumque domini sunt, Zoo-Rechten van Konink Philippus, anno 1563. t. van Schipbrekinge art. 2. d. vol. 1. pag. 814. Ordonn. van Keyser-Carel op de Zoo-Rechten art. 28. d. vol. 1. pag. 790. Weitsen van Avarye circa med. versu, voors so bebbe ik.

6. Plura insuper impendia, etiam non insolita, vel ob inexpectatum casum facienda avaria magnæ adscribi communiter fere placuit; veluti, id quod naves non armatæ contribuant armatis pro sui tuitione, si navigandi societates inita sit, (vulgo Admiraalschap.) Flacium Ordinum General. 1. Sept. 1643. art. 46. vol. 1. Placit. Holl. pag. 832. & placitio 4. Junii 1622. art. 4. d. vol. 1. pag. 928. quod erogatum in piscatores vel vadorum peritos, ut navis intutum portum deferatur, si sex librarum Flandicarum quantitatem excedat, Zoo-Rechten van Kon. Philippus t. van Schipbrekinge art. 9. d. vol. 1. pag. 816. quod solum visitatoribus navium, inquirentibus, an navis secundum præcepta legum nauticarum satis armata atque instructa sit, Zoo-Rechten van Kon. Philippus t. van torringe van Schepen art. 16. d. vol. 1. pag. 803. Denique ad avariam magnam & illud pertinet, si, cum plures navigandi societates contraxissent, (Admiraalschap.) navibus quibusdam damnum a piratis illatum fuerit, aut pro defensione pulvis pyrius ac globi consumti, nisi se turpiter hostibus aut piratis magister cum sociis nauticis dederit; vel naves quædam velocitatis fidentes, & ob id a classe reliqua separatæ, damnum perperæ sint; cum id, quod quis sua culpa sentit, damnum non intelligatur, l. quod quis ex culpa 203. ff. de regul. juris, Grotius manu. ad jurispr. d. lib. 3. cap. 22. n. 2. & seqq. & n. ult.

7. Ad avariam communem, solas merces veteras non naves gravantem, reduci solet, quod vadorum peritis ac piscatoribus pro deductione navis in tutum locum penditur, si sex libras Flandricas non excedat, Zoo-Rechten van Kon. Philippus tit. van Schipbrekinge art. 9. d. vol. 1. pag. 816. quodque pro more præstandum gubernatoribus castellorum, quæ navis prætervehitur; vel mercenariis solvitur, pro navigio ex portu, vel in portum ex flumine, vel in flumen, trahendo aut reducendo, in quibus jurata magistri assertioni credi solet, Weitsen van Avarye fere in pr.

8. Præter hæc ad avariam magnam aut communem hætenus relata tum damna tum impendia, alia insuper tributa sunt, qua proprie ad neutram avariam

ad speciem reduci possunt, etsi per mercium naviumque dominos pariter ferantur, dum non servata proportionem aestimationis rerum & navigii, sed simpliciter certa tributi portio navium dominis, alia mercibus imponitur: quale est quod pro rata capacitatis navium pendendum est, (vulgo *Lastgeld*) cuius partem tertiam seu trientem navis dominus, bessem domini mercium vecturam ferunt, *Placit. Ordin. Gener. 18. Januar. 1633. § 27. Julii 1645. eolum. r. placit. Holland. pag. 916. § 918.* quemadmodum etiam mercedis bessem magister, trientem domini mercium ferre tenentur, quoties ob id, quod navis plena portum intrare non potuit, scapharum onerariarum conductione opus fuit, (*Lichiers*) quo navis levata deinde subintret. *Zee-Rechten van Koa. Philippus anno 1563. tit. van Schiphrekinge art. 10. d. vol. 1. pag. 816.*

9. Sunt denique & damna quaedam, quae nullo modo per contributionem ex mercibus salvatis repandanda sunt, sed vel ipsis mercium lesarum dominis nocent, vel ab aliis, quam mercium salvarum dominis sarciri debent. Ipsos mercium lesarum dominos gravat, si merces vasorum vitio effluerint in navi, aut aliter sine culpa magistri eorumque, quorum opera utitur, sua natura corruptae sint, arg. l. 2. §. *servorum* 5. ff. b. t. *Zee-Rechten van Keizer Carol. 19. Julii 1551. art. 44. d. vol. 1. pag. 793.* vel aspersione aquae, non occasione iactus contingente, deteriores redditae, Vinnius ad *Pichium de re naut. ad d. l. 4. §. ult. ff. b. t. tit. 2.* ut ante dictum, navis vi tempestatis, non periculi communis amoven- di causa ex consilio, exarumata sit, aut merces ex navi suo piratae abstulerint arbitrio l. 2. §. *si navi* 3. l. *amissa* 5. §. 6. 7. ff. b. t. si, navi per maris quassationem vitium faciente, seu rimosa facta, aut aliter merces quaedam aqua intrantis actione corruptae sint, non iactus occasionem, l. *navis curata* 4. §. *cum autem* 2. l. *alt.* §. 1. in fine ff. b. t. Si, non obstante iactu, navis nihilominus alio in loco perierit, quia iactus non nisi nave salva in tributum venit, d. l. *navis curata*, 4. pr. ff. b. t. adeo ut si merces iactae, vel in scapham transpositae levandae navis gratia, postmodum salvae appaeruerint, nris debeant cedere dominis sine ulla onere collationis; cum in navi mersa reliquae merces non perierint pro iactarum conservatione, nec (ut Callistratus ait) videri possunt merces servandae navis causa iactae, quae perierit; d. l. 4. §. 1. in fine ff. b. t. Plane, si ex navi; quae perierit, merces quaedam eductae sint, contributionem ex his fieri placuit; cum iactus has salvas fecerit; quippe non educendas, nisi iactu levata navis, nunc eo peritisset in loco, ubi urinatorum opera utilis esse poterat; inutilis futura, si iactu non facto navis tractatus mersa perisset, d. l. 4. §. 1. ff. b. t. Quemadmodum etiam ex adverso, si merces iactae vel cum scapha pereuntes, deinde urinatorum industria vel aliter servatae apparuerint, exoneratur seu minuitur collatio, quae salva nave fieri debuit; aut restituitur, quod iam supra modum per mercium salvatarum dominos collatum fuit, l. 2. §. *pen. ff. b. t.* Confer *VVeltzen de dubitiis, lib. 1. cap. 10.*

10. Quod si dolo culpaque magistri, aut eorum quorum opera utitur, merces salvatae, corruptae, laesae fuerint, a magistro navis vel exercitose damnum it-

lud oportere reparari, extra dubium est, tit. ff. *furti advers. naut. culp. stabular. tit. ff. naut. culp. stab. ut recepta restit. arg. l. cuicumque* 5. §. *idem* ait 8. ff. de instit. ad. *Zee-Rechten van Keizer Carol. anno 1551. art. 43. vol. 1. pl. Holl. pag. 793.* Quemadmodum etiam magistri damnum est, si vasorum peritos (*Loosen*) non adhibuerit in locis vadosis, ubi illos adhiberi moris est, arg. l. *item queritur* 13. §. *si magister* 2. §. *locati*. Unde & variis Ordinum Hollandiae placitis eorum assumendorum necessitas invenitur imposita, usque adeo, ut, si magistri navium opera eorum oblatam respuant, salarium tamen prestare compellantur, *Zee-Rechten van Kon. Philippus anno 1563. tit. van Schiphrekinge art. 9. d. vol. 1. pag. 816. Placit. Ordinum Holl. 19. Decemb. 1615. art. 7. vol. 1. pag. 1074. item 25. Junii 1621. art. 7. vol. 2. pag. 1034. item 10. Sept. 1638. art. 9. d. vol. 1. pag. 1040.* Sed & si ob id, quod plus justo navis operata fuit, vel merces male collocata, in transtro forte aut scapha, vel alteri navigio deteriori ignorante mercium domino impositae iacturae vel aliter, oborta tempestate, perierint aut corruptae fuerint, de damnis hisce magister tenebitur, *Zee-Rechten van Kon. Philippus tit. van Schiphrekinge art. 8. d. vol. 1. pag. 815. VVeltzen van Avaria ante mod. vers. nu is de questie of de boot, & in fine, Grotius manu d. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 29. n. 20.* eo excepto, quod merces quasdam magni ponderis parvae pretii (*ruygt Wasen, aan Oosten komende*) liceat in superiori parte navis reponere, sic ut & iactus earum in tributum veniret, *Roseboom Costuymen van Amsterdam cap. 30. art. 43.*

11. Nulla interim actio in iure nostro data est domino mercium iactarum, contra salvatarum dominos; sed ipse potius adversus magistrum navis experiri debet, actione locati, si merces vehendas locaverit, aut conducti, si loca quaedam in navi conduxerit; vel, si incertum sit, utrum navem conduxerit, an merces vehendas locaverit, civili actione in factum, seu praescriptis verbis; ut is a ceteris contributionem exigit, vel per retentionem mercium salvatarum, vel per conducti aut locati aut praescriptis verbis actionem, l. 2. ff. b. t. junct. l. 1. §. 1. ff. de praescript. verbis: non item per actionem hypothecariam contra tertios mercium salvatarum possessores; eo quod retentio quidem, at non pignoris tacti vel legalis ius, magistro in mercibus salvatis, a lege datum invenitur; secundum ea, quae traduntur tit. ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. sac. contrab. Ut tamen magister navis audiendus videatur, ac absolvendus, si mercium iactarum dominis actiones suas adversus salvatarum dominos cadere peractis sit, arg. l. *quod dabitur* 51. ff. de peculio, Vinnius ad *Pichium de re nautica ad l. 2. pr. ff. b. t. tit. 2.* praesertim, cum prestare non teneatur magister, ut ceteri solvendo sint, nec excutere & examinare teneatur facultates eorum, quorum merces vehit, arg. l. 2. §. *si quis ex* 6. ff. b. t. Quamvis autem actiones personales vulgo darent triginta annis, adeoque etiam hae, quae ad contributionem impatrandam comparatae sunt, l. *si quis in rem* 3. C. de praescript. 30. vel 40. ann. hodiernis tamen moribus tempore breviori ius petendi contributionem circumscriptionem est; puta anni, vel sequenti, vel trienni ex quo merces ad destinatum locum appulerunt, quo



varia locorum distantia, & transvectione mercium itinere terrestri vel maritimo peragendi; de quibus vide placitum Rhodii Mip. Regis 20. Januar. 1570. art. 26. vol. 1. placit. Holl. pag. 834. Ordon. ap. 3. stat. van Assurancie, van Amsterdam art. 12. 15. 16. van Middelburch. art. 17. 18. 27.

12. Contribuere ad damni per jactum dati parationem tenentur omnes, quorum res per jactum aliatum salvatae sunt, etiam dominus navis, quoties secundum ante dicta damnum ad avariam magnam pertinet, l. 2. §. 2. ff. b. t. Ut tamen domini loco habendus non sit, qui sanus nauticam magistro credidit, sub pignore carinae (de Bodemerye) etiam navis naviget periculo sortis amittendae, si pereat, adeoque etiam talis creditoris videri possit interesse, ut navis salva sit: nam & aliorum creditorum hypothecariorum interest, pignora salva esse, maxime, ubi pactio talis intercessit, ut pignoris interitu debitor liberetur, secundum l. quae for. uis 6. C. de pignor. act. nec tamen uspiam in jure cautum, ea, quae in pignoris conservationem impensa sunt, per hypothecarios creditores debere prestari. Unde & vulgatum paremiam esse, Bodemerye en is geen Avarye subiect. testatur Ant. Matthaeus disputat. de leg. Rhodia, (quae est inter extraordinarias disput. 10.) lib. 13.

Porro & ipse mercium jactarum dominus onere contributionis exemptus non est, quippe cui pro rata tanto minus tribuendum, quantum ceteris per contributionem dedit, vel abest; adeoque si domini mercium salvatarum ex centum salvatis viginti quinque conferre teneantur, non amplius quam septuaginta quinque ex contributione consequentur, quorum jacta merces aureis centum aestimata sunt; uti id evidentissime colligi potest ex iis, quae de meribus per aquae asperionem occasione jactus corruptis ac depretiatis ante dicta, ex l. navis onusta §. 2. ff. b. t. atque insuper evincitur ex eo, quod placuit, omnes, quorum intersuit jacturam fieri, conferre oportere, l. 2. §. 2. in med. ff. b. t. interest autem aequae dominorum, quorum merces jacta, ac eorum, quorum res salvatae sunt, ut ex sequentibus patebit, & adnotavit Ant. Faber rational. ad l. 2. §. 4. ff. b. t. Frustra dissentiente, ac a communis hac DD. opinione post Cujacium recedente Ant. Matthaeo disput. de leg. Rhodia, (quae est decima inter disput. extraord.) lib. 16.

Neque enim id probant allegata ab eo leges, simpliciter dominis mercium salvatarum contributionem imponentes; nam & jacta in sui pretio, ex contributione conferendo, salva sunt. Neque stringit satis argumentum, ex l. interdum 5. junct. l. 6. ff. qui pot. in pign. quasi portiones esse debent domini mercium jactarum, quam salvatarum, quia illarum jactus salvam fecit harum causam. Diversus enim in d. ll. casus est. Potior scilicet merito esse debuit creditor posterior, qui cum pacto hypothecae credidit in rei, jam aliis obligatae, conservationem; quia is sine ullo damni periculo aut metu poterat non credere in pignoris conservationem; ut proinde praemio quodam, puta praerogativa privilegio, invitari debuerit ad credendum in necessariam ac utilem prioribus hypothecariis pignoratam rei refectionem. At mercium suarum jacturam saepe absentes & ignorantes domini patiuntur, aut, si maxime praesentes consentiant, non modo propter alios, sed & sua gratia, jactum rerum suarum

fieri sinunt; non modo, ut aliorum, sed & ut suas merces proprias per contributionem salvas habeant, non habituri, si jactu non facto navis perisset. Cum ergo jactum aequae jactarum, ac salvatarum mercium contemplatione fieri & aequale omnibus imminuisse periculum, in aperto sit; aequum, ut non minus illarum, quam harum, domini contributionis oneretur necessitate, & ita aequales sint in damno sarciendo qui antea aequale subierant periculum amissionis. Ex quibus etiam rationibus consequitur, minus recte hac in questione distinctionem adhiberi & Quilut. Weitsen, dum scribit, ita demum merces jactas subesse contributioni, si post absolutam dimidiam itineris partem jactus contigerit, quia tunc nullum magistro solvendum, non item, si ante, tract. van Avaryen post med. vers. al. s. weitsen. Sane enim an magistro merces solvi debeat mercium jactarum nomine, annon, quid, quaso, facit ad questionem de facienda per verum jactarum dominos contributione?

13. De cetero nihil interest, quales res salvatae sint, an magni ponderis, an ex adverso leves ac navim haud magnopere onerantes, veluti annuli, gemmae; cum exquisitum sit, commune fieri detrimentum eorum, qui propter amissas res aliorum consecuti sunt, ut suas salvas habeant, l. 2. in fine pr. §. 2. ff. b. t. Zee-rechten van Kong. Philippus ann. 1563. tit. van Schipbrekinge art. 7. vol. 1. pl. Holl. pag. 815. Groetius manducit. ad jurisprudent. Holl. lib. 3. cap. 29. num. 19. adeo ut ex summi juris ratione ipsi quoque socii nautici teneantur contribuere ratione mercium suarum, quas ex lege nautica vel consuetudine sine nauti solutione navigio licite imponunt (vulgo Voorringe), etsi plerumque mitius cum illis agi, & contributionem eo nomine non facile peti, moneat Weitsen d. tract. van Avaryen post med. vers. en de all de Boatsgesellen. Sed nec refert, an statim ab initio susceptae navigationis, an kinere ex parte jam absolute, impositae merces fuerint, quae jacta sunt, dum forte ex porta solvens magister, nave minus plena, alias prioribus non ultra modum adiecit; cum utique liberum ei licitumque sit, post emensam viae partem usque ad iustum vecturae pondus merces alias suscipere transvehendas, si modo non prater primam destinationem aliorum deficiat oneris querendi causa, sed recta iter continuet atque periciat, Weitsen d. tract. van Avaryen fore circa fin. vers. voorts soe is de vrage. Quin &, si mercator totam navim quasi aversione, conduxerit ad mercurium suarum transvectionem, magister autem alias insuper aliorum res receperit eadem navi transvehendas, ignaro priore totius navis conductore, & postea, oborta tempestate, has clam impositas jactas fuerint; conductor prior, cujus res per jactum clam receptarum salvatae sunt, domino mercium jactarum ex suis salvatis contribuere tenetur; regressum habiturus adversus magistrum, qui prater fidem datam alienis insuper mercibus navem oneravit; non enim posterior in culpa est, quod de suis quoque mercibus transvehendis cum magistro convenit, nec divinare potuit aut debuit quid inter magistrum primusque navis conductorem actum sit, Weitsen tract. van Avaryen non longe a fine, vers. end wyt 't geene.

14. Sola exiguntur contributionis necessitati exculenta & poculenta, consumendi causa navigio impo-

sita (quibus & ex usu addunt contra l. 2. §. 5. ff. b. i. vestes quotidianas quibus induti navigantes, Grotius *manuducti. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 29. num. 18.*), ex ratione, quod, si quando ea defecerint in navigationem, quod quisque haberet, in commune conferret, d. l. 2. §. 2. in fine ff. b. i. non, quod omnia in casu necessitatis ipso jure ad primariam redirent communionem; sed potius, quod aequitate suadeat, cibaria talia in navim consumendi gratia illata, communicari illis, qui diutius forte ac præter expectationem jactati pelago, vel in steriles, incultas, & humano ignotas vestigio regiones per naufragium rejeñti, iisdem carent, & absque tali communicatione eo forte adducerentur, ut decimum quemque sortiti, alimentum haberent fame æviis, atque ita vel male perirent, vel pejus viverent; uti id de Cambysis exercitu commemorat Seneca lib. 3. de ira cap. 20. Sane, cum necessitas ex multiplicato humano genere induxerit dominiorum distinctionem, minus recte contenditur, necessitatem rursus abolituram esse illud *meum & tuum*, ac communionem reducturam; imo jure hic applicueris illud quod a Jacob Coren scriptum est circa statutarum bonorum communionem, nihil scilicet absurdum esse, quam quod eadem esset causa communionis admittendæ & excludendæ, *observ. 30. num. 47. 48. Adde Ant. Matthæum de crim. lib. 47. tit. 1. cap. 1. n. 7.*

15. Ut tamen in contribuendo servetur æqualitas, æstimandæ res omnes tum jactæ, tum salvæ, quotquot obnoxie sunt oneri collationis; si modo per jactum salvatæ ad destinatum etiam locum salvæ delatæ sint; nam si post jactum, antequam perlatæ vel exoneratæ essent, casu perierint, dum servi aut animalia morbo in navi extincta, vina dolii vitio effusa, frustra fieret eorum æstimatio, quæ suis pereuntia dominis, ipso jure desinunt obnoxia esse contributionis necessitati, l. 2. §. *servorum 5. ff. b. i.* Et jactæ quidem, quanti emtæ sunt; salvæ vero, quanti venire possunt, l. 2. §. *porro 4. ff. b. i.* Quam æstimandi rationem, recte explicatam summa sese æquitate & æqualitate commendare puto; quippe qua efficitur, ut domini mercium jactarum etiam lucri, quod ex salvatis acquiritur, fiant participes, in compensationem ejus, quod ex suis, si salvæ fuissent, ipsi quoque potuissent lucrari; atque ita neque deterior, neque melior, sed plane par sit conditio eorum, quorum merces jactæ, quorumque servatæ sunt; ac generaliter lucrum & damnum æquale sentiant, qui æquale subierunt periculum amissionis. Merces mille aureis emtas navi vectas concipe; oborta tempestate, mediam earum partem quingentis emtas, jactura perisse; salvatas reliquas, quingentis itidem emtas, vendi nunc posse octingentis eo in loco, ad quem devectæ sunt: quadringentos utique mercium salvatarum domini tribuent jactarum dominis, seu mediam partem æstimationis mercium salvatarum, quia mercium navi vectarum pars media jactu periiit. Finge ex adverso, minoris nunc valere mercium salvatarum pretia, quam quanti emtæ (uti sæpe incerta fert mercaturæ alea) adeoque rursus ex mercibus mille aureorum pretio comparatis, vectisque jactam fuisse partem dimidiam quingentis emtas; salvas, quingentis quidem etiam emtas, non nisi trecentis in destinato loco vendi posse; jactarum dominis sola centum & quinquaginta cedent, totidem remanebunt

penes salvatarum dominos ex pretio præstante. Fie scilicet contributio proportionem jactus, seu collata inter se jactarum, & salvatarum mercium quantitate: jacta mercium vectarum parte dimidia, dimidia pars pretii salvatarum in solatium illis præstabitur, qui suas jactu perdidit: si pars quinta jactæ, quinta quoque pars pretii, quo salvæ vendi possunt, jactarum dominis contribuendum, & sic in ceteris: computo instituto secundum schema subjunctum. Posito lucro ex mercibus salvis.

|                                            |     |
|--------------------------------------------|-----|
| Merces jactæ æstimatæ quanti emtæ          | 500 |
| Salvæ itidem æstimatæ primitus quanti emtæ | 500 |

|                                                                          |     |
|--------------------------------------------------------------------------|-----|
| Sed cum salvæ octingentis vendi possint, addendum est lucrum trecentorum | 300 |
|--------------------------------------------------------------------------|-----|

|                      |      |
|----------------------|------|
| Quæ summæ conficiunt | 1500 |
|----------------------|------|

|                                                                   |     |
|-------------------------------------------------------------------|-----|
| Quia vero in dimidia parte mercium jactæ erat damnum quingentorum | 500 |
|-------------------------------------------------------------------|-----|

|                            |     |
|----------------------------|-----|
| Hinc eo subducto supersunt | 800 |
|----------------------------|-----|

|                                                                                                                                                        |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Et quia mercium omnium pars dimidia jactæ proponitur, necesse, ut dimidium ejus, quod est in pretio salvatarum, præstetur dominis projectarum, adeoque | 400 |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

Idemque est, si minoris nunc valeant salvæ, quam quanti emtæ, eo solo immutato, ut pro lucro sorti addito in specie superiore, nunc subducatur sorti tum damnum ex jactu, tum damnum ex salvatarum depretiatione, atque ita, quod superest, pro rata dividatur.

16. Ab hac Romani juris computatione, sic exposita, effectu inspecto parum differt ea, quæ moribus hodiernis recepta, ac edictis stabilita est, etsi in computandi modo diversitas sit: dum cautum edicto nautico Philippi anno 1533. æstimandas esse res jactas & salvas, quanti vendi possunt in loco, ad quem salvæ appulerunt, deducto naulo reliquique impendiis & tributis salvatarum intuitu adhuc præstandis (eo quod pro jactis nec tributa nec impensæ ulterius præstandæ sunt, ac ne naulum quidem, si jactus contigerit, antequam medium iter absolutum sit. Weitsen *van Averyen post med. vers. ende in dese sake*); istique æstimationis quantitati superaddi oportere navis ipsius salvatæ pretium, vel totum naulum mercium vectarum, si forte plus sit in naulo debito, quam navis pretio; idque arbitrio eorum, quorum merces vectæ sunt, *tit. van Schibbrekinge art. 6. vol. 1. pl. Holl. pag. 815. Grotius manuducti. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 29. num. 14. 15. 16.* Licet ipsi nautæ arbitrium illud tribuat, Weitsen *tract. van Avarye post med. versu, de gemeene Costuyne*, & Gallis nunc placeat, dimidiatam navigii æstimationem dimidiato naulo junctam, collationi subesse, *Ordonance de Louis XIV. de l'an 1681. touchant la Marine lib. 3. tit. 8. art. 7.*

7. Pecuniam jactam vel salvam quod attinet, licet omnia vulgo æstimet, & non vicissim æstimetur, l. *si ita fidejussorem 42. ff. de fidejussor.* & gravis aliquando disputatio fuerit, an pecuniæ numeratæ intuitu contributio ob jactum faciendæ esset, ut videri potest apud Weitsen *d. tract. fere in med. versu, que-*

rit, *off. Gel.* tamen æstimationem ejus contributionis intuitu fieri oportere; non secundum valorem ejus externum seu impositum, sed secundum internam ipsius materię bonitatem, constitutum est, *Zee Rechen van Schipbrekinge art. 7. d. vol. 1. pag. 115.* Sed sciendum est, nullam in contributione rationem haberi pecunię aut aliarum mercium pretiosarum, jactis sarcinis aut cistis clam inclusarum, nisi mature, antequam jactus fieret & periculum immineret, magister ejus rei fuerit admonitus: cum aliquin sarcinę projectę æstimandę tantum veniant secundum id, quod ex forma exteriori videri possunt continere, aut in contractu cum magistro navis inito (*de cognoscemen.en*) expressum est, *Zee-Rechen van Kon. Philippus d. iii. van Schipbrekinge art. 5. d. vol. 1. p. 815. Weitsen d. tract. van Aoy ryen prope finem, versu, quaeritur in de meeste biite.* Plane, si doceri possit, pretiosa illa magistro non indicata, sed viioris formę sarcinis clam involuta, salvata esse, eo nomine contributionem fieri æquitas suadet; ne alias melioris essent conditionis, qui mala, quam qui bona egerunt fide. Quod & nomine apud Gallos nunc ita sancitum, *Ordonnance de Louis XIV. de l'année 1631. touchant la Marine, livr. 3. tit. 8. art. 8. & 9.*

18. Jactus occasione queri solitum, an, ædibus dirutis ob ortum incendium, ne latius illud serpat, vicinia domo ædium sic dejectarum teneatur damnum reparare? affirmantium quidem opinionem Britannię, consuetudine firmata invenio, *art. 600. ubi Argentraus; eamque, ut communem, & æquissimam, tuentur Andr. Gayl. lib. 2. observ. 22. num. 4. 5. Sande dec. Frisic. lib. 5. tit. 7. defin. 5. Vinnius ad Pechium de re nautica ad l. 1. ff. b. s. lit. 11.* Sed, uti lege destituitur, ita æquitate non sustinetur; cum non eadem incendii, quę jactus, ratio sit. Contributionem fieri ob jactum ab omnibus, æquum erat, quia jactu non facto periculum imminerebatur æquale rebus omnibus navi vectis, tam salvis, quam jactis. At non ita exorto incendio æqualis ad omnem viciniam spectat damni metus, sed ad proximos maximus, minor ad remotiores. Ut proinde rectius dicatur, vel a nullo refici tale damnum oportere, si ad depositas ædes jam ignis pertigerit; vel, si necdum eo pervenerit incendium, ab eo solo, qui dejecit; ut dictum sit. *de lego Aquil. num. 23. Fuldenus ad tit. C. de lego Aquil. num. 3. Ant. Matthæus disp. ad leg. Rhodium (qua est miscell. 10.) ibid. 23. Wissenbach ad Pand. b. s. n. 6.*

19. Quę vero aliis legis Rhodię nauticę capitibus cauta fuerint, disci potest ex jure navali Rhodiorum, quod Gręce & Latine post Pechium & Vinnium de re nautica, & jure Gręco-Romano recuum exstat.

## TITULUS III.

## De institoria actione.

## SUMMARIUM.

1. Qui veniant appellatione institorum?
2. Quibus detur actio institoria? an & ei, qui cum substituto contraxit? Contra quos? & quo usque obligentur pupilli sine tutore præponentes, aut præponentis heredes existentes? Si plures præposuerint, quo modo teneantur jure civili, ac mori-  
*Vest ad Pandect. Tom. III.*

bus? quo modo liberari possint tabernam dere-  
linquendo?

3. Tendit ad id, quod institoris contractu continentur, modo ejus rei gratia, cui præpositus est, contraxerit. Quid si contraxerit post mortem præponentis, mortis non ignarus?
4. Obligat institor præponentem & contrahendo & dere-  
linquendo; quod exemplis monstratur libitinarii, pictoris, & pharmacopola, tradendo transfert dominia rerum, recte ei pretia rerum venditarum solvantur, de pretio fidem habet, eisi prohibente domino, modo emtor in bona fide sit. An a se ipse emere possit rem præponentis?
5. Cessat, si mandatum palam revocatum sit; & quid si institor tabulam revocationis corruperit &c. quid si præponens ex contractu post revocatum mandatum initio locuple factus sit?
6. An, & quando institor ipse conveniri possit ex suo contractu, secundum fas civi & odiurnum?
7. An præponens ex contractu institoris agere, rerum venditarum pretia exigere, res institori venditas & tradi as vindicare possit, si doceat suis numeris eas per institorem emtas esse?
8. Ad quid institor præponentis teneatur?
9. Ad quid præponens teneatur institori? an cogi possit, ut patiat sibi ab institore rationes reddi? an compensatione revocare expensas? An retentione mercium sibi commissarum sibi consulere, cum eas ipse præponens vendidisset ac tradi mandasset.

1. Institor appellatus ex eo, quod negotio gerendo instet, *l. institor 3. ff. b. s.* est omnis ille, qui tabernę vel alteri cuicunque negotiationi, adeoque ad erigendum vendendumque, etiam sine loci vel tabernę certę designatione, præpositus est, sic ut & illos institores dici placuerit, quibus vestiarii vel lintearii dant vestem circumferendam & distrahendam, vulgo circitores, *l. 3. l. 4. l. 5. pr. & ff. sed etiam 4. l. institor est 18. ff. b. s.* quique receptioni pecunie, fructibus colligendis & distrahendis, pecuniis mutuo accipiendis & sonerandis, ex mandato incumbunt, ut saltem utili actioni locus inde fiat, *l. si cum villico 16. l. pen. ff. b. s.* sive a domino, sive a procuratore domini præpositi sunt, *l. cuicunque 5. ff. ult. l. 6. ff. b. s.* Nec interest, cujus sit conditionis qui præponitur, liber, an servus; masculus, an femina; pubes, an impubes; cum sit quod sibi imputet præponens, si quid per eos minus recte curatum sit, *l. sed & si 7. ff. 1. 2. l. 8. ff. b. s.* & cum institore contrahentes non tam institoris, quam potius præponentis fidem secuti intelligantur.

2. Ab hoc institore nomen accipit actio institoria, exercitoria in plerisque similis; quę contra præponentem, sive masculum sive feminam, datur ei, qui cum institore contraxit, *l. sed & si 7. ff. 1. ff. b. s.* non item cum substituto ejus, eo quod nupiam id de hac actione cavetur; & quod de promagistro per magistrum substituto, exercitorem obligante, jure singulari propter utilitatem navigantium constitutum invenitur, in *l. 1. ff. magistrum 5. ff. de exercis. act.* ad consequentias producendum non est. Si pupilli præposuerint, si quidem auctore tutore, in solidum, sin sine auctoritate ejus, duntaxat in quantum locupletiores sunt facti tenentur. Plane si præ-

ponenti hæredes extiterint, æquissimum est, eos teneri ex facto institoris, quamdiu is præpositus manet; cum removendus fuisset a tutoribus, si nollent ejus operis uti, *l. verum si g. l. 10. l. 11. pr. ff. b. r. Minor præponens per integrum restitutionem, causæ cognitione interveniente juvatur, d. l. 11. §. 1. ff. b. r.* Si filiusfamilias aut servus præfecerit, domino vel patre sciente & permittente, patrem dominumve non in solidum, sed tributoria actione reddunt obligatum; in quo rursus ab exercitoria hæc diversa est, *l. 1. §. licet autem 20. ff. de exercit. adf.* Si plures ejusdem institoris præponentes sint, singulos in solidum conveniri obtinuit, exemplo exercitorum, nisi is casus, in quo inter plures præponentes cessat societatis & communi dividendo judicium; tunc enim singulos pro parte tantum condemnari placuit, *l. habebat 13. §. ult. l. 14. ff. b. r.* Sed quemadmodum moribus hodiernis exercitores singulos tantum pro rata parte, & non in solidum ex magistri facto obstringi, dictum fuit *r. de exercit. adf. num. 5.* ita quoque in pluribus ejusdem tabernæ vel negotiationis exercitoribus, ex institoris facto obligandis, idem jus est, Hugo Grotius *manud. ad jurisprad. Holl. lib. 3. c. 1. num. 39.* Ant. Matthæus *de auction. lib. 1. cap. 5. numer. 8. in med.* Quin imo, uti exercitores hodie ex contractu vel facto magistri conventi liberari possunt derelinquendo seu cedendo jus suum, quod in navi habent, secundum tradita *d. r. de exercit. adf.* ita & ab obligatione, ex institoris facto nata, liberari præponentes, cedendo quicquid institoris fidei commiserunt, usu receptum ait Leeuwen *cent. for. part. 1. lib. 4. cap. 3. num. 10.*

3. Tendit hæc actio ad id, ut præstetur, quod institoris contractu comprehensum, si modo ejus rei gratia contractum fuerit, cui institor præpositus est, *l. cuicumque 5. §. non tamen 11. l. sed si pupillus 11. §. conditio 5. ff. b. r.* Proinde (ut eleganti sermone Ulpiani continuato utar) si præposui ad mercium distractionem, tenebor nomine ejus ex emto actione. Item, si sorte ad emendum præposuero, tenebor duntaxat ex vendito. Sed neque, si ad emendum, & ille vendiderit: neque si ad vendendum, & ille emerit, debebo teneri. Sed &, si pecuniam quis crediderit institori, ad emendas merces præposito, locus est institoria. Idemque est, si ad pensionem pro taberna exsolvendam; si modo prohibitum non fuerit mutuari. Et si ei, quem ad vendendum emendumve oleum præposui, mutuum oleum datum sit, dicendum erit institoriam locum habere. Item si institor, cum oleum vendidisset, annulum arrhæ nomine acceperit, nec eum reddat, dominus institoria tenetur: nam ejus rei causa, in quam præpositus fuit, contractum est: nisi forte mandatum ei fuit præsentii pecunia emere. Quare, si forte pignus institor ob pretium acceperit, institoria locus erit. Quin & fidejussori, qui pro institore intervenit, pro recuperando eo quod solvit, institoria competit; quia fidejussio sequela ejus rei est, cui dominus institorem præfecit, *d. l. cuicumque 5. §. proinde 12. 13. 14. 15. 16. ff. b. r.* Adde *l. 1. c. 5. C. b. r.* Nec multum interest his in casibus, utrum vivo præponente, an eo jam mortuo, institor contraxerit, cum id hic negotiationis seu *promissui usus* favore, præter naturam mandati, receptum sit, quod morte præponentis

non evanescit ipso jure institoris officium, sed demum revocatione per heredem facta; sic ut ex contractibus ejus, ante revocationem mandati celebratis, utili saken institoria heredes teneantur; licet mortem præponentis non ignoraverit institor, quique cum institore contraxit, *l. si quis mancipiis 17. §. 2. 3. ff. b. r. junct. l. sed si pupillus 11. pr. ff. b. r.* Et quamvis Ulpianus acrisperit, æquum esse, *ignoranti* mortem præponentis institoriam dari, *l. cuicumque 5. §. pen. ff. b. r.* quod ita obtinebat ex jure communi, arg. *§. item si 10. instit. de mandato*, non tamen negat, jure singulari propter utilitatem promiscui usus, etiam scienti utilem saltem ex æquo & bono oportere concedi; ac proinde quod isti deest legi, aliunde supplendum ex *d. l. 17. §. 3. ff. b. r.* Quia vero hæc utilitas promiscui usus, seu commerciorum, non ita apparebat in eo, qui tantum calendario præpositus erat, etsi is etiam sub latius aucto institoris nomine comprehendi possit, *l. quicumque 5. §. 2. 3. ff. b. r.* visum magis fuit, in eo non jus singulare sed ordinariam mandati naturam servandam esse, ac solos mortis præponentis ignaros, non item scientes, debere juvari & excusari, *l. pen. ff. de rebus cred.*

4. Porro, ut institor contrahendo præponentem obligat, ita & delinquendo in officio cui præpositus est: nam si quis pistor servum suum solitus fuit in certum locum mittere ad panem vendendum, deinde is pecunia accepta præsentii, *ut per dies singulos illis panem præstaret*, conturbaverit, id est, decoxerit, dubitari non oportere, quin, si permisit, ei ita dari summas, teneri debeat, a Labone responsum est, *l. cuicumque 5. §. idem Labeo 9. ff. b. r.* Et si libitinarus id est mortuorum sepultor, servum pollinorem habuerit, utilem, seu quasi institoriam actionem, in eum dari placuit, *d. l. cuicumque 5. §. quidem ait 8. ff. b. r.* quod extendendum ad pharmacopolas, si hi, quos suis præfecerunt officinis, venena pro medicamentis errore vendiderint. Facit eo *l. 1. C. ad leg. Jul. repetund. l. cum si exhibuisse 3. ff. de publicanis, l. si servus servorum 27. §. si fornacarius 9. ff. ad leg. Aquil. Andr. Gayl. de pignoration. observ. 5. numer. 4.* Sed & aliis quam plurimis modis institor præponenti per factum suum nocet: ad vendendum enim constitutus tradendo rerum distractorum dominia in emtores transfert; pretia conventa recte accipit: sic ut emtor, qui ea bona fide præstitit, iterato solvere domino non compellatur, si institorem inidoneum fieri aut foro cedere contigerit, & ob id dominus servare ab eo rerum pretia non potuerit; nec etiam dominus convenire possit eos, ad quos rerum suarum pretia, institoris facto, pervenerunt, dum is forte suos proprios ex istis pecuniis dimisit creditores, bona fide easdem recipientes. Quin imo, si mores spectes, quibus vulgatum est, mobilia non habere sequelam, venditio per institorem facta tenebit, transibit rerum venditarum dominium, & numeratione pretii institori facta emtor liberabitur, etsi institor prohibente domino res distraxisset ementi bona fide; vel eas suo creditori, in bona fide constituto, dedisset in solutum, aut pignori obligasset; adeo ut hoc casu creditor institoris eas non nisi post luitonem, sed debiti solutionem, reddere omnino præponenti teneatur, *statut. Amstelredam. tit. 58. art. 5.* Neostadius

*Curia ſupr. decr. 85. Anton. Matthæus de auſtione. lib. 1. cap. 18. numer. 9. in fine, & Param. Belgar. Jurisc. 7. numeri 7. in med. Sed &, ſi fidem de pretio habuerit rerum emtoribus, dominium tranſfert, licet ei mandatum fuerit, ut parata pecunia merces vendat: cum ſit, quod in his omnibus ſibi imputet præponens, quod tali commiſſerit rerum ſuarum curam & tractationem; regressus tantum habiturus adverſus inſtitorem, ſi ſi mala fide res aut rerum pretia interverterit, aut aliter in alienandis rebus mandati fines prætergreſſus ſit, arg. l. 1. §. unde querit 9. ff. de exercit. aſſ. Etenim, an iure inſtitor periculo præponentis de pretio fidem habere; an tranſigere; an merces, certo loco vendendas, alio mittere inſpiciendas ac diſtrahendas; an ipſe res ſibi ad vendendum traditas emere poſſit; & quæ hujus ſunt generis alia plura, partim ex forma mandati ſeu præpoſitionis, partim ex generalibus regulis in mandato receptis, definienda ſunt, l. ſed ſi pupillus 11. §. conditio 5. ff. b. t. Sane fidem de pretio per inſtitorem haberi poſuiſſe, niſi nominatim ei mandatum fuerit, ut parato pretio merces vendat, Romanis placuit, dummodo ſecundum mandati naturam diligens ac cautus fuerit in admittenda ac probanda emtoris fide, arg. l. cuiusque 5. §. item ſi inſtitor 15. ff. b. t. Reſponſa Jurisc. Holl. part. 3. vol. 1. conſil. 145. querit. 4. & in confirmatione addita. Neminem autem a ſe ipſo emere poſuiſſe, ne per interpoſitam quidem perſonam, adeoque nec inſtitorem, nec tutorem, res domini præponentis vel pupilli vendentem, earundem poſſe emtorem exiſtere, conſtat ex l. ſi in emtione 34. §. ult. ff. de contr. emt. l. pupillus obligari 5. §. ſed ſi per 5. ff. de auſtione. tur. l. & quid ſub 10. C. de diſtract. pign. niſi ſecundum uſus hodiernos inſtitor ſtatim ab initio, quam primum merces ſibi ad vendendum miſſas recepit, eas ſibi emtas habere conſtituerit, præſente pretio, ſeu tanto, quanti tunc res valebant, illudque eodem tempore rationibus domini præponentis accepto tulerit, ſeu in ejus rationes bona fide tranſcripſerit, ſic ut præponentis non interſit, alium, quam inſtitorem, mercium ſuarum habere emtorem, arg. l. tutor rerum 56. ff. de admin. & peric. tut. Reſponſa Jurisc. Holl. part. 3. vol. 1. conſil. 145. querit. 7. & in confirmatione addita in fine.*

5. Cæſat tamen hæc actio inſtitoria, ſi quis novaverit hanc ex factio inſtitoris natam obligationem, vel ab inſtitore, vel ab alio, novandi animo ſtipulando, l. habebas 13. §. meminisse 1. ff. b. t. uti &, ſi præponens palam, affixa ad tabernam tabella, prohibuerit cum inſtitore contrahi. Sed ſi inſtitor aut alius tabellam corruperit aut amoverit, vel ipſa tabella vetuſtate, pluvia, aut alia ex cauſa legi non potuerit, & ita cum ignorantibus inſtitor adhuc contraxerit, præponentis damnum erit, iſque obligabitur, l. ſed ſi pupillus 11. §. de quo palam 2. 3. ff. b. t. l. quærens in taberna 47. ff. de peculio. Si tamen ex contractu, poſt revocatum mandatum per inſtitorem celebrato, locupletior ſit factus præponens, æquum non eſt, cum cum aliena lucrari factura, ac proinde exceptio revocati mandati per creditorem doli replicatione elidi poſſet, l. ſi quis mancipiis 17. Proculus 4. ff. b. t. junct. l. nam hoc natura 14. ff. de condiſt. indeb.

6. Præter inſtitorkam, in præponentem & heredes

ejus dandam, etiam directæ ex ipſo contractu in inſtitorem actio competit, ſi ille homo liber ſit, arg. l. item ſi filiufam. 7. §. interdum 11. ff. de ſenatuſc. Macedon. l. 1. §. eſt autem 17. ff. de exerc. aſſ. idque durante adhuc officio, non eo finito, niſi inſtitor inſuper ſe ut fidejuſſorem obligaret, l. ult. ff. b. t. Peckius de jure ſiſtendi cap. 4. num. 12. 13. Rodenburch de jure conjugum 1. 3. cap. 1. nu. 18. pag. 339. Reſp. Jurisc. Holl. part. 1. conſil. 192. Ant. Matthæus de auſtione. lib. 2. cap. 5. numeri 35. licet, officio depoſito, hætenus adhuc obſtriſtus maneat, ne contra ſuum factum veniat; nec rem a ſe venditam traditamque vindicet, ſi forte ſuam, tamquam præponentis propriam, venderit ac tradiderit, l. ſervum Titii 49. ff. mandati. Sunt tamen, qui cenſent, ſecundum mores hodiernos, ei, qui cum inſtitore contraxit, electionem non eſſe, utrum contra præponentem, an potius adverſus inſtitorem agere velit, ſed tantum contra præponentem agendum eſſe: niſi quis cum inſtitore, non qua tali, contraxerit, ignorans forte, eum inſtitorem eſſe, quia tunc non alterius, quam ejus, quocumque contraxit, videri poſſet fidem ſecutus; vel niſi præponens neget, hunc, cum quo contractum eſt, ſuum inſtitorem eſſe; vel denique inſtitor ſeſe nominatim pro præponente obſtrinxerit, Sande decr. Freric. libr. 3. tit. 7. defin. 1. Jac. Coren obſervat. 28. num. 47. & ſeqq. Chriſtinaus vol. 3. dec. 33. numeri 9. Groenewegen ad l. ult. ff. b. t. Berlichius par. 1. concl. 75. num. 34. Leeuwen cenſ. for. part. 1. libr. 4. cap. 3. num. 6. 7. 10.

7. Licet autem jure Romano præponens agere non potuerit ex inſtitoris contractu, inſtitorio nomine cum aliis initio, niſi in ſubſidium, cum ſuum conſequi nequit ab inſtitore, l. 1. 2. ff. b. t. arg. l. 1. §. ſed ex contrario 18. ff. de exercit. aſſ. tamen ex quo moribus invaluit, alteri per alterum non certis in caſibus exceptis, uti quidem jure civili, ſed paſſim obligationem queri poſſe, vix amplius dubitari poſſet, quin ex contractu inſtitoris, quæ talis, valida præponenti actio danda ſit. Ac proinde actione venditi recte præponens rerum ſuarum per inſtitorem diſtractarum emtorem conveniret ad pretium, quod necdum inſtitori perſolutum eſt, ſibi potius, quam inſtitori ſolvendum; dum ſi forte foro ceſſit, aut incipit ſuſpectus eſſe: ſi modo prober, ſe rem inſtitori vendendam commiſſiſſe; quod ipſum juri quoque Romano conveniens eſt, l. Julianus 13. §. ſi procurator 25. ff. de aſſ. emt. Grotius manuſ. ad jurispruſd. Holl. lib. 3. cap. 1. numeri 56. Roſeboom Cortuymen van Amſterdam cap. 37. art. 28. Reſponſa Jurisc. Holl. part. 3. vol. 1. conſil. 3. & conſil. 6. circa med. & part. 4. conſ. 3. & conſ. 6. ibique ſubjuncta confirmationes. Quemadmodum ex adverſo etiam actione ex emto utiliter petere poſſet res ſuo mandato per inſtitorem inſtitorio nomine emtas, d. l. Julianus 13. §. 25. ff. de aſſ. emt. quin & tales, inſtitori jam traditas, vindicare, etiamſi forte inſtitor foro ceſſerit; cum ipſum quoque jus Romanum probaverit, miniſterio procuratoris poſſe nobis dominium acquiri, l. ſi procurator 13. ff. de acquir. rer. domin. l. qui mihi 13. ff. de donation. §. pen. Inſtit. per quas perſon. cuique acquiritur, Grotius d. lib. 3. cap. 1. nu. 52. ſi modo doceat præponens; non mandato tantum ſuo, ſed & ſuo præ-

tio res illas emtas esse; quod, deficientibus aliis, ex eo probari poterit, quod institor eas retulerit in præponentis ratione, licet in contrahendo non expressisset, se ex mandato ac institorio nomine comparare, Jacob. Coren observ. 25. Kinschot Responso 99. nu. 5. in editione ann. 1653. Francisc. Kinschot responso 13. numer. 5. Mantica de tacit. & ambiguis convent. lib. 7. cap. 18. Leeuwen cons. for. part. 1. lib. 4. cap. 3. n. 9. Roseboom Coriuymen van Amsterdam c. 37. art. 29.

8. Ceterum inter præponentem ac præpositum mutuas quoque nasci obligationes, expeditum est. Nam & rationes specificas gestorum reddere præponenti, res pro eo emtas ac rerum pro eo venditarum pretia accepta restituere, quasitæque actiones cedere, institor obstrictus est; & si quando mandato non paruerit, in rebus emendis vendendisve, pretiis transmittendis, aliisque similibus expediendis, vel si alio modo per dolum aut culpam, etiam levissimam, præponenti nocuerit, ad id quod interest tenetur, secundum ordinariam mandati naturam, suo loco plenius exponendam.

9. Vice versa institor quoque præponentem constringere potest ad id, ut is patiatur, rationes sibi reddi, quo maturius institor ab officii sollicitudine liberetur, arg. l. admone. 7. C. qui per tutores l. 1. §. ult. ff. de contraria tut. & utiil. ad. Munnos de natiociniis cap. 4. nu. 24. Atque insuper mandati actione contraria indemnitatem consequi eorum intuitu, quæ institorio nomine erogavit in præponentis utilitatem. Quamvis etiam per modum compensationis servare possit sibi eo nomine debita, retentis pro modo debiti rerum per se institorio nomine venditarum prætiis, adhuc penes se existentibus, atque adeo inde sibi ipsi solvere, arg. l. 1. §. prætorica 4. ff. de contrar. tut. & utiil. ad. l. quotiens tutor §. §. sicut autem 5. ff. de admin. & peric. tut. Berlichius part. 1. conclus. prædic. 71. numer. 10. 11. Quin & jure retentionis sibi consulere, si forte merces quasdam, vendendas sibi a præponente datas, possideat, donec sibi debitum a præponente solutum sit; etiam si forte præponens ipse easdem jam alteri vendidisset, ac institori mandasset, emtori tradi. Ut tamen incumbat institori, emtore ita desiderante, docere, tantum, quantum est in rebus, quas retinet, vel amplius, sibi a præponente deberi, Neostadius Cur. Holland. decis. 45. Ant. Matthæus de auction. lib. 1. cap. 19. num. 74. in med. Resp. Jurisc. Holl. part. 1. cons. 203. & 230. in fin. & part. 4. consil. 38. 39.

#### TITULUS IV.

#### De Tributaria Actione.

#### SUMMARIA.

1. Quando locus sit actioni tributaria; & an ea agere possit, qui jam egit institoria?
2. Quorum scientia & patientia adesse debeat, ut tributaria actioni locus sit?
3. Quid venias appellatione mercis peculiaris, & in quibus dices hæc actio ab actione de peculio, ac peculium a merce peculiarari?
4. Quibus datur hæc actio, contra quos, & ad quid agatur? Non est hic potior domini aut patris quam ceterorum causa; nec eorum, qui prius e-

gerunt: potiores tamen sunt, qui privilegium aut hypothecam habent, vel rem vendiderunt & tradiderunt non habita fide de prædio.

5. Quid juris si iniqua inter creditores distributio facta sit dolo, vel errore, & quibus modis dolo per distribuendum fiat?
6. Si servus separatas tabernas aut negotiationes habeat, ad singulas separatim creditores in tributum vocatur: cujus contrarium in nostris mercatoribus ob inane quidam valent.
7. Contraria sententia adscribitur.
8. Ad objectiones respondeatur.

1. Si quis institoria egerit actione, sed cum non recte egisset, dum merx non dominica sed peculiaris erat, ideoque nihil obtinisset, tributaria tamen, tamquam ex alia causa descendente, agere adhuc potest, l. sed si pupillus 11. §. pen. ff. de instit. act. l. quod in herede §. §. egerit 1. ff. b. t. Confer Ant. Fabrum rational. ad d. l. 11. §. pen. & ad d. l. 9. §. 1. Hæc enim locus est, quoties filiusfamilias aut servus in merce peculiarari, non dominica, negotiatus est sciente & patiente patre vel domino; non item eo ignorante, cum actio de peculio tunc movenda foret; & si jussisset, actio pinguior quod jussu, l. 1. pr. & §. 2. ff. b. t. d. l. 11. §. pen. ff. de instit. act. l. item si §. §. interdum 11. ff. de Senatus. Maced. Nec refert, cujus sexus vel ætatis sit filiusfamilias aut servus, l. 1. §. pen. l. 5. §. 2. ff. b. t. nec utrum per se, an per institutorem in merce peculiarari negotietur, ac cum eo contractum sit, l. procuratoris 5. §. item parvi 3. ff. b. t.

2. Scientiam quod attinet, quæ scilicet non plenam domini vel patris voluntatem, sed patientiam habet, sic ut velle non debeat dominus, sed non nolle, l. 1. §. scientiam 3. ff. b. t. si quidem servus pupillæ vel furiosus sit, tutoris aut curatoris scientia ac patientia opus est, l. sed si servus 3. §. 1. 2. l. 4. ff. b. t. si servus vicarius, domini ipsius, non ordinarii servi, scientia spectatur, l. procuratoris 5. §. si vicarius 1. ff. b. t. si plurium dominorum communis, scientia & patientia singulorum exigitur; alioquin ignorantes de peculio, scientes soli tributaria tenentur; & si forte ignorans dominus actione de peculio conveniatur, deducit non modo, quod sibi, sed & quod alteri domino scienti & patienti debitum est, cum ipse sciens ac patienti id possit deducere, quotiens non tributaria, sed de peculio actio, adversus eum movetur, d. l. sed si servus 3. pr. ff. b. t. In servo fructuario quandoque domini, quandoque fructuarii scientia requiritur, prout mercis peculiaris dominium proprietario vel fructuario quæsitum fuerit, l. 1. §. ult. l. 2. ff. b. t. Denique scientia domini ac patientia comparatur, si procurator ejus sciverit ac passus sit, d. l. procuratoris 5. ff. b. t.

3. Locum habet hæc actio in omnia generis negotiatione, si modo in merce peculiarari, per filiumfamilias aut servum exercentur: et licet mercis appellatio angustior sit, ut neque ad servos fullones, vel sarcinatores, vel textores vel venaliciarios pertineat, tamen ad omnes negotiationes hoc edictum prætoris porrectum fuit, l. 1. §. 1. ff. b. t. Ant. Faber in rational. ad d. l. 1. §. 1. Nec tantum ad id, quod in merce est, sed et si præter mercem servus negotiator instrumenta habeat in taberna, ejus exercendæ causa,

vel mancipia in negotiatione ex merce parata, *l. procuratoris 5. §. si praeior 13. & 14. ff. b. t.* vel si in peculio habeat pretium ex mercis peculiaris venditione redactum, illudve ei adhuc ab emtoribus debitum sit, *d. l. 5. §. non autem 11. & 12. ff. b. t.* Distat interim merx peculiaris a peculio, non in eo tantum, quod peculium immobilia aequae ac mobilia complecti queat, merx peculiaris mobilia tantum, *l. meritis appellatione 66. ff. de verb. signif.* sed et, quod esse possit merx peculiaris, etsi nihil in peculio sit, dum illud non intelligitur, nisi deducto eo, quod patri dominove debetur, *l. 1. §. peculiararem 2. ff. b. t.* atque inuper actio hac tributoria de merce peculiari perpetua sit, etiam post mortem aut manumissionem; cum ex adverso actio de peculio post extinguentem morte vel manumissione peculium annalis tantum sit, *l. quia non 8. ff. b. t. junct. t. ff. quando de pecul. act. annalis. ori.* denique etiam tributoria pro merce peculiari emtor servi negotiantis non teneatur deficiente scientia et patientia ejus; qui tamen, ut possessor emti servi, actione de peculio conveniri potest, *l. de perulio 10. ff. b. t.*

4. Datur autem tributoria illis, qui crediderunt filiofamilias vel servo negotianti in merce peculiari, et eorum haeredibus, contra patrem vel dominum, etiam bonae fidei possessorem, ac fructuarium, quoties ad eos pertinet merx peculiaris; contra heredes non ultra, quam quatenus ex dolo defuncti ad eos pervenit; ut tamen proprio ex dolo in solidum teneantur, *l. illud quoque 7. §. ult. l. 8. l. 9. pr. & §. ult. in fin. ff. b. t. non contra emtorem servi, ut ante dictum.* Ad id, ut pater vel dominus aequalum pro rata inter se, si quid ei debeatur, ac ceteros creditores faciat mercis peculiaris, aut pretii inde redacti, distributionem: neque enim hic pater vel dominus extraneis mercis peculiaris creditoribus potiores sunt, sed par eorum cum illis causa est, *l. 1. pr. l. procuratoris 5. §. in tributum 6. ff. b. t. §. introduxit 5. in fin. quod cum eo, qui in alien. potest. sive ante sive post negotiationem in merce peculiari exercitum pater aut dominus filiorum aut servorum suorum creditores esse coperint, quacunque ex causa, l. procuratoris 5. §. sed est quaesitum 7. ff. b. t.* etsi enim peculium regulariter possint adimere, non tamen in pecem aliorum creditorum, *l. non statim 8. in fine, junct. l. summa 21. ff. de peculio.* Neque etiam hac actio, sicut de peculio, occupantis meliorem causam facit, sed aequalem conditionem omnium, quandocunque agentium, *l. non enim 6. ff. b. t.* adeo ut, si unus forte aut pauciores ex pluribus creditores desiderant, integram sibi portionem tribui, non aliter consecuturi sint, quam si cautionem offerant, pro rata se refuturos, si forte alii emergerint creditores, *l. procuratoris 5. §. ult. ff. b. t.* Quae tamen non excludunt jura praedationis, quibusdam creditoribus ex privilegio personali, vel etiam ex eo, quod mercem peculiarem pignori acceperint, quazita; quo fit, ut ipso patre vel domino in merce peculiari potiores sint, *l. procuratoris 5. §. quid tamen 8. & §. plane 17. ff. b. t.* nec impediunt, quo minus illi, qui merces suas vendiderunt ac tradiderunt filiofamilias aut servo negotianti in merce peculiari, fide de pretio non habita, adeoque in creditum non iverunt, easdem ut suas vindicent, tributioni exemptas, *d. l. 5. §. sed si dedi 18. ff. b. t.*

5. Quod si inaequalis mercium, tributioni obnoxiarum, aut pretii inde redacti, distributio facta sit; si quidem sine dolo distribuentis id acciderit, lusus non contra distribuentem, sed eos, qui plus justo consecuti sunt, regressum habet, vi scilicet cautionis per eos interposita, cum petebant ac obtinebant mercis tributionem, *d. l. 5. §. ult. ff. b. t.* si vero concurrente, tribuentis dolo, is de suo creditoribus, ita minus adeptis, hoc damnum reparare compellitur, *l. illud quoque 7. §. si cuius 2. l. 8. ff. b. t.* sic ut duo actionis tributoriae fines sint, alter, quo distributio petitur, alter quo id desideratur, ut ejus jam factae iniquitas & inaequalitas emendetur, *§. praeterea 4. in fin. quod cum eo, qui in alien. potest.* Dolo autem minus tributum intelligitur, non modo, cum inaequalis divisio facta est, dum distribuens negabat sciens prudens, creditoribus deberi, *l. illud quoque 7. §. sed & si negaveris 4. ff. b. t.* sed & si minus consecuti sint creditores ob id, quod dominus vel pater, quiverum loco arbitere a praetore datus est (cum pater vel dominus ipse invitus tributionis onus subire non compellatur, *d. l. 7. §. 1. ff. b. t.*), ab emtoribus mercis peculiaris pretium non exegit; vel merces perire passus est; vel vilioris data opera distraxit; vel eandem avertit; quo casu & stellionatus crimen est, *d. l. 7. §. sed & si mercem 3. ff. b. t. l. §. 1. vers. sed & si quis ff. stellionatus.*

6. Ceterum, si servus aut filiusfamilias separatas negotiationes exercuerint, veluti sagariam & linteariam, vel etiam duas ejusdem negotiationis tabernas diversis in locis, & separatim creditores in hanc vel in illam crediderint tabernam aut negotiationem, visum fuit, eos non promiscue ad utramque mercem aut tabernam, sed separatim, oportere in tributum vocari; eo quod unusquisque eorum meri magis, quam ipsi negotianti, censetur credidisse, *l. procuratoris 5. §. si plures 15. & 16. ff. b. t.* Quod, utrum etiam ad mercatores hodiernos, pluribus in locis tabernas separatas habentes, extendi debeat, ambiguum est. Sunt enim, quibus placet hodie non singulos cujusque tabernae creditores ad suam tabernam separatim, sed promiscue omnes ad omnium tabernarum merces, velut ad unum debitoris patrimonium, in tributum vocandos esse, Groenewegen ad *d. l. 5. §. 15. 16. ff. b. t.* Ant. Matthaeus de aucton. lib. 1. cap. 20. numer. 23. Moti tum eo, quod, qui cum mercatoribus hodiernis, liberis hominibus contraxerunt, non rebus, sed personis eorum credidisse videntur, arg. *l. ult. §. ult. ff. de contrab. emi. ibique DD.* & as alienum quod quisque contrahit, totum patrimonium debitoris minuit, non certi loci facultas respicit, *l. si fideicommissum 50. §. tractatum 1. ff. de judiciis.* Tum etiam quia dispositio *d. l. 5. §. 15. 16.* peculiari nititur ratione, quod nempe servi civiliter obligari non potuerint, indeque creditores merci magis, quam servo negotianti, credidisse visi sint; ac proinde jus hoc porrigi non debuit ad hodiernos mercatores, homines liberos, ex suis contractibus civiliter devinctos. Tum denique, quia pupillo, cujus patrimonium per varias provincias dispersum, ac administrationis intuitu plures inter tutores divisum est, compensari potest, quod tutor ejus rei Asiaticae debet Titio, cum eo, quod vicissim Titius, rei Sirlacae tutori debet; quo ipso arguitur, per separatam rerum administrationem non adstringi cer-



vis quibusdam rebus aris alieni onus, nec conditionem ejus immutari, l. inter tutores 36. ff. de administr. & peric. tut.

7. Sed hæc omnia, penitus examinata, tanti non sunt, ut propterea in universum a jure Romano recedendum foret: quod ut manifestius appareat, duos distinctos casus existimo considerari posse, quorum unus est, quando mercator pluribus in locis tabernas plures per se exercuit; alter, quando per institores, etiam mandato ad æs alienum tabernæ intuitu contrahendum instructos. Si per institores, non dubitandum videtur, quin, uti jure Romano, ita longe magis hodiernis moribus, singuli creditores separatim ad suam tabernam, in quam, seu cujus institori, crediderunt, in tributum vocandi sint. Cum enim in exercitoria & institoria actione secundum jus hodiernum obtineat, eos, qui per magistrum aut institorem navim aut tabernam exercent, liberari posse cedendo creditoribus navim totam aut tabernam, quam magistri vel institoris fidei voluerunt committere, ne alioquin in infinitum obligarentur ex facto alieno, qui non nisi rerum certarum intuitu elegerunt ac probantur præpositorum fidem; sic ut nec personalem ullam ultra habeant actionem adversus præponentem hi, qui cum præpositis contraxerunt; ut dixi t. de exercit. act. n. 5. & t. de instit. act. num. 2. consequens est, ut magis rei seu tabernæ institoris fidei commissæ, quam præponenti aut institori, pauperi quandoque ac villi, credidisse intelligantur; ne utrumque vero totum respexisse præponentis patrimonium, ad quod extra tabernam, pro debito per institorem contracto cessat, nullus ipsis aditus, nulla ætio subsidiaria comparata est. Dum ex adverso, quod ex servi merce peculiari per tributariam servari non poterat, actione tamen de peculio ex reliquo servi peculio, velut patrimonio servilli, consequi potuit, qui mercis peculiaris intuitu ierat in creditum. Ut proinde hoc in casu major, quam jure Romano in tributaria actione, ratio militet pro creditoribus non promiscue, sed separatim ad singulas tabernas in tributum vocandis. Quod si ex adverso, sine institoris interventu quis plures diversis in locis tabernas per se exercuerit, vel institorum opera tantum ad venditiones faciendas atque ministeria præstanda usus fuerit, de cetero ipse æs alienum diversarum tabernarum respectu contraxerit, merces comparaverit, nec institoribus hæc commiserit aut permiserit, non quidem eo casu eundem inficias, quin creditores extra tabernam, in quam crediderunt, ipsum exercentem devinctum habeat ad id, quod ita debet, ex reliquo patrimonio exsolvendum; quia in eo, nunc ex proprio contractu obligato, cessat ratio, cum liberaretur cedendo tabernam pro credito. Sed tamen & hic æquitati convenientius est, unumquemque ea taberna, in quam credidit, aliis alterius tabernæ creditoribus, nec non illis, qui simpliciter crediderunt, potiores esse; ex ratione, a jurisconsulto tradita in d. l. 5. §. sed si duas 16. ff. b. t. ne scilicet ex alterius re merces alii indamnetur fiant, alii damnum sentiant; eoque dimisso, reliquis tabernarum aliarum creditoribus in id, quod superest, actionem dari; cum & hi præcipue quidem certæ tabernæ merces in credendo respexerint, sed nihilominus ipsi etiam tabernæ domino crediderint, ejusque totum patrimonium ac fidem sequi sint eo modo, quo & jure Romano.

illi, qui servo credebant in merce peculiari, primario quidem in tabernam credebant, eamque respiciebant, sed tamen etiam in subsidium totius peculii massam considerabant, ac ejus persequenda gratia comparatam habebant de peculio actionem §. ceterum 5. instit. quod cum eo qui in alien. potestate. Ac pro hac separatione, vel saltem prælatione creditum in tabernam, stat. statutum Antwerpense t. 52. art. 4. Wamesius comur. 4. consil. 62. Scaracca de mercatura tract. de decedentib. parti. ult. n. 20 & seqq. Mævius ad jur. Lubec. lib. 3. t. 1. art. 10. n. 56. & seqq. & hesitanter Mantica de sacis. & ambig. convent. libr. 11. t. 25. numer. 33. Rodenburch de jure conjugum parti. 1. de status. diversis. t. 2. cap. 5. numer. 16. in mod. pag. 94. 95. Salgado de Somoza Labyrinth. creditor. parti. 2. cap. 12. n. 73. & seqq.

8. Neque his contraria sunt adversæ sententiæ argumenta. Verum enim non est, dispositionem d. l. 5. §. 15. 16. ff. b. t. in servis solis locum habere, aut singulari niti a servorum statu desumpta ratione, cum constet, tributariam æque in filiofamilias, ac servo, in merce peculiari negotiante locum habere; in omnibus scilicet, qui aliena in potestate & alieno juri subiecti sunt, pr. junct. §. 5. Instit. quod cum eo, qui in alien. potestate, l. 1. §. potestate, 4. ff. b. t. junct. l. 1. §. potestatis pen. ff. de peculio, l. 1. §. in potestate 21. ff. de exercit. act. Qui consequens est, si filiusfamilias itidem plures tabernas exercuerit, etiam tunc singulos creditores in tributum separatim ad singulas tabernas vocandos fuisse; dum id, quod se servis statutum invenitur in exercitoria, institoria, tributaria, aliisque similibus actionibus, etiam in filiofamilias eodem modo servandum fuit, quoties non aliud nominatim cautum est pr. Instit. quod cum eo, qui in alien. potest. Sed & secundo, si ratio illa, quod unusquisque meriti magis, quam ipsi, in merce negotiant, credidit, jungatur cum altera, itidem in d. duobus paragraphis d. l. 5. proposita, ne ex alterius re, merces, alii indamnetur fiant, alii damnum sentiant; patebit satis, nisi fallor, utramque junctam in liberis hominibus æque, ac servis militare. Et quod attinet, l. 50. §. 1. ff. de judiciis, ea ipsa in fine §. 1. aperte docet, non esse perpetuum illud, quod in prioribus dictum fuerat, non loci, sed universarum facultatum æs alienum esse; æs alienum patrimonium totum imminuere, non eorum loci facultates, sed subinde aliter evenire. Præterquam quod & illis in casibus quibus, tum jure Romano, tum hodierno usu, æs alienum imminuit totum patrimonium, nihil vetat, quo minus creditor in credendo rem unam magis, quam alteram, aut totum patrimonium respiciat; ad id, ut in ea re, cujus intuitu potissimum credidit, ceteris creditoribus potior sit: de quo dubitare nequit, quisquis considerat, magistros navium mercem transvehentes, & artifices operam rebus alienis impendentes, obligatum quidem habere rerum dominum, sed tamen rei suæ operæ melioratæ vel transvectæ incumbere posse, & retentione sibi consulere, donec merces aut impensa soluta sit; ac creditoribus aliis futuros potiores Denique a compensatione debiti & crediti pupillaris, nati ex contractibus diversorum tutorum, separatim regionibus res pupillares administrantium, nihil ad prælationis questionem præsentem inferri potest: cum

etiam privilegiatum debitum cum non privilegiato compensari, certum atque quotidianum sit.

## TITULUS V.

Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur.

## SUMMARIUM.

1. Quo modo filiofamilias ex suis contractibus obligetur, & dissoluta potestate patria obligati maneat, cujus contrarium in servis est. Et quando in solidum conveniri possint sui juris facti, quando gaudeant competentia beneficio? Quid designetur per id, si ex minima parte patri heredes sint?
2. Quo modo debeat filiofamilias contraxisse, vel quasi, ut sui juris factus conveniri possit?
3. An in casibus, quibus filius habet competentia beneficium, deducat prius, quod debet his quibuscum contraxit jam sui juris effectus?
4. Cessat variis in casibus hoc competentia beneficium. An & si conveniatur post multos annos ex quo sui juris factus est? et quid moribus obtineat?

1. Quamvis in plerisque par filiorumfamilias servorumque contrahentium ratio fuerit; tamen illud inter alia interfit, quod servi contrahendo solum dominum civiliter obligaverint, ac ipsos vero naturaliter tantum, sic ut nec liberi facti conveniri potuerint ex conventionibus suis durante potestate dominica celebratis, *l. servi ex delictis 14. ff. de oblig. et action. at filiofamilias non patrem tantum peculio tenus suis ex contractibus devinctum reddere, sed & ipsi plerisque ex conventionibus civiliter & efficaciter obligari tanquam patresfamilias, & ob id cum iis quoque, tanquam cum patribusfamilias, agi potuerit, l. filiofamilias 39. ff. de oblig. et action. denique 3. §. sed utrum 4. in med. ff. de minor. 25. annis, sic ut cum filiofamilias contrahens duos intelligatur habere debitores; filium in solidum, etiamsi pater filio peculium ademisset; patrem de peculio, l. si quis cum filiofam. 44. l. 45. ff. de peculio, licet in filios, quamdiu in sacris harent paternis, ideoque nihil fere proprium habent, executio non dirigatur, nisi peculia talia jure posteriori possideant, in quibus pro patribusfamilias haberi solent. Plane sui juris effecti, ut omnia sibi acquirunt, ac bona habent, ita quoque sententia contra se lata ex negotiis, cum iis durante patria potestate gestis, executionem pati debent; in solidum quandoque: quandoque non ultra quam facere possunt, competentia beneficio muniti. In solidum quidem, si patri ex testamento vel ab intestato, jure civili aut pratorio, directo aut ex causa fideicommissi universalis, vel etiam per inofficiosi querelam heredes extiterint, cum id potissimum inspicatur, an re ipsa patris patrimonium ad filios revolutum, & effectus heredes sint, l. si filiofamilias 5. §. si filio 1. ff. b. t. Non ultra vero quam facere possunt quoties patri heredes cum effectu non sunt, sive pater etiamnum vivat, ut heredes ei esse necdum possint, dum emancipatione aut alio simili modo desierunt esse in vivi parentis potestate, l. ais prator 2. pr. et §. 1. ff. b. t. sive patre defuncto a paterna*

abstinerint hereditate, vel per exheredationem ab ea exclusi fuerint, l. ais prator 5. pr. ff. b. t. 1. et exheredatum 49. ff. de re judicata l. denique 3. §. sed utrum 4. in med. ff. de minor. 25. annis, vel eam quidem adiverint, sed coacti, in fideicommissarii utilitatem, sine lucro & damno suo, l. si filiofam. 5. §. ult. ff. b. t. Idemque secundum Scavolam & Ulpianum in libro vicesimo nono ad edictum, causa cognita statuendum est, si ex minima tantum parte patri suo heredes extiterint, l. ais prator 2. §. ult. l. pater 7. ff. b. t. Quae pars minima, quo modo accipienda sit, non aequè expeditum est, quibusdam censentibus, legitimam denotatam videri quasi quam minorem pater jure suis nequeat filiis assignare; aliis rectius partem illam minimam comparare ad debiti contracti quantitatem accipientibus; si scilicet pars illa, quam filius ex hereditate capit paterna, non aequet mensuram debiti, durante patria potestate contracti, Ant. Faber rational. ad l. 2. §. 1. in fine et ad l. 4. pr. ff. b. t. Quae posterior sententia ex eo quoque abunde firmatur, quod Ulpianus in libro eodem vigesimo nono ad edictum scripsit, etiam tunc, cum ex parte non modica filius institutus est, ac a creditore in solidum conventus, judicem aestimare debere, ne forte in id, quod facere potest, debeat conveniri, l. sed si 4. ff. b. t. quo ipso satis innuitur, arbitrium quoque judicis hoc casu locum invenire, ut considerata ac collocata quantitate debiti & portionis istius hereditariae non modica, adeoque causa cognita, aestimet atque constituat, an filius, ad istam partem non modicam vocatus, in solidum, an quatenus facere potest, executionem pati teneatur; prout pars illa non modica sufficere potuerit aut non sufficere oneri æris alieni, durante patria potestate nati.

2. Nihil autem refert, an filius adhuc vivo patre jam in solidum condemnatus sit, nec ne, l. si filiofam. 5. pr. ff. b. t. Nec, utrum ex vero, an quasi ex contractu conveniatur, veluti, tutelae administratione, l. tutorem 37. §. ult. ff. de admin. & periculator. Nec denique, an sponte contraxerit, an patre jubente; si modo pro se ac suo nomine contractum inierit, l. ais prator 2. l. pater 7. ff. b. t. nam si in re patris, aut ex patris contractu mutuum acceperit, & se paterna abstinerit hereditate, nullo modo, ac ne in id quidem quod facere potest, a creditoribus conveniendus esset, l. si ex contractu 4. C. b. t.

3. Non tamen ex hoc competentia beneficio filius prius deducit id, quod aliis debet creditoribus, quibuscum jam sui juris factus contraxerat, & adversus quos etiam exercere nequit beneficii competentia exceptionem, licet ea sola possideat, quae hoc sibi servavit beneficio, cum per eos conveniretur, quibus durante adhuc patria potestate coeperat ex conventionibus devinctus esse: etsi enim in donatore ita jus sit, ut ex donatione conventus deducat ante, quod aliis debet; tum deinde adversus donatarium sese tueatur competentia exceptione; in aliis tamen contra servatur; eo quod pinguius donatori succurrendum fuit, ne liberalitate sua inops fieri periclitetur, quam ei, qui verur debitum persolvere compellitur, l. & exheredatum 49. l. 50. ff. de re judicata, junct. l. sunt qui 16. l. inter eos 19. ff. eod. l. 1. si filiofamilias 53. in fine, l. 54. ff. soluto matrimon. l. verum est 63. §. id quod 3. ff. pro socio. Nec hic adversa-

tur l. sed an hic 3. in fin. ff. b. t. in qua traditum si qui sint; qui posteaquam sui juris factus est, eum eo contraxerunt, eorum rationem habendam esse. Non enim eo id sensu accipiendum puto, quasi deducendum prius esset, quod ipsis est debitum: sed potius, quod postea quam illi, qui cum eo adhuc filiofamilias contraxerunt, occupando sibi jam acquisivissent, quatenus filius conventus facere poterat, nihil minus actionem ad id, quod adhuc per beneficium competentie filio superest, habeant illi, qui cum eo sui juris facti contraxerint: quorum proinde recte dicitur *haberi ratio*, in quantum exceptione competentie excludi nequeunt, uti quidem priores; qui eum, in sacris paternis adhuc constitutum, inceperant habere obligatum, l. tutorem 37. §. ult. ff. de administratione. & peric. tuorum. Tametsi enim in d. l. 3. in pr. questio de eo formata invenitur, an hic detrahi debeat, quod aiii debeatur? responsio tamen ad quæsitum directo subijuncta non fuit; affirmando aut negando; sed magis per distinctionem declaratum, quid juris creditores habeant, tum qui, cum is alienæ esset potestatis, cum eo contraxerunt, tum qui cum eo convenerunt, postquam erat sui juris factus. De prioribus asseritur, inter eos meliorem esse occupantis & sibi vigilantis conditionem, nisi si quis privilegiarius veniat; huius enim non sint ratione prioris rationem habendam: de posterioribus vero simpliciter dicitur *eorum rationem habendam esse*, non ut prioribus potiores essent, aut ipse debita primum deducerentur ex patrimonio filii, jam sui juris effecti; sed magis, ut secundum ante dicta consequerentur sibi debita, excutiendo debitorem ad peram & sacrum usque, nullo amplius competentie beneficio juvandum. Aliter Ant. Faber in ratione. ad d. l. 3. ff. b. t.

4. Ceterum hoc beneficium, ne ultra, quam facere possunt, excutiantur filii, heredibus eorum datum non est, l. sed si 4. §. soli 3. ff. b. t. Non locum habet, si filius conveniatur ex contractu, quem inivit postquam jam patria erat potestate liberatus, d. l. 37. §. ult. ff. de admin. & peric. tutor. aut cum se dolo male patremfamilias per mendacium dixisset contractus tempore, l. sed si 4. §. interdum 1. l. eum, qui 6. ff. b. t. multoque minus si ex delicto, durante potestate patria perpetrato, conveniatur, d. l. 4. §. quamquam 2. ff. b. t. Nec denique post longum tempus, post multos annos, ex quo filius sui juris factus fuit, nisi causa cognita: quam puto esse sententiam Ulpiani, cum ait, *sed an etiam temporis haberi debeat ratio*, ut si quidem in continentii cum filio agatur, detur actio in id, quod facere potest; sin vero post multos annos, non debeat indulgeri? & mihi videtur rationem habendam esse: in hoc enim causa cognita vertitur, l. sed si 4. §. sed an 4. ff. b. t. Quamvis enim nonnullis ea videatur fuisse mens jurisconsulti, filium in id, quod facere potest tum demum condemnari, cum intra breve tempus ex quo sui juris effectus est, condemnatur; sed nullam omnino adversus eum esse dandam actionem post longa tempora ex contractu inito cum adhuc in potestate esset: quasi in posnam negligentis actoris, & ne filius perpetuo maneret obnoxius eis illis contractibus, ex quibus pari acquirens jure patris potestatis, nullum plerumque lucrum sentiebat, Gothofredus in notis ad d. l. 4. §. 4. Rectius tamen sentiunt, qui post tem-

pus longius non actionem, sed competentia beneficium cessare arbitrantur; tum quia & morte filii beneficium cessat, manente in solidum actione contra filii heredes, d. l. 4. §. 3. ff. b. t. tum quia ratio indulgendi filio hoc competentie beneficium videtur fuisse, ut filio succurreretur novam familiam instituenti, cujus caput futurus esset, ad quod multa impendia desiderantur; sic ut & impensarum talium consideratione parentes tempore emancipationis in emancipatos liberalitatem quandam exemplo dotis & propter nuptias donationis conferre consueverit, l. ut liberis 17. Cod. de collatione. ubi ergo jam diu familia recte ordinata ac instructa erat, ac filius jam diu sui juris multa sibi medio tempore acquirere potuerat, non amplius ea videbatur subesse necessitas subveniendi ei, qui non ita familie instruende necessitate premebatur. Adde Ant. Fabrum ratione. ad l. 4. §. 4. Minor interim hodiernis moribus tituli huius usus est, dum liberi, si adhuc in patria potestate constituti, seu annis viginti quinque minores, contraxerint, ex suo contractu in solidum conveniri possunt, licet a patribus abstineant hereditate, quia & sibi, non patri, acquirunt: nisi restitutionis implorent auxilium, probantes, ætatis lubrico se lapsos in contrahendo ac lesos esse, Groenewegen ad l. 2. & 9. C. b. t.

## TITULUS VI.

### De Senatusconsulto Macedoniano.

#### SUMMARIA.

1. Quid Macedoniano cautum sit, qua ejus occasio? quid sit incertis nominibus credi, nomen bonum fieri?
2. Quid hic veniat appellatione pecunie? solum mutuum filii f. credi vetitum, alii contractus ei permitti, nisi in fraudem senatusconsulti fiat? Qui conveniantur appellatione filiorum? & quo tempore debuerint tales esse?
3. Quibus opponi possit exceptio Macedoniana? an civitati, vel minori? Quis eum opponat? an & heredes ac fidejussores? an ei locus, si mutuum sit non usurarium? an & possit sententiam?
4. Cessat senatusconsultum in pecunia, qua filio acquiruntur, & si jussu patris aut consensu patris mutuum datum sit. An tacitus consensus, si chirographum paterno sigillo munitum sit? an, si non protinus a scientia actum filii, improba-verit, cum ille patre absonie quasi ex mandato ejus mutuum accepisset?
5. Cessat, si instituti nomine contraxerit, vel ei creditum in illor usus, in quos pater daturus esset. Quid si filiof. studiorum causa peregre degenit, vel ephoro ejus creditum? quid si in rem patris creditum & verum? Quid si creditum quidem, sed non verum; vel verum quidem, sed ab initio non creditum in rem patris; & quid moritur?
6. An locus senatusconsulto, si in fraudem patris aut creditorum mutuum filiof. datum sit? quid si filiof. promissum, numeratum jam sui juris factum? Quid si pupillus aut minor dederit? quid si filiof. mercator mutuum acceperit?
7. Quid si filiof. publicanus fuerit? vel se patrem-

- familias dolo dixerit, vel omnium opinionem pro patrefam. habitus sit, non vana simplicitate?
8. Quid si pater, vel filiusfamilias jam sui juris factus mutuum reddiderit? quid si parem ejus sine protestatione, ne in residuum teneatur? quid si pignus dederit, in quo minus est, quam in mutuo dato?
9. Si filius nondum sui juris factus solverit, ipse non repetit. An, & quando pater solutum a filio repetere possit? & quid juris, si numerum soluti jam consummum sint?
10. An cesset, si filiusfamilias ejus renuntiaverit? Quid cum si jurejurando? Quid juris, si filiusfamilias passus sit se delegari? & ad id patri noceat?

1. CUM malo more Macedo, fenerator improbus, pecuniam incertis nominibus edendo, filiusfamiliae praearet peccandi materiam, senatusconsulto Macedoniano cautum fuit, ne qui, qui filiusfamilias mutuum pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis ejus, cujus in potestate fuisset, actio petitioue daretur: ut scirent, qui pessimo exemplo fenerarent, nullius posse filiusfamilias bonum nomen expectata patris morte fieri, l. 1. ff. b. t. Quamvis & ante hoc senatusconsultum jus illud jam magna ex parte penes Romano inducitur fuisse, Tacito, alisque, ad testamentibus, dum melius esse crederentur, juveniles coarctare calores, ne cupidini dediti tristem exitum sentiant, qui eos post dispersum expectat patrimonium, l. ult. §. ipsum autem 5. circa finem C. de bonis qua liberis. Confer Rykium ad Tacit. annal. lib. 11. cap. 13. Incertis nominibus credi dicebatur, cum filiofamilias dabatur mutuum, quia incertum erat, an filius ante patrem moriturus esset, an ei superfuturus; ac, si prior fato fungeretur, nihil recuperare fenerator poterat, sin supervivisset, efficax in eum jam patrem familias, jam patris heredem, aut saltem bona valentem, actio dabatur. Quod tamen ipsum, ut nempe post parentis obitum conveniretur, cum Senatui displicuisset, tanquam peccandi materiam & parentibus insidiandi occasionem praebens; constituit, nullius filiusfamilias nomen expectata patris morte posse bonum fieri; seu, non magis mortuo, quam vivo patre, efficacem feneratori actionem competere ex mutuo, quod filiofamilias malo more numeratum esset, d. l. 1. ff. b. t.

2. Pecuniae autem appellatione licet in sensu latiore res omnes contineantur, l. rei appellatio 5. l. tantum quisque 88. l. cum stipulantur 97. l. pecunia verbum 173. l. pecunia nomine 222. ff. de verb. signif. hic tamen proprie numerata tantum venit, quia pecuniae numerata datio perniciose parentibus eorum visa fuit; nisi res alias in fraudem senatusconsulti datas appareat, l. si quis patrefam. 3. §. 1. item 3. l. item si filius 7. §. mutui 3. ff. b. t. Sed & senatusconsultum is solus offendit, qui mutuum dedit; non item qui alias cum filiofamilias contraxit, puta, vendidit, locavit, stipulatus ab eo est mutuum, quod alius debet, novandi animo, vel cum pro alio mutuum accipiente fidejussorem accepit aut expromissorem, aliisve modis sine mutuae pecuniae numeratione ea in creditum abiit, d. l. 3. §. 3. d. l. 7. pr. l. si quod alii 13. ff. b. t. sive simpliciter in aliarum conventionum terminis creditum

Voet ad Pandect. Tom. III.

substiterit, sive in mutui speciem obligatio prior transfusa sit, dum forte filiusfamilias ex emptione pretium debens, hoc egit cum venditore, ut pecuniam ita debitam tanquam mutuum retineat; cum origo potius & initium obligationis, quam titulus actionis, considerandus sit, l. si filiusfam. 3. C. b. t. arg. l. pretii causa 9. C. de rescind. vend. nisi & hic fraus senatusconsulto excogitata fuerit, ut is, qui credere non potuit, magis ei venderet, & ille rei pretium haberet in mutui vicem; vel si colore quæsito, filiusfamilias, qui mutuum accepturus erat, alio reo dato, fidejusserit pro eo, d. l. 3. §. 3. d. l. 7. pr. & §. 1. ff. b. t. Nec dubitandum videtur, quin & ad znopolas, cetevisarios, coquos, cupidinaros, sartores, ornamentorum venditores, similesque alios senatusconsultum extendendum sit, quoties illi non ignari conditionis eorum, quibuscum contrahabant, ultra modum ad luxum crederentur etiam filiofamilias studiorum causa absentis, l. item si filiusfam. 7. §. quod dicitur 13. ff. b. t. junct. d. l. 3. §. 3. d. l. 7. §. 3. l. sed si paterfamilias 9. §. hoc senatusconsultum 2. verb. ornamenta ff. b. t. Wissembach ad Pand. b. t. num. 27. in med. Nominis vero filiofamilias hic omnes continentur, qui in patria potestate sunt, sive primi sive ulterioris gradus, sive masculi sive foeminae, l. sed si paterfamilias 9. §. hoc senatusconsultum 2. l. filium habeo 14. ff. b. t. §. pen. insit, quod cum eo, qui in alien. possit. Ac sufficit, quod tempore mutui numerati quis in potestate fuerit, d. l. 3. §. ult. & l. seqq. ff. b. t. adeo ut senatusconsulto etiam locus sit, etsi is, qui per adrogationem alieni juris factus mutuum accepit, postea contra adrogationem restituatur, l. 1. §. certo 2. ff. b. t. vel in alterius patria potestate nunc sit, cum agitur, quam erat tempore mutui dati, l. item si filiusfamilias 7. §. si filius 4. ff. b. t. uti & si pendeat, utrum in potestate filius sit, nec ne, dum patrem apud hostes captum habet, ac deinceps pater postliminii jure revertitur; secus, si illic moriatur, d. l. 1. §. 1. ff. b. t. Parumque olim interfuit, cujus dignitatis esset filiusfamilias; cum & in consule ac praetore hoc jus probatum fuerit, d. l. 1. §. ult. ff. b. t. Sed quia jure novo dignitates majores patriam solvunt potestatem, consequens est, nec ultra in iis, qui honoribus talibus conspicui sunt, senatusconsulto locum esse; non magis, quam in illis, qui secundum mores hodiernos per nuptias sui juris effecti sunt; licet in ea patris potestatis dissolutione, quae per dignitatem contingit, illud singulare fuerit, quod patria potestas tantum tolleretur, quatenus liberis damnosa erat, non item commodorum ratione, novel. 81. cap. 2. cum non in favorem filiorum familias, sed in odium feneratorum, ac patris utilitatem, ne vitae insidias pateretur, jus hoc senatui placuisse constet, §. pen. insit. quod cum eo qui in alien. possit. l. qui exceptionem 40. ff. de condict. indeb. commodumque magis sit liberis, liberam, quam senatusconsulto restrictam, habere contrahendi facultatem, Sander dec. Friis. lib. 3. t. 2. defin. 2. Christenhus ad leg. Moebli. t. 9. t. 9. art. 14. n. 7. 8. Ant. Matthaeus de obblig. disp. 9. n. 3. Groenewegen ad l. 1. §. 3. ff. b. t. & ad rubr. C. b. t.

3. Quod si mutuum contra senatusconsulti prohibitionem numeratum sit, creditori certi conditione agenti, & successoribus ejus, opponitur exceptio Ma-

cedoniam, l. item si filiusf. 7. §. non solum 6. ff. b. t. sive privatus sit, qui credidit, sive civitas; cum & civitates privatorum jure regantur, l. nihil interest 15. ff. b. t. junct. l. cum, qui vestigal 16. ff. de verb. signif. nam &, si minor crediderit, hac quoque exceptione repelli posset. Quamvis verum sit, quandoque, causa cognita, minori credenti restitutionem indulgeri, atque ita majorem ætatis, quam senatusconsulti hujus, rationem esse, l. si quis patremfamilias 3. §. proinde 2. ff. b. t. l. verum 11. §. ult. ff. de minor. 25. annis, nec absurdum fuerit, minorum exemplo ipsas quoque civitates causa cognita per restitutionem hic extra ordinem juvari, arg. l. rempublicam 3. C. de jure reipublice, l. reipublica 4. C. ex quib. causis majores, arg. l. illud sciendum 9. ff. de appellat. Adde t. de minor. 25. annis. Opponit autem hanc exceptionem non modo ipse filiusfamilias, sive durante sive dissoluta potestate patria conveniatur; sed & pater ejus, §. pen. instit. quod cum eo, qui in alien. potest. & utriusque heredes, l. item si filiusfam. 7. §. quamquam 10. ff. b. t. ac filiusfamilias fidejussores & mandatores, sive vivo sive mortuo filiofamilias fidejussio facta sit; nisi donandi animo intercessissent, aut ex patris voluntate, l. sed si paterfamilias 9. §. non solum 3. l. creditorem 18. ff. b. t. l. exceptiones 7. §. 1. de exceptione. Neque interest, utrum filiofamilias sub usuris mutua data fuerit pecunia, ac sine usuris; cum ipsa pecunia datio perniciosa parentibus eorum visa fuerit, &, representatis ex ipso mutuo dato futuri temporis usuris, fraus facile senatusconsulto fieri posset, quasi sine usuris creditum esset, l. item si filiusfam. 7. §. sive autem 9. ff. b. t. junct. l. 3. §. 3. ff. b. t. nec, utrum conventus ex mutuo jam condemnatus sit, an etiamnum lis pendeat; nam & post sententiam ad impediendam executionem ejus hac exceptione uti licet, l. tamen 11. ff. b. t. quod tamen secundum praxin non licere, nisi fuerit appellatum, monet Groenewegen ad d. l. 11. ff. b. t.

4. Cessat multis in casibus hæc exceptio; puta in castrensi peculio, l. 1. in fine, & l. 2. ff. b. t. ac jure novo etiam in quasi castrensi & pleno adventicio, arg. novell. 117. cap. 1. §. 1. l. ult. pr. C. de bon. que liberis. Si jussu vel consensu vel rati habitatione patris mutuum ei datum sit, l. Zenodorus 2. l. si permittente 4. l. ult. C. b. t. si tantum 12. ff. b. t. vel nepoti ex jussu avi, non item patris intermedii simul cum nepote in potestate retenti, l. filium 14. ff. b. t. ut tamen ex eo solo jussu aut ratinatio patris non probetur, quod forte filiusf. chirographum paterno sigillo signatum sit; eo quod vel imprudens pater potuisset alia ex causa circumventus signasse, vel eo inscio alius, sigilli nactus possessionem, id dolo malo impressisse, arg. l. distrahente 2. C. de reb. alien. non alienand. Zoësius ad Pand. b. t. n. 9. Ant. Faber Cod. lib. 4. r. 20. def. 3. Perezius ad C. b. t. n. 10. Bockleman. ad Pand. b. t. n. 5. ante med. Secus, si chirographo sui filiofamilias pater subscripisset, l. 1. §. sed & si servi 4. ff. quod jussu, arg. l. fidejussor. 26. §. pater 1. ff. de pign. & hypoth. Vel si cum filiofamilias, absente patre, cautionem conscripisset, quasi ex mandato ejus pecuniam acceperit, & ad patrem literas emisisset, ut eam pecuniam in provincia solveret, pater non statim actum sui filii improbaverit,

sed siluerit; eo quod lex patri necessitatem imposuit, ut continuo contrariæ voluntatis interponat testationem, si nolit actum sui-filiofamilias ratum habere, l. si filiusfamil. 16. ff. b. t. ibique Gothofredus in notis, arg. Clementin. 1. de procuratoribus, Brunnemannus ad Fund. ad d. l. adde Menochium de presumpt. lib. 3. præf. 65.

5. Cessat insuper senatusconsultum, si institorio nomine filiusfamilias mutuum sumserit, sive patre sive extraneo præponente, in quantum institoria actio in extraneum illum, vel patrem præponentem, sine senatusconsulti exceptione datur, l. item si filiusf. §. inserendum 11. ff. b. t. Si in eos usus ei creditum, in quos ipse pater fuisset tantundem daturus, veluti filiof. studiorum causa ex voluntate patris, aut legationis gratia absentis, d. l. 7. §. quod dicitur 13. ff. b. t. l. Macedoniani 5. C. b. t. licet tunc forte filius pecuniam illam perdidisset, l. in pupillo 47. §. 1. ff. de solution. Idemque juris esse putato, si non ipsi filiof. studiorum causa peregrinanti, sed ephoro ejus a patre constituto creditum sit. Vide Ant. Matthæum de oblig. disp. 9. lib. 11. C. 12. Adhæc, si in rem patris ab initio acceptum simulque etiam versum sit; veluti, si filiusf. mutuum sumserit, ut filiam suam, vel sororem suam, quæ patris communis filia est, dotaret, vel ut æs alienam; cujus nomine pater quoque tenebatur, exsolveret, & dotaverit solveritque; cum eo casu de in rem verso actio sit, l. item si filiusfamilias 7. §. sed & si filiusf. 2. l. filiusfamilias 17. ff. b. t. Nam si acceptum quidem in rem patris, in alios tamen usus, patri non utiles, conversum sit, exceptioni locus esset, cessante tunc de in rem verso actione, l. quod si servus 3. §. sed si sic 9. ff. de in rem verso, d. l. 7. §. proinde 12. in fine ff. b. t. Uti e contrario exceptio quoque danda foret, si non in rem patris, sed suam, ab initio mutuum sumserit, etiamsi postea in patris vertisset utilitatem; cum etiam ei locus sit, si ipsi nummi mutuo dati etiamnum extent in peculio, idque secundum senatusconsulti severitatem, l. sed si paterf. 9. §. hoc senatusconsultum 2. ff. b. t. licet alioquin verum sit, actionem de in rem verso etiam tunc locum habere, cum ab initio non in rem domini, sed in peculium, quid acceptum versumque, mox in rem patris conversum sit, l. quod si servus 3. §. in rem 1. in fine, l. si res domino 5. §. ult. ff. de in rem verso. Plane, si ab initio filiusfamilias simpliciter mutuum acceperit, nec expresserit, utrum in suos an in patris usus, deinde autem in rem patris verterit, statim ab initio in rem patris juris interpretatione accepisse intelligitur, ideoque senatusconsultum cessare æquum fuit, d. l. 7. §. proinde 12. ff. b. t. Sed, cum iniquum sit, patrem, in cujus rem versa est pecunia, contra senatusconsultum mutuatæ, locupletiorum fieri cum jactura creditoris, quæ secundum mores hodiernos non eodem, quo apud Romanos, odio dignus est, dum exulat apud nos præsumptio voti captandæ mortis & insidiarum; atque insuper hoc jus, quo retinentur nummi contra senatusconsultum crediti, etiamnum extantes aut utiliter erogati, pertineat ad pœnas legales aliquem jure suo privantes, quæ ab usu recesserunt; præxi magis receptum fuit, senatusconsulto locum esse non oportere, quoties vel extat pecunia credita, vel in patris aut filiofamilias utilitatem versa est, Groenewegen

ad rubr. C. b. t. n. 6. Leeuwen cons. for. pars. 1. libr. 4. cap. 3. n. 12.

6. Non etiam admittenda hæc exceptio, si liber-  
tus in fraudem patroni filiofamilias majorenni pec-  
uniam crediderit, vel etiam minorenni, quoties ei  
ætatis auxilium subventum non est; quia libertus do-  
nasse magis hoc casu in fraudem patroni intelligen-  
dus est, quam contra senatusconsultum credidisse,  
l. si libertus 6. l. 7. l. 8. ff. si quid in fraudem pa-  
troni. Quod forsitan & ad alios in fraudem credito-  
rum mutuum filiofamilias dantes porrigendum est;  
cum nec pupillari tunc ætati parcatur, & tamen ma-  
jor ætatis quam senatusconsulti ratio sit, arg. l.  
quod autem 6. §. si quid cum 10. ff. qua in fraud.  
cred. facta sunt ut restit. junct. l. verum 11. §. ult.  
ff. de minor. 25. annis. Nec minus reprobata sena-  
tusconsulti definitio est, si mutuum filiofamilias pro-  
missum quidem sit, ipseque spe futura numerationis  
ad restitutionem se devinxerit creditori futuro sti-  
pulanti, sed ei demum patrifamilias numeratum fue-  
rit; quia expletur numeratione substantia obligatio-  
nis, l. si quis patremf. 3. §. ult. l. 4. 5. 6. ff. b. t.  
Ut &, si pupillus mutuum dederit, aut minor, im-  
petrata saltem post causæ cognitionem restitutione,  
si tutoris aut curatoris auctoritate numeraverint;  
nam si horum deesset consensus, cum minor cura-  
tore non careret, ipso jure datio nulla foret, num-  
mique extantes possent vindicari, consumiti condici,  
vel de his mala fide consumtis ad exhibendum agi,  
l. si quis patremf. 3. §. proinde 2. ff. b. t. l. verum  
11. §. ult. ff. de minor. 25. annis, arg. §. ult. in-  
stit. quib. aliam. licet vel non junct. l. si curatorem  
3. C. de in integ. restit. minor. Quo modo etiam  
vindictio nummorum patri superasset, si filiusfami-  
lias eos dedisset mutuos, etsi liberam habuisset pe-  
cuniarum administrationem, d. l. 3. proinde 2. in med.  
ff. b. t. Sane si filiusfamilias mercator acceperit  
mutuum, mercatura favore senatusconsultum cessa-  
re placuit; salva tamen mercatori minori in inte-  
grum restitutione, si se lubrico ætatis captum do-  
ceat, Groenewegen ad l. 3. §. 1. ff. b. t. Perezius  
ad l. C. si minor se major dixerit n. ult. in fine.

7. Adhuc senatusconsulto locus non est, si filius-  
familias publicanus fuerit, d. l. 3. §. 1. ff. b. t. vel  
patrefamilias dolo malo dixerit, & ignoranti per-  
miserit, si modo creditor suam probabili ratione ig-  
norantiam edoceat, l. 1. C. b. t. arg. tot. tit. Cod.  
si minor se majorem dixerit, Menoch. de præsump-  
tib. 3. præf. 83. num. 2. vel omnium opinione, non  
vana simplicitate aut juris ignorantia, pro patrefa-  
milias fuerit habitus, dum sic agebat, sic contrahe-  
bat, sic muneribusungebatur, ut publice patrefa-  
milias plerisque videretur, d. l. 3. præf. ff. b. t. l. Zo-  
navorus 2. Cod. b. t. Unde, si duo simul mutuum  
filiofamilias credidissent, quorum alter illum ejus es-  
se conditionis sciebat, ignorabat alter, verius di-  
cendum est, utrique nocere; cum ignorans inquiren-  
do scire potuisset atque debuisset ex altero creden-  
di reo, conditionem ejus, quocum contrahebat, l.  
iam si filiusf. 7. §. proinde & si 7. ff. b. t. junct.  
l. qui cum alio 19. ff. de reg. juris, & senatuscon-  
sulti exceptio ei demum non obstat, qui scire non  
potuit, filiumfamilias esse eum, cui credebat, l. pen.  
ff. b. t. Confer Menochium d. lib. 3. præsumpt. 83.  
n. 15. & seqq.

8. Denique, si pater, vel ipse filius jam sui juris  
factus, aut fidejussor ejus, mutuum creditori resti-  
tuerint, nulla soluti per indebiti conditionem repe-  
titio est; eo quod hæc Macedoniani exceptio illis  
adnumerata fuit, quæ in odium ejus, cui debetur,  
inducta ipsum non perimit vinculum naturalis ob-  
ligationis, inhibentis plerumque soluti conditio-  
nem, nisi forte a curatore per ignorantiam solutum  
sit, l. item si filiusf. 7. §. pen. & ult. l. 8. l. 9. §.  
pen. & ult. l. 10. ff. b. t. l. si pater 19. l. qui ex-  
ceptionem 40. ff. de condict. indeb. Quæ eo vera sunt,  
ut, si pater, vel ipse filius sui juris factus, partem  
debiti solverit, in dubio totum intelligatur debitum  
ratum habuisse, ac in reliquum conventus, non ul-  
tra se possit hoc Macedoniani auxilio tueri. Et hoc  
voluit Ulpianus, cum scripsit, si pater solvere cape-  
ris, item si paterfamilias factus solveris partem de-  
biti, cessare senatusconsultum, nec solummodo repe-  
tisse. Cessat scilicet senatusconsultum, quantum ad  
partem adhuc expolvendam; cessat repetitio quan-  
tum ad eam, quæ soluta jam est, d. l. 7. §. pen. &  
ult. ff. b. t. arg. l. cum fidem & C. de non nume-  
rata pecun. Costalius ad l. 7. §. si filiusfam. ff. b.  
t. Dissent. Bachovius ad Treutl. vol. 1. disp. 20.  
thes. 8. lit. a & b. nisi protestatus nominatim fue-  
rit, cum partem solvebat, non ultra eam, quam præ-  
stabat portionem, probari a se mutuuum ratumque  
haberi; cum pecunia partim bene, partim male ac  
contra senatusconsultum creditam animadvertens,  
prohibendus non videatur bonam fidem agnoscere,  
atque ita partem solvere, de parte altera litigatum  
ire, arg. l. ult. in fine principii ff. de exercit. ass. l.  
quidam existimaverunt 21. ff. de rebus cred. l. per-  
mittendum 8. ff. si pars heredi. pot. Potestque pro-  
testatio hujuscemodi tacita etiam videri subesse, cum  
pater, vel ipse filius sui juris effectus, in mutui se-  
curitatem rem pignori dedit, debito integro exsol-  
vendo haud sufficientem; quo casu obtinuit, sena-  
tusconsulti exceptionem non ultra denegandam esse,  
quam usque ad pignoris quantitatem; l. sed si pa-  
terfam. 9. præf. ff. b. t. Et sane, cum pignus solum-  
modo accessio quadam sit, absurdum foret, ultra  
pretium ejus minus efficacem firmari obligationem  
principalem. Quod enim Zoësius placuit b. t. num.  
23. hanc suggerere diversitatis rationem inter pi-  
gnus minoris valens pro mutuo obligatum, & partis  
solutionem, quod solutio spontanea magis sit, pigno-  
ris vero datio coacta; probandum haudquaquam est,  
nec facit penitus ad rem præsentem; quia, ubi de-  
bitum tale subest, quod efficacem non habet exa-  
ctionem, quale & hoc nostrum est, non minus spon-  
taneam constat pignoris dationem quam debiti so-  
lutionem esse; dum ad neutrum compelli potest,  
qui ita debet.

9. Quod si filius solverit adhuc in sacris paternis  
constitutus, ipse quidem nummos solutos haud repe-  
tit, sive vivo patre ac durante patria potestate, si-  
ve eo jam mortuo, etsi ipse patri heres sit, l. si non  
sortem 26. §. filiusfamilias 9. ff. de condict. indeb.  
sed tamen pater ejus illos extantes, licet filiofamilias  
donatos, vindicare potest, quia jure patris po-  
testatis eorundem dominus est; consumptos condici;  
nisi ea lege filiofamilias donati essent, ut is inde  
creditori solveret; quia tunc a donatore ad credito-  
rem protinus pecunia videtur profecta, l. sed si pa-

terram. 9. §. 1. ff. b. t. vel nisi nummi, a filiofamilias restituti, bona fide per creditorem consumpti sint; de qua consumptione bona fide facta intelligi oportet Ulpiani verba in l. si filius. 14. ff. de rebus credit. uti ex adverso de consumptis mala fide, quæ idem Ulpianus habet in d. l. 9. §. 1. in fine ff. b. t. Besoldus delib. juris ad Pand. b. t. n. 4. nisi forte magis placeat, de consumptis dissensum fuisse veteres inter Jurisconsultos; Julianum omni casu consumptorum dedisse repetitionem, Marcellum denegasse; utriusque sententiam Ulpiani scriptis fuisse comprehensam, eam quidem, quæ Marcelli est, in d. l. 14. ff. de reb. cred. Juliano vero in d. l. 9. §. 1. ff. b. t. sed neutram ab Ulpiano, nihil in alterutro textu definiente, probatam fuisse aut improbatam.

10. Non tamen cessat hæc exceptio, si filiusfamilias ei renunciaverit: cum enim non in favorem ejus, sed in odium fœneratorum & patris utilitatem introducta sit, l. qui exceptionem 40. ff. de condit. indeb. §. pen. Inrit. quod cum eo, qui in alien. poter. frustra filiusfamilias renunciaret juri non suo, sed publico paternoque; ut proinde nec justicandum talem firmare queat renunciationem; quippe quod sequitur naturam actus, cui apponitur, arg. l. non dubium 5. C. de legibus. Adde tit. de jurjurando num. 4. Confer Zoesium ad Pand. b. t. n. 27. 28. Fachineum contro. lib. 2. cap. 6a. Bronchorst mi-

scellan. cont. 1. assert. 62. Gregorium Tholosan. sym. jur. civil. lib. 29. cap. 15. num. 18. Besoldus delib. juris ad Pand. b. t. num. 4. Ant. Matthæum de oblig. disput. 9. thes. 17. Si tamen per creditorem suum, cui poterat exceptionem opponere, alteri se delegari passus sit, ipse quidem exceptione destitutus erit adversus eum, cui delegatus est; æque, ac cariturus esset indebiti conditione, si naturalem fecisset istius debiti solutionem, l. doli exceptio 19. ff. de novation. sed non ideo patri nocitura est delegatio, quominus ipse, ex mutuo filiofamilias sui conventus, hac sese senatusconsulti exceptione tueatur; uti solutorum habuisset conditionem aut vindicationem, si filius. ipsius solvisset potius, quam per delegationem se devinxisset, arg. d. l. 9. §. 1. ff. b. t. præsertim, si consideremus, assimilatum solutioni in hoc ipso senatusconsulto fuisse novationem, cujus delegatio species est, l. Zentodorus 2. C. b. t. aut, si qua in parte diversitas sit, illam in eo consistere, quod novatio subinde minus quam solutio inhibeat ac subvertat Macedoniani potestatem; in quantum soluti per filium jam sui juris factum condicio nulla est, etsi facti errore lapsus solverit, ut ante dictum, contra vero, per facti ignorantiam novatione per eum, jam patrefamilias effectum, interposita, si ex stipulatione conveniri coperit, in factum exceptione uti potest, l. ult. ff. b. t.

## LIBER QUINTUSDECIMUS.

### TITULUS I.

#### De Peculio.

#### SUMMARIA.

1. Qui prolixius de peculio videri possint?
2. Quid sit peculium, & quales res in eo esse possint?
3. Quotuplex sit peculium in servo & filio. & quid juris filiofamilias aut patre ejus in singulis peculii speciebus habeat?
4. Quid moribus obtineat, & an ad profectitium pertineant dona susceptoris de fonte baptismatis? quid si lucrati sint liberi ex operis suis, dum in potestate erant & a patre nutriebantur? quid si separatione negotiati sint, vel una cum patre jure societatis & vel peregre habitantes, ibi lucrentur, an tunc a patre alendi sint?
5. Si filius sua industria admodum auctis pariter patrimonio, an in divisione ei aliquid jure præcipui assignandum sit?
6. An usufructus adventitii peculii moribus nostris patri cedat?
7. Unde nascatur actio de peculio, & quibus competat?
8. Contra quos datur?
9. Ad quid condas?
10. Quamvis per patrem aut dominum consentum hac actio prius sint in peculio deducenda vel non?
11. Quod usque moribus nostris dominus & pater en-

famulorum aut ancillarum aut liberorum factis obligentur?

1. Quamvis amplissima peculiorum materia sit, quippe per universam fere jurisprudentiam dispersa; tamen, quia in singulis juris partibus etiam pro instituti ratione ejus injecta mentio est, ac definita pro re nata controversiæ, consulem duxi summo tantum digito prima ejus principia hoc loco tangere, ac paucis aucta ex meo juris compendio repetere, ne ordo interruptus sit: ultra quæ si quis plura de peculio congesta scire cupiat, videat Ant. Fabri rationalia ad hunc tit. Meyeri collegium Argenter. & D. Bockelmann comment. ad Pand. b. t. & D. D. ad §. 1. & 2. Infil. per quas person. cuique acquir.

2. Peculium, (quo quandoque mulieris parapherna designantur, l. si ego Seja 9. §. ceterum 3. ff. de jure dot. quandoque pecunia, præditi causæ reposita, l. si choros 79. §. 1. ff. de legatis 3) in hoc titulo est pusilla pecunia, seu pusillum patrimonium, quod filiofamilias aut servus a rationibus patris aut dotiniciis separatim habet, l. depositi 5. §. 3. & 4. ff. b. t. ac consideratur velut quadam rerum universitas, nec corporis, sed juris nomen est. Unde cum rei vindictio tantum in rebus corporalibus probata esset, Julianus monuit, non ita peculii, uti quidem græcis, vindicatione receptam esse, l. vindictio 59. ff. de rei vindicat. Potest enim, exemplo hereditatis, sub ea complexi omnis generis res, mobiles, immobiles, incorporatas, atque



etiam id, quod dominus suo servo debet, si modo servi sui debitor manere voluerit; quod non presumendum, si servo suo peculium legaverit, *l. quam Tabernoni* 7. §. *per ff. b. t. junct. §. si peculium 20. Instis. de legatis*. Et licet ex sola vestis datione non nascatur peculium, *l. peculium nascitur* 40. §. 1. *ff. b. t.* nihil tamen vetat, quo minus aliis cum rebus etiam vestis in peculio sit, quoties dominus ita dedit, ut eo vestitu servum perpetuo uti vellet, eoque nomine ei tradidit, ne quis alius eo uteretur, idque ab eo ejus usus gratia custodiretur, non item si dederit tantum ad certum, certique temporis usum, veluti cum sequeretur eum, vel comanti ministraret, *l. id vestimentum* 25. *ff. b. t.*

3. In servis quidem unius tantum generis peculium est, idque ex mera domini voluntate, non nudis verbis, sed re, per veram fictivam traditionem declarata; quod & dominus suo potest arbitrio adimere, modo ne id agat dolo malo in necem creditorum, *l. peculii est* 4. *pr. C. §. 1. l. summa cum 21. ff. b. t.* In filiisfamilias vero quadruplicem lex induxit peculii speciem, puta, castrense, quasi castrense, profectitium, & adventitium. Castrense & quasi castrense pleno jure filiofamilias acquiritur, sic ut in utroque pro patrefamilias per omnia habeatur: sive de dispositione inter vivos, sive de ea, quæ ultimæ sit voluntate, questio sit. Profectitium patri in universum acquiritur, *§. 2. Instis. per quas person. cuique acquir.* licet filiofamilias in eo hoc juris habeat, quod, occupatis a hoc bonis paternis pro debito fiscali, peculium hoc ei ex constitutione Claudii separaretur; quæ sic nullam pater patitur capitis diminutionem, adeoque perdurat potestas patris, ac termini habiles peculii manent, *l. denique §. sed utram 4. in fine ff. de minor. 25. annis*. Quæ aliter servatur, si pater ob delictum deportatus bonorum quoque publicationem passus sit; tunc enim cum ceteris bonis patris etiam profectitium filii peculium fit, eo cedit, qui inde intra annum actione de peculio conveniri potest; nec separatur jam filio, quia per deportationem dissoluta patris potestas non, non amplius peculium intelligi poterat, aut separari in gratiam ejus, qui sui juris factus est, *l. 1. §. alimentatio 4. ff. quando de pecul. actio ann. est*. Adventitii proprietatem filio, usufructum patri cedere exceptis quibusdam casibus, traditum *ib. de usufructu num. 6.*

4. Nec dubitandum videtur, quin, quantum ad acquisitionem peculiorum attinet, etiamnum hodie Romani juris dispositio in plerisque probata sit; in quantum castrense & quasi castrense filii, profectitium patris patrimonium intelligitur, ad quod profectitium etiam pertinent dona per susceptores de fonte baptismatis in infantes susceptores collata; cum non infantum intuitu, sed parentum contemplatione, hanc exerceri liberalitatem, in aperto sit; nisi aliud nominatim donationis tempore dictum fuerit, Groenewegen ad §. 2. *Instis. per quas person. cuique acquir.* & ad l. 19. *ff. b. t. parens p. mem. Paulus Voet ad §. 3. Instis. de stipulat. servor. n. 2. C. ad §. 1. Instis. per quas person. cuique acquir. num. 4. Abr. & Wesel de communi bonor. sortis. præf. 2. cap. 2. num. 111. C. regg. usque adeo, ut etiam muneris talia cum reliquis parentum bonis dividenda sint, ac ex his quoque uxor aut filius primogenitus*

vas argenteum jure præcipui possit deducere illis in locis, in quibus præceptiones tales municipali lege inducuntur, veluti Ultrajecti. D. Someren de jure novorcarum cap. 10. *seff. 1. num. 3.* Sed & ad profectitium reducenda, ac parentibus cedunt, quæ liberi in familia patris constituti, & patris impensis nutriti, medio tempore; eo quod ex operis quasita cum alimentis præstitis compensanda sunt; nec ulla invidia est, ad patrem reverti, quod ex re patris quasitum fuit, *d. §. 1. Instis. per quas person. cuique acquir. arg. l. ejus quod 2. C. de patr. potest. Hugo Grotius manud. ad jurispr. Holl. lib. 1. cap. 5. num. 3. Sande dec. Frisic. lib. 2. tit. 7. defin. 3. Gudelinius de jure novor. lib. 1. cap. 13. vers. quid moribus* D. Someren de jure novorcar. cap. 12. n. 7. Leeuwen *cons. for. part. 1. lib. 2. cap. 12. num. 4.* Si tamen filius in domo patris habitans, separatim a patre negotiatus fuerit, vel etiam una cum patre, sed societatis jure, in certam quandam negotiationis partem ab eo assumptus, sibi non patri, acquirat, quæ ita lucrifecit, Responsa Juris. Holl. *part. 4. cons. 176. quart. 3.* Quod multo magis tunc quoque obtinebit, cum filius non in domo patris, sed seorsim, vel peregre habitans, malum lucrifecit; quo casu vicissim quoque de suo sese exhibere debet, nec jure medii temporis alimenta a patre sibi subministrari petit, licet in assignatione bonorum parentis alterutrum prædefuncti per superstitem facta id actum esset, ut usque ad majorem aetatem incurreret assignanti alendi onus, cum sufficienter alere intelligatur, qui liberos suos iis imbuti curavit artibus aut opificiis, unde se honeste secundum suam conditionem possunt exhibere, *arg. l. si quis a liberis, 5. §. sed si filius 7. ff. de acquit. C. alend. liberis, arg. l. secundum materiam 10. ff. de reg. juris, Hugo Grotius manud. ad jurispr. Holland. lib. 1. cap. 6. num. 11. Responsa Juris. Holl. part. 1. consil. 41. quart. ult. & par. 3. vol. 2. consil. 14. num. 2. Dissent. Vinnius de collation. cap. 14.*

5. Quid imo si filius patri aut matri cohabitans, nec separatim, nec societatis jure, sed nomine parentis inque utilitatem ejus negotiatus fuerit, ac sua industria admodum parentis auxerit substantiam, etiam post obitum parentis ejus oportere rationem haberi, ac jure præcipui modicum quid viri boni arbitrato filio isti ante divisionem patrimonii adjudicandum esse ex æquitate, multis placet, quos citat & sequitur Groenewegen ad §. 2. *Instis. per quas person. cuique acquir. num. ult. Leeuwen cons. for. part. 1. lib. 2. cap. 12. num. 4. Zoënius ad Pand. tit. de collation. n. 44.* Quod longe magis probandum fuerit si acquiescit inter vitricum aut novercam & privignos dividendi sint; cum non ita novercæ vel vitrico, atque quidem parentibus, operis a liberis debita sint, Sande *dec. Frisic. lib. 2. tit. 7. defin. 3. D. Joh. & Someren de jure novorcar. cap. 12. n. 7.*

6. Adventitium peculium quod attinet, etsi multis in locis etiamnum obtineat, usufructum patri dari, secundum juris civilis definitionem; tamen apud nos & in vicinis regionibus contra servatur, vel illi, a quibus adventitia in filiisfamilias collata aut devoluta sunt, nominatim parenti usufructum concesserint, vel usufructu ad liberorum educationem opus sit, dum is non superet alimentorum

præstandorum modum, arg. l. ult. ff. de petit. hered. Responsa Jurisc. Holl. part. 4. consil. 275. quæst. 3. Grotius d. lib. 1. cap. 6. n. 6. 7. Groenewegen ad d. §. 2. Instit. per quas person. cuiq. acquir. Ant. Matthæus de auct. lib. 1. cap. 18. num. 13. Parens p. m. Paulus Voet ad §. 1. Instit. per quas person. cuique acquir. num. 6. Abrah. a Wesel ad novell. constit. Ultraject. art. 10. num. 125.

7. Respectu omnis peculii servorum, & intuitu profectitii filiorumfamilias, prodita fuit actio de peculio, quæ est personalis, in rem tamen scripta, perpetua, si modo principalis actio, cujus hæc est adjectitia qualitas, perpetua sit, l. 2. pr. ff. quando de pecul. act. annal. est, ex contractu vel quasi-contractu filiifamilias, aut servi, non item ex delicto, l. 1. §. si filiifamil. 7. ff. de his, qui effud. vel dejecerint, nisi pater aut dominus locupletior inde factus sit, l. 1. §. ideo 3. §. ult. ff. de act. rer. amoc. l. licet tamen 3. §. ex furtivo 12. ff. b. t. vel filiifamilias ex delicto jam condemnatus sit; eo quod iudicio quasi contrahitur; ac proinde in partem actionis iudicati de peculio, quasi ex contractu est, d. l. 3. §. idem scribis 11. ff. b. t. Competens illis, qui cum filiifamilias aut servo contraxerunt, etiam emporibus servi contra venditores intra annum de eo, quod emtor servo adhuc alieno credidit, deducto eo, quod in peculio servus apud emtorem habet, l. 1. §. ancillarum 27. §. in venditorem 6. ff. b. t. ut & fructuariis, qui cum suo servo fructuario, proprietarii intuitu contrahente, conventionem iniverunt, deducto tamen hic etiam eo, quod penes ipsum fructuarium est ex peculio, l. si creditor 37. §. ult. ff. b. t. non item, si servus fructuarius, vel alienus bona fide possessus, ex re ipsius fructuarii vel bonæ fidei possessoris quasita, fructuario promiserit aut possessori, l. liber homo 18. ff. de verbor. oblig.

8. Datur contra patrem, ac cujuscunque ætatis aut sexus dominum, ac quorvis peculii possessores, sive heredes sint, sive legatarii, sive alii, ad quos peculium pervenit, l. licet 3. §. 2. 3. l. 1. §. ancillarum 27. §. si servus 2. ff. b. t. Si plures sint domini, contra singulos in solidum, si modo apud omnes peculium sit, quo casu unus in solidum condemnatus iudicio societatis aut communi dividundo consequitur a ceteris, quod amplius sua portione solvit, d. l. 1. §. ancillarum 27. §. ult. ff. b. t. Sane si plures uni domino heredes extiterint, vel plures sint peculii possessores, separatim partes peculii, non communiter totum, possidentes, pro parte tantum in singulos hæc de peculio actio, quasi scissa inter eos, danda foret, l. item cum testamento 14. §. 1. l. 15. l. si quis servum 29. l. quaritum 30. §. si cum 1. ff. b. t. Quin imo, si alius proprietatem servi, alius usumfructum habeat, fructuarius in negotiis ex re sua vel operis servi profluentibus de peculio conveniendus est; proprietarius in aliis, l. ex ea causa 2. ff. de peculio, ut tamen excusso prius fructuario, in subsidium de peculio proprietarius teneatur, & vice versa, l. hinc quaritur 19. §. poss. 1. ff. b. t.

9. Tendit hæc actio ad id, ut præstetur quatenus est in peculio, cujus quantitas inspicienda tempore rei iudicatur. Unde fit, ut huic actioni etiam locus sit, licet tempore litis contestatæ nihil in peculio reperiatur; si modo termini habiles sint, ut antea sententiam quid in peculio esse possit, dum adhuc

vivit filiifamilias aut servus, ac perdurat in potestate, l. quaritum 30. pr. ff. b. t. l. Fulcinius 7. §. si quis actione 15. ff. quib. ex causis in possess. eat, secus, si nec sit in peculio tempore litis contestatæ, nec deinceps futurum speretur, dum morte, emancipatione, manumissione, similibusque modis, dominica vel patria potestas jam finem accepit, l. eo tempore 30. pr. ff. b. t.

10. Censetur autem esse in peculio, quod superest, deductis iis, quæ domino aut patri debentur, nec non illis, quos hi in sua habent potestate; quorumve negotia tanquam negotiorum gestores, tutores, curatores, procuratores, aliove simili modo gerunt. Cum enim in his casibus pupillo, minori, domino, tenerentur ex eo, quod non a se exegissent, quod iis debitum, quorum tractant negotia, jus fingit, eos id ipsum a se jam exegisse, ideoque illud haud amplius videri in peculio existere, l. sed si damnam 9. §. peculium 2. §. seqq. ff. b. t. Nec interest, utrum ex contractu quid domino servus debuerit, an ex rationum reliquis, an denique ex delicto, veluti furto, idque rei ipsius, non penæ intuitu, d. l. 9. §. si ve autem 6. 7. ff. b. t. sed & quod pater vel dominus pro suo filio, aut servo ex jussu vel fideiussione sua vel actione tributoria, vel noxali iudicio conventus, solvere debuit, dum cum iis contrahi, vel pro iis fideiussit, vel minus reliquis mercis peculiaris creditoribus, sibi plus, quam oportet, ab initio tribuerat, deducere potest, quoties id in rem ipsius verum non est, d. l. 9. §. ult. ff. b. t. l. ult. ff. de tribut. act. cuius etiam necdum soluti intuitu creditores, consequentes quantum in peculio est, cavere tenentur patri dominove, se refuturos; si quid præstiterit pater aut dominus hoc nomine conventus, d. l. 9. §. ult. ff. b. t. ceteri hæc de re inter veteres Jurisconsultos videatur fuisse dissensus; Juliano quidem etiam deductionem ejus, quod pater aut dominus ita debet, eidem concedente d. l. ult. ff. de tribut. act. Marcello melius existimante, creditores interim cautione defungi, ut mediæ temporis interursurium consequantur; quod & Ulpiano magis videtur placuisse, d. l. 9. §. ult. ff. b. t. Quod si servus semet ipsam mutilando deteriore se reddiderit, aut se ipsum occiderit, id de peculio actione conventus dominus non deducit, d. l. 9. §. si ipse servus 7. ff. b. t. uti nec, si in noxali iudicio non litis æstimationem obtulerit, sed ipsum servum noxa dando liberatus sit, l. si noxali 11. pr. ff. b. t. Quod si plures sint heredes unius domini, singuli pro rata conventi etiam pro rata tantum parte deducunt, l. item cum testamento 14. ff. b. t. Et, si plures sint peculii possessores, si quidem pro sua tantum parte conveniantur, non ultra id, quod sibi debitum, deductionem habent; sin unus eorum in solidum, quod fieri potest, cum non pro diviso, sed communiter omnes peculium teneant, etiam ejus, quod reliquis est debitum peculii possessoribus, deductionem habet, l. sed si duo 15. ff. b. t.

11. Ceterum moribus hodiernis domini ex familiarum & ancillarum contractibus aut factis, quibus ipsi auctoritatem ac consensum non accommodarunt, non tenentur ultra mercedem pro operis constitutam & necdum solutam; nisi aliud municipali lege certis in casibus invenitur dispositum, Mantica de contrah. & ambig. consens. libr. 8. c. 10. numer. ult.

Hugo Grotius *manad. ad jurispr. Holl. lib. 5. cap. 1. n. 49.* Groenewegen *ad rubric. ff. b. 1. Confor quia dixi 1. de nozal. adion. num. ult.* Similiter nec parentes ex contractibus liberorum, Grotius *d. lib. 5. cap. 1. numer. 49.* adde *d. numer. ult. tit. de nozal. ad.* Hinc & si filius post mortem patris solverit debitum, quod ipse durante patria potestate contraxerat, nullam eo nomine a reliquis patris hereditibus repetitionem habet; cum absurdum esset, magis heredes patris, quam ipsum patrem, devinctos esse, Groenewegen *ad l. 30. ff. b. 1. et l. 58. ff. de condit. indeb.* nisi vel jussu patris contraxisset, vel pater pro eo, arg. *sol. 1. ff. quod jussu.* Quod apertius intelligitur, si consideres, solos minores apud nos & pleseros alios in patris esse potestate, eamque tutelæ seu cura exemplo finire per maiorenitatem; ut dictum *1. de adoption. numer. ult.* Si enim filium natu majorem contraxisse concipias, ipse efficaciter, utpote sui juris, obligari potest ac iudicio conveniri; patrem autem nullo modo obligatum reddit, uti ipso etiam jure Romano nulla ex filii emancipati contractu in patrem actio erat. Si vero durante minorennitate eum fingas contraxisse, si quidem jussu & auctoritate vel ratihabitione patris, qua talis, dubium vix esse potest, quin pater non peculio tenns, sed in solidum, obligatus sit: sive tunc pater possideat adventitia quædam ad suam filiumfamilias pertinentia, quorum legitimus administrator est, sive nulla omnino, arg. *d. 1. quod jussu.* sin sine patris voluntate, nec patrem, nec sese, efficaciter obligat, nisi quatenus inde ipse vel pater locupletior factus est; cum constet, minores ob hanccuram ætatis sine curatoribus contrahendo non posse semet obstringere, ideoque invitos nunc recipere curatorem; sed potius ipso jure nullum esse, quod ita gestum est, exemplo eorum, qua jure civili per pupillos sine consensu tutoris acta erant; adeo ut nec restitutionis auxilium opus sit, etsi ex abundanti forte imploretur, & solum, velut indebitum, condici possit, arg. *l. quod pupillus 41. ff. de condit. indeb. l. in caus. 16. pr. ff. de minor. 25. annis.* Sande *decis. Frisic. lib. 3. t. 1. defin. 1. Argentraus ad consue. Britann. art. 214.* Anton. Matthæus *de obligat. dispur. 9. lber. 19.*

## TITULUS II.

Quando de peculio actio annalis est?

## SUMMARI A.

1. *Quamdiu duret actio de peculio post extinctum peculium? & quo modo extinguatur peculium?*
2. *Quis teneatur actione de peculio, si extraneo vel ipsi servo manumisso peculium legatum & traditum sit?*
3. *Alienato servo, an, & quando partim contra alienantem, partim contra eum, in quem alienatio facta, agi de peculio possit?*
4. *Quamdiu duret actio de peculio, si pater jure potestatis in filios, castrense peculium successerit?*
5. *Quis moribus conveniendus, si filiusfamilias mortuus sit?*

1. Si peculium extinguatur, (quod fit morte etiam sum, cum servus ordinarius moritur, si cum

vicario contractum sit, *l. servus 19. §. 1. ff. de interm. verso*, uti & emancipatione, manumissione, alienatione, aliisque modis, at non captivitate, propter postliminii jus, *l. 1. pr. l. 2. §. 1. & passim ff. b. 1.*) actio quoque de peculio perit. Sed ne casus improvisus creditoribus sine sua culpa noceat, prator eam extendit usque ad annum utilem, ex eo tempore computandum, ex quo primum ab extincto peculio experiundi potestas fuit, *l. 1. §. annus 2. ff. b. 1.* nisi principalis actio temporis brevioris spatio per leges circumscripta sit, veluti redhibitoria sex mensibus durans & quanti minoris æstimatoria certis in casibus; tunc enim nec ultra hæc adjectitia de peculio actio extendenda foret, *l. cum post 2. ff. b. 1.* vel nisi quis servum vendiderit cum peculio, nec nominatim id egerit, ut pro peculio, sed simpliciter ut pro servo pretium acciperet, ac peculium tradiderit; tunc enim ne intra annum quidem in venditorem, sed contra solum ematorem actio est. Idem servatur, si heres accepta certa quantitate jussus sit peculium dare. Cum enim his in casibus nec venditor nec heres peculii pretium habere intelligatur, videri non potest penes eum peculium esse, *l. si ex duobus 52. §. ult. l. 33. 54. 55. ff. de peculio.* Etque hæc fructuum etiam & accessionum & decessionum peculii jam extincti habenda ratio, perinde ac si peculii qualitas extincta non esset, *l. ult. ff. b. 1.*

2. Si Peculium servile extraneo legatum sit, vel ipsi servo per testamentum manumisso, contra manumissum vel extraneum peculii legatarium, tanquam peculii possessorem, actio datur, non contra heredem, qui peculium desit penes se habere, *l. 1. §. per contrarium 10. ff. de dosi prelegata*, si modo heres a legatario peculii, sive manumisso, sive extraneo, caveri sibi curaverit, se contra peculii creditores defensum iri: ea enim cautione non exacta si peculium legatariis tradiderit, ipse nihilominus conveniendus esset, *l. 1. §. item heres 7. ff. b. 1. arg. l. quod in herede 9. §. ult. ff. de tributor. ad.* et si veterum jurisconsultorum dissensum agnoscat Wissenbach *ad Fand. vol. 1. dispur. 29. lber. 18. & 19.*

3. Quod si servus alienatus sit, extra causam venditionis cum peculio, (de quo supra) creditor ab initio quidem potest actionem de peculio ita dividere, ut a novo domino partem, partem a pristino intra annum petat, *l. & ancillarum 27. §. servus 2. & §. illud 3. ff. de peculio.* Sed si cum uno eorum litem in solidum jam contestatus sit, dividere actionem postea nequaquam potest, & alterum pro parte convenire, nisi in subsidium, excusso jam ac non sufficiente eo, quem prius cøperat in solidum convenire, *l. quatenus in taberna 47 §. si creditor 3. ff. de peculio*, in qua lege verba, *re integra*, non denotant, si litem contestatus necdum sit, sed potius, Gothofredo interprete, si nondum partem debiti consecutus sit, cum jam cøpisset in solidum uni litem movere.

4. Quamvis autem actio de peculio tantum ad paganicum, non item castrense, proprie pertineat; tamen si mortuo filiofamilias pater in ipsius intestati peculium jure patris potestatis successerit, etiam ad alienum nec ultra modum peculii castrensis, nec post annum utilem, jure pratorio solvere cogitur; qui, si testamento scriptus heres sui filii, extirisset,

perpetuo civiliter, ut heres, in solidum conveniri possit, l. pater qui 17. pr. ff. de castrensi peculio.

5. Sed nostris moribus, si filiusfamilias, id est minor annis viginti quinque, vivo patre mortuus sit, non pater intra annum ex ejus contractu actione de peculio, sed potius filii defuncti heredes in solidum conveniendi sunt; adeoque & ipse pater, ubi filii heres est, Groenewegen ad l. 5. C. ad Senatuse. Macedon.

### TITULUS III.

#### De in rem verso.

##### SUMMARIA.

1. Quae sit ratio introductae actionis de in rem verso; quibus datur, contra quos, & ad quid?
2. Non sufficit in rem patris acceptum esse, sed & versum esse debet; nec datur actio ultra quam versum est. An necesse, ut & daret utilitas verii?
3. Quid juris, si ab initio non sit in rem patris acceptum, sed postea tamen verum?
4. Quales impensa hac actione repeti possint? an, & quando voluptuaria? voluptuaria quandoque sunt utiles.
5. Quibus modis conceatur quid in rem patris verum, ut actioni huic locus sit? qua occasione casus quidam dubii recensentur?
6. Quibus in casibus datur hac actio? & in quibus differat hac de in rem verso ab actione de peculio?
7. Quid juris circa actionem de in rem verso, si filiusfam. pecuniam mutuatus sit, ad verum commendam, si pecunia perierit, & versis tamen emta sit?

1. **F**undamentum ac ratio introductae actionis de in rem verso est, quia contra naturalem aequitatem visum fuit, dominum patremve cum alterius jactura reddi locupletiorum: unde & regulariter toties de in rem verso actio esse potest, quoties procurator mandati, vel qui negotia gessit negotiorum gestorum habet actionem, quotiesque aliquid consumsit servus aut filiusfam. quo aut meliorem rem dominus paterve haberet; aut non deteriorem, l. quod si servus 3. §. & regulariter 2. ff. b. t. Datur autem illis, qui in rem patris vel domini crediderunt filios, aut servo; contra patrem vel dominum, licet pupillum aut furiosum, l. pater pro filia 20. §. 1. ff. b. t. ad id ut praeestetur quatenus in rem verum est; una cum usuris ex pacto vel mora, si principale negotium, cui accedit qualitas actionis de in rem verso, bonae fidei sit, forte venditis servo iis, quae ad familiam sustentationem aut adium dominicarum futuram necessaria sunt; secus si stricti juris negotium sit, quod in datione mutui in rem domini convertendi, similibusque contingit, l. si pro patre 10. §. sed utrum 5. ff. b. t. junct. l. utquin natura 19. §. non tantum 4. ff. de negotiis gestis.

2. Nec refert, utrum pater dominusve selverit, an ignoraverit, in rem suam creditum esse; si modo creditum vere & cum effectu in rem verum sit: neque enim sufficit, in rem patris aut domini acceptum esse, si postea non versum, sed inutiliter con-

suntum sit; sed curiosus esse debet creditor, quo vertatur, etiam si servus fuerit, qui solitus erat accipiens vertere; ne alioquin credulitas creditoris domine obesset, vel callditas servi noceret, l. quod si servus 3. §. sed si sic 9. ff. b. t. ideoque, si pars tantum versa sit, etiam de parte tantum hac actio danda foret, l. si pro patre 10. §. in rem 4. ff. b. t. in quo differt ab exercitoria & institoria, ubi sufficit in usus navigii vel taberna ab initio creditum esse, de cetero eventus non spectatur, l. 1. §. unde 9. l. ult. pr. & §. ult. ff. de exercit. actione, & merito: cum enim adsit partis aut domini navigio vel taberna praeponentis voluntas, ac tacitum in eam rem credendi mandatum, est quod sibi imputet, cur talem praeponerit, d. l. 1. §. 9. ubi e contrario in verso pater aut dominus non tam ex sua obligantur voluntate, quam potius, ne lucrum capient cum detrimento credentis, lucrum autem non est, nisi quatenus verum. Ut tamen sufficiat, quod creditum quandoque utiliter in rem partis verum fuerit, licet tempore hujus actionis mora non ultra duret utilitas versa, exustis forte aut collapsis ex terrae motu aedibus suffultis, aut frumentis ad alendam domini familiam comparatis in horreo dominico corruptis, aut deperditis sine culpa pecuniis, ut in rem domini vertantur, acceptis, l. quod si servus 5. §. unde recte 7. & §. 8. l. servus in rem 17. pr. ff. b. t. l. sed an ultra 10. §. 1. ff. de negot. gestis. Nam quod alibi desideratum fuit, ut daret verum, eo non aliud exigitur, interprete ipso jurisconsulto, quam, ut necdum a domino sit servo solutum; vel solutum quidem, sed fraudulenter in necem creditorum servo perdituro, l. si pro patre 10. §. verum 6. ff. b. t. Sed & si filiusfamilias in necessarios patris usus pecuniam mutuatus, eam casu amiserit, creditor non nocebit, arg. l. in pupillo 47. §. 1. in fine ff. de solution. l. quod si servus 3. §. ult. l. 4. ff. b. t.

3. Quod si ab initio non sit acceptum in rem patris vel domini, sed in peculium, ac postea tamen mutata mente per filium, aut servum in rem patris dominive verum appareat; hoc jure utimur, ut adhuc regulariter actioni de in rem verso locus sit; ne cum creditoris jactura ditiores fiant, l. quod si servus 3. §. in rem 1. in fine, l. si res domino 5. §. ult. ff. b. t. Quia ratione cum filiusfam. togam emisset, eoque mortuo pater ignorans & putans suam esse, dedicasset eam in funus ejus, responsum fuit, in rem patris verum videri; funus enim filii as alienum patris esse, l. filiusfam. 19. ff. b. t. Adde t. de senatuse. Macedon. n. 3.

4. Magna autem inter necessarios, utiliter, & ex voluptate verum, differentia est. Nam si quid ex necessitate in rem patris verum sit, totum, quatenus verum est, reperitur: sin utiliter tantum, etiam non ultra agi potest, quam quatenus id ipsum domino quandoque utile fuit, l. si res 5. pr. ff. b. t. Proinde, si filiusfamilias mutuum sumserit pecuniam, ut se aleret & vestiret, eatenus in rem patris vertisse censendus est, quatenus secundum consuetudinem patris, id est, usque ad modum, quem pater ei praeclare consueverat, semet inde aluit ac vestivit, l. quod si servus 3. §. proinde 3. ff. b. t. aut si pecuniam mutuatus, pro sua filia, vel sorore, vel nepte ex altero fratre, dotem dederit, in rem patris verum videtur, quatenus avus pro nepte, vel filia,

daturus fuit, l. & ideo 7. §. ult. l. 8. l. 9. ff. b. t. Plane, si mutuo accepto filiusfamilias domum paternam exornavit testoculis, & quibusdam aliis, quæ magis ad voluptatem pertinent, quam ad utilitatem, non videtur verum, ut propterea hæc actio danda foret; sed tantum pater pati debet, creditorem hæc sine domus suæ injuria auferre, l. quod si servus 3. §. sed si mensus 4. ff. b. t. si pati nolit, ad impensas, velut utiles, refundendas compellendus est, arg. l. pro voluptuariis 9. ff. de impensis in rem dot. factis, quemadmodum etiam de voluptuariis efficaciter hoc judicio agi potest, si in illas ex voluntate patris aut domini filios, aut servo creditum sit, d. l. 5. §. 4. ff. b. t. sic ut illud quoque in rem domini verum Labeo dixerit, quod mutuatus servus, domino emit volenti ad luxuriam materiam, unguenta forte, vel si quid ad delicias, vel si quid ad turpes sumtus subministravit: neque enim spectamus, an bono domini cesserit, quod consumtum est, sed an in negotium domini, d. l. 3. §. nec non 6. ff. b. t. Denique si ex pecunia mutua odores & unguenta servus emerit, & ad funus erogaverit, quod ad dominium suum pertinebat, placuit, in rem domini videri verum, l. & ideo 7. §. illud plane 3. ff. b. t. neque enim novum est, ut impensæ, quæ in se spectatæ voluptatis causa factæ intelliguntur, quarundam personarum contemplatione utiles fiant; dum in res forte promercales factæ sunt, l. quod si heres 10. ff. de impens. in rem dot. factis, vel ipse funus ad eum pertinens, qui impensas tales fecit d. l. 7. §. 3. ff. b. t.

5. Ceterum multis modis in rem patris dominive verti potest, recensitis magna ex parte in l. 3. §. 1. & 3. ff. b. t. §. praterea 4. Instis. quod cum eo, qui in alien. potest. inter quos & ille est, si filius patri actionem acquisierit, d. l. 3. §. idem Labeo 3. ff. b. t. adeo ut, si filiusfamilias mutuatus sit, ut paternis solveret creditoribus, ac errando ei solverit, quem putabat creditorem esse, cum non esset, pater tamen de in rem verso teneatur, cum credatur hætenus locupletior factus, inque rem ejus verum, quatenus indebiti conditionem habet, d. l. 3. §. 1. ff. b. t. Sed & filiusfamilias pro patre solvendo & ita negotium ejus gerendo, aut judicium tanquam defensor pro eo suscipiendo, eundem actione de peculio, aut alia liberaverit, in rem verum videtur, l. si pro patre 10. §. 1. & 3. l. si filiusfamilias 15. ff. b. t. secus, si suo nomine aut ut suum gerens negotium judicium suscepit, aut fecerit solutionem, ut se ipsum liberaret, licet ita pater quoque actione de peculio liberatus fuerit, d. l. si pro patre 10. §. ult. l. 11. ff. b. t. Sic quoque verum credendum est, si filius mutuatus nummos a me, alii eos crediderit, ut nomen faceret, non pecuniare, sed quasi paternæ rationis, l. quod si servus 3. §. idem Labeo 5. ff. b. t. aut si mutuum acceptum patri donaverit, vel donandi animo pro eo solverit, ad id ut mutuum dans actione de in rem verso contra patrem experiri possit, l. & ideo 7. §. plane 1. ff. b. t. quæ tamen de in rem verso actio locum non haberet, si filiusfamilias patri donasset rem peculiarem: eo quod nullus tunc creditor apparet, qui agere posset, quasi in rem patris credidisset, l. & ideo 7. pr. ff. b. t. uti nec, si filiusfamilias id, quod patrem dare oporteret, creditori patris stipulanti

promiserit, animo donandi patri jam tum cum se obligabat, l. si pro patre 10. §. idem tract. 2. ff. b. t. perinde enim id est, ac si statim ab initio patri ex rebus peculiaribus voluisset donatum.

6. Porro cessat hæc actio, si servus, qui domini debitor erat, aliunde mutuatus domino solverit non ultra quam debet, l. si pro patre 10. §. si domini 7. l. quidam fundum 16. ff. b. t. arg. l. licet 3. §. cui congruis 7. ff. de peculio, aut pro libertate domino dederit; non ultra sui pretium, l. quod si servus 3. pr. ff. b. t. aut si de peculio jam actum sit, & in peculium conversum, quod in rem domini verum erat, ita ut jam præstiterit dominus ex actione de peculio, quod in rem ejus verum erat: nam si necdum præstiterit, maneret actio de in rem verso, l. 1. §. ult. ff. b. t. §. praterea 4. Instis. quod cum eo qui in alien. potest. Quamvis aliquoquin major utilitas in hac, quam de peculio actione resideat: quatenus hæc ultra annum utilem ab extincto peculio durat perpetuo: atque etiam competit, cum peculium sine dolo malo ademptum est, l. 1. §. 1. l. filiusfam. 19. in fine ff. b. t. l. 1. §. ult. ff. quando de pecul. actio annalis est, & in concursu creditorum is, qui de in rem verso agit, aliis tantum de peculio agentibus potior est; imo & ipso domino potior, dum is de in rem verso tenetur, licet aut parum aut nihil sit in peculio, adeoque nec dominus deducere possit, quod sibi suisque debitum est, l. 1. pr. ff. b. t. Quemadmodum ex contrario commodius est de peculio experiri, quam de in rem verso, quatenus agentis de peculio nihil ultra probandum est, quam contractum esse, ac in peculio reperiri debitum ex contractu quantitatem; cum is, qui de in rem verso agit, subire teneatur difficultatem probandi, creditum in patris dominive utilitatem verum esse, §. ceterum 5. Instis. quod cum eo, qui in alien. potest. l. si qui 7. l. dominum 12. C. eod. tit. quam probationem etiam ex circumstantiis peti posse, patet ex l. cum de in rem 6. pr. & §. 1. ff. de usuris.

7. Quod si mutuatus sit pecuniam filiusfamilias ad vestem comparandam, & nummi perierint, vestisque per filium. nihilominus emta sit, incipit pater utrique de in rem verso obligatus esse, tam ei, qui pecuniam, quam qui vestem credidit; quoniam in rem patris ambo crediderunt: sed cum utrique condemnari patrem de in rem verso iniquum esset, placuit, meliorem esse oportere occupantis conditionem. Idemque est, si casu perierit tam vestis quam pecunia, l. quod si servus 3. §. ult. l. 4. ff. b. t.

## TITULUS VI

## Quod jussus.

## SUMMARIUM.

1. Quid sit actio quod jussu; cui, contra quem, ad quid detur? sufficit ratio habitio aut jussus tacitus.
2. Quibus in casibus corret?
3. Cum hac actione concurrere potest mandati actio.

1. Actio quod jussu (quæ & actio de jussu dicitur, l. ult. ff. b. t.) est prætorialis personalis, quæ datur creditoribus, qui jubente patre vel domino cum filio. aut servo contraxerunt, sive jussus specialis sive generalis intercesserit, l. 1. §. 1. ff. b. t.

contra patrem vel dominum jubentem; etiam fructuarium, aut bonæ fidei possessorem, si is jusserit, l. 1. §. pen. ff. b. t. &, si plures jusserint, contra singulos in solidum, l. ult. §. si unus ex 1. ff. b. t. ad id, ut eatenus solvatur creditum, quatenus jussus est interpositus, l. dominum 3. ff. b. t. quem si creditor excesserit, summam excedentem non hac, sed de peculio aut alia simili actione recuperat. Jussisse autem videtur & qui ratum habuit jam creditum, & qui contractui seu chirographo sui filii, aut servi subscripsit, l. 1. §. sed et si 4. & §. ratum 6. ff. b. t. adde Wissenbach ad Pand. vol. 1. dispus. 27. num. 20.

2. Non tamen huic actioni locus est, si quis ei jusserit credi, quem non habebat in sua potestate, veluti servo prorsus alieno; licet eum postea redemerit; ne actio, quæ ab initio inutilis erat, eventu confirmetur, l. si tutoris 2. §. ult. ff. b. t. vel, cum jussisset suo heredi filiofamilias, jussus revocatus sit,

antequam crederetur, l. 1. §. sed ego 2. ff. b. t. vel tantum quis jusserit contractus executionem, sic ut sui servi aut filii, tanquam nuncii ministerio usus sit, l. ult. pr. ff. b. t. vel pro suo filiofamilias aut servo contrahente fidejusserit; quia sic non ut pater aut dominus, sed ut extraneus consideratur; sive utiliter fidejusserit, sive inutiliter, l. 1. §. quid ergo 5. ff. b. t. aut pupillus jusserit sine tutoris auctoritate, l. 1. §. si pupillus 7. ff. b. t. Sane, si tutor aut curator, aut procurator, aut is, qui administrationi rerum civitatis præpositus est, servo pupilli vel adolescentis vel civitatis credi jusserit, magis est, ut cum his agi quod jussu possit, si modo ex utilitate eorum creditum sit, l. 1. §. ult. l. 4. ff. b. t.

3. Nec dubium quin directæ quoque mandatæ actione conveniri possit pater dominusve de eo, quod filiofam. suo servove credi mandavit, §. ult. Instit. quod cum eo, qui in alien. potest.

## LIBER SEXTUS DECIMUS.

### TITULUS I.

#### Ad Senatusconsultum Vellejanum.

#### SUMMARIA.

1. Ratio Vellejani introducendi, quid eo cautum sit non ipso jure, sed ope exceptionis mulieres tutas esse, paucis casibus exceptis.
2. Quibus desur hac exceptio? an & fidejussoribus mulieris, aut delegatis a muliere, cum mulieris debitoribus non essent? an & iis, qui ex mulieris mandato pro aliis fidejusserunt?
3. Cui opponatur? quid si creditor sciverit mulierem intercedere? quid si ignoraverit, sed mulier in dolo sit?
4. Opponi potest etiam post sententiam; & tunc revolvitur cum sua qualitate, aut nascuntur actiones in pristinos debitores ac fidejussores, mediante in integrum restitutione ex generali clausula edicti prætorii.
5. Præstatur restitutio actionum, licet pendeat conditio vel dies intercessionis appositæ, vel pristina actio acceptilatione sublata sit, vel mulieri creditor, aut mulier debitori veteri brevis exstiterit.
6. Non restituenda actio pristina, si mulier intercesserit pro obligatione inefficace, vel per aliud remedium ordinarium creditorum consultum sit.
7. Quid juris, si mulier una cum masculo intercesserit?
8. Recensentur plurimi modi, quibus mulieres intercedunt. An & promissione indemnitatæ, per distinctionem explicatur. Non interest, pro quo intercedat.
9. An mulier huic beneficio efficaciter renunciare possit in judicio & extra judicium, publico vel privato instrumento? Quid si, cum intercessisset interveni renunciationis, brevi post alio in negotio intercedat sine renunciatione? An & ex

circumstantiis renunciatio colligi possit?

10. An eo ipso, quo renunciavit Vellejano, etiam renunciasset censetur authentica si qua mulier? An isti authentice renunciare possint? recensentur casus, quibus & sine beneficiorum renunciatione uxor efficaciter pro marito intercedit.
11. Recensentur plurimi casus, quibus cessat exceptio, inter quos de solutione sine prævia intercessionem, de donatione, dolosa vel post biennium repetita intercessione, solutione debiti mulieri facta, præmio accepto pro intercessionem, de intercessionem apud minorem, vel pro debito, ad quod & sine intercessionem obligata erat; de muliere publica meretrice, & ea qua dignitatem ac regalia habet?
1. Cum multis rerum documentis compertum esset, mulieres sexus sui fragilitate sæpe contra propria commoda laborare, sæpe captionibus aliorum reddi obnoxias, sæpe rei familiaris periculum subire, l. & primo 2. §. verba 2. ff. b. t. l. si mulier 22. C. b. t. pro Instit. quibus alien. licet vel non, visum Romanis fuit, huic occurrere imbecillitati; unde primo quidem Augusti, mox Claudii edictis interdictum, ne pro viris suis feminæ intercederent, l. 2. pr. ff. b. t. post quæ subsecutum senatusconsultum Vellejanum, Marco Silano & Vellejo tutore Consulibus (non ordinariis, sed suffectis, cum horum nomina in fastis haud occurrant, indeque etiam tempus originis hujus senatusconsulti incertum sit) quo plenissime mulieribus omnibus subventum est, dum comprehensum, ne pro ullo femina intercederent, l. 1. pr. l. 2. §. 1. ff. b. t. indulta ipsis, ex sua intercessionem conventis, favorabili Vellejani senatusconsulti exceptione, l. qui exceptionem 40. ff. de condit. indeb. Licet enim quandoque adversus eas ex intercessionem prætor actiones denegat, secundum veterem judiciorum ordinem, quo actiones summo ju-

re competentes prator non dabat, ubi eas exceptione elidendas esse certum erat; atque insuper totam senatus improbet obligationem, *l. si mulier contra 16. §. si ab ea. l. in fine ff. b. t.* ac denique vulgo obtineat, nullum esse, quod contra leges gestum est, *l. non dubium 5. C. de legibus*, hic tamen placuit, non ipso jure, sed sola exceptionis ope eas tutas esse, *l. 40. ff. de cond. indeb. l. exceptiones 7. §. 1. de exception. nisi ex novis legibus sine publico instrumento intercessissent, l. antiqua 23. §. ult. C. b. t.* vel jure novo pro maritis suis, *autb. si quā mulier C. b. t.* ante enim hoc quoque casu exceptionis hujus auxilio debebant defendi, *l. 1. C. ne uxor pro marito.*

2. Opponit hanc exceptionem non tantum ipsa mulier, sed & heredes, ac fidejussores, sive ex mandato mulieris pro ea fidejusserint, sive sine mandato ejus; quia senatus totam improbat obligationem, voluitque, hanc exceptionem in rem, non in personam esse, *l. si mulier 16. §. 1. ff. b. t. d. l. exceptiones 7. §. 1. ff. de exceptionibus, l. si uxor pro 15. l. heredes 20. C. b. t.* Sane de cetero. *Frisic. l. 3. tit. 11. defin. 7. Grotius manud. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 3. n. 18. §. 20. Ant. Faber Cod. lib. 4. tit. 21. defin. 7.* is quoque qui, cum debitor mulieris non esset, a muliere delegatus fuit; cum perinde habeatur, ac si mulieris fidejussor esset, *l. quamvis pignoris 8. §. sed si is 4. & §. sed si cum 6. ff. b. t.* quive ex mulieris mandato pro aliis intercessit, si modo in bona fide sit, ignarus in fraudem senatusconsulti id agi a creditore, ut ipsum potius haberet obligatum quam mulierem contra senatusconsultum intervenientem, *l. si fidejussores 6. l. si decipiendi 30. §. 1. l. ult. §. si mulier 3. ff. b. t.*

3. Opponitur creditori, ex intercessione mulieris agenti, si mulierem intercedere non ignoraverit, *l. 1. C. b. t. l. immo tunc 12. l. Seja mancipia 28. §. 1. ff. b. t.* uti & heredi ejus, arg. *l. apud Celsum 4. §. adversus parentes 16. ff. de doli mali & mot. except.* Nec his adversatur rescriptum Imp. in *l. si sanebris 13. C. b. t.* cum ajunt, mulierem decreto patrum non adjuvari, licet creditor causam contractus non ignoravit. Etenim vel pro licet rependum nisi cum Hotomanno, & Wissenbachio ad *d. l. 13. C. b. t.* vel secundo, dicendum, mulierem in specie *d. legis 13.* non intercessisse, sed tantum ab initio simpliciter ac pro se mutuum summsse pecuniam: licet eam postea pro marito erogaverit, creditore non ignorante, eam mariti instigatione fenebrem illam accepisse pecuniam, ut deinceps illam novis blanditis maritalibus permota, in usus mariti in totum aut pro parte erogaret. Qualls legis hujus sensus vel ex eo evincitur, quod Imperatores ibidem voluerunt, cessare exceptionem, *sive tota quantitas fanoris, sive pars ejus, in usus mariti processisse proponatur.* Quippe quæ verba supponunt, non tam ab initio pecuniam omnem in usum mariti feneratori acceptam fuisse, quam potius postea ad desiderium mariti, magis aut minus uxorem flectere ac movere valentis, in ejus usus in totum vel pro parte versam: quod diversum est ab ea facti specie, qua mulier statim ab initio, creditore sciente, nummos capebat mutuos, non in sum, sed mariti usum; quo ipso mulierem intercedere, & senatusconsulto locum fore, dubium non est, arg. *l. si mulier 11. l. vir*

*uxori 17. pr. in med. ff. b. t.* Similem sane factorum diversitatem jus diversum constituentem observare licet in *l. ult. §. item si mulier 2. ff. b. t. junct. l. Senatusconsultum 4. C. b. t.* si enim mulier ab initio simpliciter sua prædia vendiderit, deinde pro marito pecuniam inde redactam solverit, intercessio non est, deficitque auxilium senatusconsulti, *d. l. 4. C. b. t.* sed si fundum suum statim ab initio ea lege distraxerit, ut pretium cederet pro debito mariti, vel etiam debitoris extranei, venditio contra senatusconsultum facta creditur, *d. l. ult. §. 2. ff. b. t.* Quod si mulierem intercedere creditor nesciverit, si quidem & ipsa mulier extra dolum sit, adhuc exceptionem ei dandam placuit, *d. l. vir uxori 17. pr. ff. b. t.* si vero illa fraudulentè apud creditorem ignorantem intercesserit, non est obstitura creditori hæc exceptio, dum forte tanquam in usus suos pecuniam accepit, alii creditura; quia alioquin nemo cum feminis contraheret, cum ignorari possit, quid actura sint, *l. si mulier 11. l. bona fide 27. ff. b. t.* Ut tamen creditorem oporteat in inquirendo diligentiorē esse, si mulier non de novo contrahat, sed obligationem ante contractam suscipiat; cum non tam facile eo casu ignorantia allegatio aut præsumptio admittatur, *d. l. vir uxori 17. pr. ff. b. t.* Confer Cujacium tract. 4. ad Africanum *l. 17. ff. b. t.* Wissenbachium ad Pand. *b. t. n. 1.*

4. Ceterum allegari potest hæc exceptio non modo ante & post litem contestatam, sed & post sententiam, ad impediendam executionem ejus, *l. tamen, si 11. ff. de senat. Macedon.* Cum enim soluti repetitio mulieri detur, *l. qui exceptionem 40. ff. de condit. indeb.* dolo malo faceret victor, executionem sententiæ sibi solvi desiderans, quod mox restitutus est, *l. dolo facit 8. ff. de doli mali & met. except.* Responsa Jurisc. Holl. par. 1. consil. 298. Eaque opposita, vel saltem competente, licet opposita necdum sit, creditoribus in pristinos debitores & fidejussores actio reviviscit, vel restituitur, si per occasionem intercessionis extincta sit, vel de novo nascitur, si pro alio, alioquin contractu, mulier contraxerit, veluti mutuum accipiendo pro eo, qui mutuum suos in usus fuisset accepturus: *l. 1. §. ult. l. quamvis 9. §. quamquam 11. & seqq. l. 9. l. si mulier 14. l. ult. in fine ff. b. t.* Restituitur autem cum sua causa & qualitatibus, adeo ut, si pro eo, qui temporali actione tenebatur, mulier intercesserit, temporalis actio redintegretur in tantum tempus, quantum supererat, cum primitus intercessione muliebri extingueretur, *l. debet. 24. §. ult. ff. b. t.* Et actiones quidem pristinae, quæ reviviscunt, restitutoria appellantur, & rescissoria, quia dantur rescissa intercessione & liberatione, quæ ob intercessionem mulieris contigerat, atque ita restituantur, *l. quamvis 7. §. Marcellus 9. & §. quamquam 11. 12. 13. l. ult. §. ult. ff. b. t. l. si mulier alienam 16. C. b. t.* ex vero, quæ primitus in eum nascuntur, pro quo mulier contraxit, insitutoria ab interpretibus dicuntur, quia instituntur magis, quam restituantur obligationem, *d. l. quamvis 8. §. pen. ff. b. t.* Non tamen existimandum, ipso jure hæc reviviscere aut nasci actiones: sed potius in id impetrandum per creditorem restitutio in integrum ex generali clausula edicti prætorii, qua promittit, *se in integrum restitutum, si qua alia sibi causa justa esse videretur,*



quoad ejus per leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta, decreta principum liceret, l. i. in fine ff. ex quib. caus. majores 25. annis in integr. restit. junct. l. si mulier contra 14. ff. b. t. & ang. l. debitor 24. §. ult. ff. b. t. junct. l. sed & si 26. §. si feria 7. ff. ex quib. caus. majores. Licet enim in d. l. 24. §. ult. dicatur, statim, atque intercessit mulier, competitur, ita tamen vel cum Wissenbachio ad Pand. b. t. n. 5. ita accipiendum est, quod statim actio restitutoria competat creditori, petere volenti, pristinam sibi reddi actionem: vel intelligendum non de ipsa actione, quæ restituitur, sed de petitione restitutionis in integrum, ad recuperandam actionem quæ muliebri intercessione extincta fuerat. Ut proinde sensus sit, actionem temporalem restitutam adhuc per tantum temporis spatium durare post restitutionem, quantum supererat, cum primitus per intercessionem mulieris exstinguebatur, licet videri possit aliqua subesse culpa creditoris, quod, cum statim petere potuisset actionis restitutionem, petitionem ejus distulerit donec Vellejani exceptione per mulierem opposita excluderetur, arg. l. aliquando 13. §. ult. ff. b. t.

5. Neque hanc actionis pristinæ restitutionem impedit, quod forte dies aut conditio, sub qua mulier intercessit, adhuc pendeat; cum etiam, pendente conditione, volenti creditori cum priore actio danda sit restitutoria; neque enim bonum visum, expectare conditionem vel diem; cum in ea causa sit prior iste debitor, ut omnimodo, sive existente sive deficiente conditione, ipse debeat suscipere actionem, l. aliquando 13. §. ult. ff. b. t. arg. l. debitor 24. §. si senatusconsulti 2. ff. b. t. Sed nec restitutioni pristina actionis obest, quod mulieri intercedenti credito jam accepto tulerit debitum, cum nihil ea acceptilatione videatur actum, quippe qua inanem tantum dimisit obligationem, l. quamvis 8. §. Marcellus 9. ff. b. t. Uti nec, quod ipsi debitori creditor accepto tulerit, sive ante, sive post interpositam a muliere intercessionem, si modo acceptilatione contemplatione intercessionis muliebris facta sit, ut nempe tota obligatio a reo principali in mulierem translata esset, d. l. 8. §. quotiens 7. ff. b. t. Nec denique, quod mulieri creditor heres extiterit, cum non obligatur cum effectu successerit, quodve mulier ipsa veteri debitori, pro quo intercessit, heres sit, cum ipsa, qua heres, restitutoria conveniri tunc possit; sed & directa, dum nihil ejus interest, qua actione conveniatur, d. l. 8. §. si mulieri 12. & 13. ff. b. t. confirmata scilicet per hereditatis additionem muliebri obligatione, quæ ab initio propriis viribus non consistebat, Cujacius lib. 15. observ. 11.

6. Non tamen restituenda actio pristina, si mulier intercessit pro obligatione non efficace, veluti pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato; vel pro eo sine tutore contractu ipsa contraxerit, nec is inde locupletior factus sit, l. quamvis 8. §. ult. ff. b. t. Non etiam necessaria actio restitutoria, si aliud remedium ordinarium supersit, quo creditori potest consulum esse, puta si convenit cum debitore, ut expromissorem daret, & ita acceptum, quæ auxilio senatusconsulti munita est: cum enim is, qui fidejussorem aut expromissorem se daturum promisit, mulierem dando non censetur implevisse promissionem, l. qui satisfacere 3. ff. de fidejussor. locus esse potuit conditioni causa data causa non secuta ad

recuperandam actionem, quæ per acceptilationem, causæ futuræ seu securitatis expromissionis intuitu factam, sublata erat, d. l. quamvis 8. §. si conveneris 8. ff. b. t. junct. l. si mulier ei 15. ff. de condict. caus. non secuta. Quin &, si pro debito pristino pignus a debitore obligatum sit, & mulier eodem pro debito intercesserit, non est creditori nova opus actione restitutoria; cum quasi Serviana hic utilis sit, quia verum est, convenisse de pignore, nec pecuniam solutam esse, nec cum effectu fuisse creditori eo nomine satisfactum, l. aliquando 13. §. i. ff. b. t. ibique Ant. Faber in rational.

7. Quod si mulier una cum masculino intercesserit, subducta mulieris persona, solus masculus in solidum a creditore conveniri potest; sibi quippe imputatur, quod intercesserit cum muliere, quam sciebat aut scire debebat non posse ex sua intercessione teneri, l. si Titius 4. 8. ff. de fidejussor. Nisi mulier pro sua parte in suum commodum intercesserit, de quo casu agit l. vir uxori 27. §. ult. & ei coherens l. 18. ff. b. t. Vel nisi id actum sit, ut & mulier & masculus viriles tantum partes singuli deberent; uti id actum in casu, l. si paternam h. C. b. t. in qua dum Imperator Gordianus rescripsit inter alia, patrem, cujus obligationem filii & filiz in se receperant, in id conveniri posse, in quo conveniretur, si filia non intercessissent, ac mox, pignora, quæ in prior fuerant patris obligatione, eatenus teneri, quatenus ea ad patrem per restitutionem actionem redit, aperte supponitur, filios filiasque non singulos in solidum, vel viriles tantum in partes pro patre debitore intercessisse.

8. Ceterum intervenire, & intercedere hoc loco non est, pro alio supplicare & delicti gratiam petere, quo sensu occurrit, in l. quisquis 5. §. denique 2. C. ad leg. Jul. majest. nec impedimento esse, quo minus id fiat; quo modo olim tribuni plebis saepe intercedebant decretis patrum, aliisque; sed potius se medium inter debitorem & creditorem interponere. Quod tribus potissimum modis contingit, dum mulier vel eam obligationem, quæ in alterius persona constituit, in se transfert; vel eam participat; vel ipsa se pro alio pecuniam accipientem ream constituit, l. senatusconsultum 4. C. b. t. sive re, sive verbis, sive alio quocunque contractu interveniat, l. 2. §. omnis 4. ff. b. t. adeoque, ut per species eatur, patiendo se delegari cum debitor non esset, expromittendo, novando, fidejubendo, pignora dando, mandando, constituendo, debitorem in iudicio defendendo, judicatum subeundo, novam obligationem contrahendo pro alio, alioquin suo nomine contractu, l. 2. §. ult. l. quamvis 8. pr. & §. si conveneris 8. & §. si, cum esset 14. l. ult. §. i. & passim ff. b. t. l. i. §. i. ff. de constit. pecun. respondendo per errorem, se heredem esse, vel servi dominam, ad interrogationem in jure factam an heres sit, aut an ipsius sit servus qui nocuit, cum non esset, nec bona fide servum possideret, l. si mulier in jure 23. l. si mulier, intercedendi 26. ff. b. t. mandando alteri, ut is pro alio intercedat, l. si fidejussor 6. l. 7. l. ult. §. si mulier 3. ff. b. t. Ant. Faber C. lib. 4. t. 21. def. 28. alieno nomine in arbitrium compromittendo, l. non distinguimus 32. §. si mulier 2. ff. de receptis, damnosam adeundo hereditatem, cum ad id fraude creditorum indulta

esset, ut res alienum defuncti susceperet, *l. ult. in pr. ff. b. t. promittendo pecuniam, ne a suo creditore delegatur, l. debitor 24 ff. sed si 1. ff. b. tit. indemnitate promittendo tutori, qui metuens forte, ne in pupillos erogata ob eorum inopiam non recipiat, tutelam pupillorum suscipere declinat: in quantum tunc pro pupillis, tanquam ex tutelae administratione ac iudicio contrario futuris debitoribus, intercedere censetur apud tutorem eadem ex tutela futurum creditorem; ut proinde hic inveniat debitor pro quo, & creditor alius, apud quem, intercessio fit, *l. si maior 6. §. 1. C. b. t.* Cul simile est, si, cum propterea de adeunda hereditate dubitaret heres, quod parum idonea nomina debitorum viderentur, mulier promiserit, se, quanto minus a quoquo eorum servari posset, praestitutam, *l. tutor 19. §. quid ergo 4. ff. b. tit.* Quod si indemnitate mulier promiserit, sed non inveniat persona distincta debitoris, pro quo, & creditoris apud quem, posset videri intervenisse, nec intercessio facta creditur, nec senatuscons. auxilio mulier tutela est; cum vix sit, ut aliqua apud eundem pro eo ipso intercessisse intelligi possit, idque secundum factorum species, quae proponuntur in *l. quomodo 8. §. si mulier 1. l. tutor pupilli 19. pr. & §. 1. 2. ff. b. t.* Etenim in *l. 19.* cum tutor defunctus male tutelam gessisse existimaretur, ac heres ab eo institutus dubitaret hereditatem adire, ne a pupillis ex male gesta per defunctum tutela conveniretur persuadente pupillorum matre & indemnitate promittente adivit. Qua in specie, quia mulier non pupillis creditoribus, sed heredi tutoris ex gestione defuncti & additione secuta debitori, indemnitate promisit, videri non potuit apud pupillos, sed pro debitore pupillorum apud ipsum debitorem intercessisse. Simili modo, quia tutores, pradia pupillaria cum detrimento pupillorum distrahentes, inde pupillis ex tutelae iudicio debitores futuri erant, ideo mulier ipsi distractionem suadens ac indemnitate promittens, & ita pro iisdem apud eosdem interveniens, neque veterem neque novam obligationem alienam suscepisse, sed ipsam fecisse hanc obligationem, nec exceptione juvandam esse, Ulpianus in *d. l. 8. §. 1. docet.* De cetero non interest, pro quo intercesserit, utrum pro extraneo, an pro conjuncta persona, veluti filio, vel patre, *l. si cum ipso 3. l. si paternam 8. C. b. t.**

9. Cessat haec exceptio pluribus in casibus; puta, si mulier ei renunciaverit, quod potest, tum in iudicio, tum extra iudicium, si beneficii sui certiorata sit; quia in mulieris utilitate & favore id introductum est, & cuique licet juri pro se introducto renunciare, *l. ult. §. pen. ff. b. t. l. qui exceptionem 40. ff. de condit. indeb. junct. l. pen. C. de patris, diss.* Donellus comment. jur. civil. libr. 12. cap. 3a. vers. quantum, si modo specialiter, non generaliter tantum, huic beneficio renunciatum sit, cum vix ullarum sint virium generales & vagae iurium omnium & exceptionum renunciationes, arg. *l. sed & si quis 4. §. quantum 4. ff. si quis caut. in judic. tit. caus. fact. non obs.* Andr. Gayl. libr. 2. obs. 77. numer. 3. & seqq. Nec recte obijcitur, eadem facilitate eam renunciaturam, qua intercedit, *l. si mulier perfecta 22. C. b. t.* Non enim aliud illa lege asseritur, quam, pari facilitate mulierem secunda

vice intercedere, qua prius intercessit; unde minime sequitur, eam simili temeritate, qua intercedit, juri suo renunciaturam, postquam & juris sui & imminantis ex intercessione damni admonita, intelligit, impositam sibi fore solvendi necessitatem. Virile quidem, & quodammodo civile munus dicitur intercessio, *l. 1. §. 1. ff. b. t. l. 2. ff. de reg. juris.* Sed non alio respectu, quam quatenus Vellejano senatusconsulto comprehensum fuerat, ne pro ullo foeminae intercederent, adeoque quatenus efficaciter ex sua non obligabantur intercessione, Vellejani exceptione munita. Cautum scilicet in earum favorem, ne intercederent; non cautum, ne huic favori pro se introducto renunciarent, & eo modo semet aptas efficerent ad interveniendum. Qua ratione tutela munus etiam virile dicitur, *l. tutela 16. l. ult. ff. de tutelis, & publicum, princ. instit. de excus. tut.* neque tamen eo minus mulierem matrem & aviam tutrices esse posse certum est, si renuncient senatusconsulto Vellejano, *tit. C. quando mulier tut. off. fungi possit.* Ne dicam, in *l. 2. ff. de reg. juris per interventionem* non designari omnem illam intercessionem, quae Vellejano reprobata fuit, sed iudicii pro alio susceptionem sine mandato; pro ut id suadent reliqua antecedentia & subsequencia illius legis, dum ex praemissa regula, qua foeminae ab omnibus civilibus & publicis officiis remota dicebantur, conclusio sit, quod nec iudicis esse possint, nec magistratum gerere, nec postulare, nec pro alio intervenire, scilicet in iudicio sine mandato, sive tanquam defensores reorum vocatorum, sive tanquam conjunctis personis agentes (qualia viris, non foeminis, permitta, §. 5. ins. de satisd. l. 35. ff. de procurat. junct. §. 18. C. de procurat. l. 31. §. pen. ff. de negot. gestis) ac denique nec procuratores, adeoque nec ex mandato pro aliis in iudicio stare: atque ita enumeratione tali significatur foeminas ab omnibus illis officiis, quae ad iudicium pertinent, abstinere oportere. Nec recte regesseris, neminem favori pro se introducto renunciare, quoties vitium aut defectus personae, veluti minorennitas aut sexus fragilitas, privilegio causam dedit; minorem ideo non recte renunciare aetatis auxilio seu restitutioni; quod autem in minore aetate, id in muliere sexus fragilitatem operari. Sciendum enim, in minoribus quidem etiam post certificationem beneficii, quod aetate adversus lesionem concedi solet, adhuc durare defectum iudicii; quo fit, ut, qua temeritate ad contrahendum processerunt, eadem quoque suo essent aetatis auxilio renunciaturi: at ex quo mulier plene instructa fuerit, quae intercessionis sequela, quique effectus sint, ac plerumque post intercessionem praesto noxam esse, praesumendum non est, eadem sexus imbecillitate per mulierem Vellejano renunciatum esse, qua intercedit, dum minus mulier quam masculus creditur velle suum iactare; sed magis omne intercessionis impedimentum, sexus nempe fragilitas, per lesionis imminantis & beneficii commemorationem ac deinde subsequutam ejus renunciationem sublatum est. Quod & hodiernis moribus plenissime comprobatur, Fachineus controvers. libr. 1. cap. 60. Grotius manual. ad juris. Holl. lib. 3. cap. 3. n. 27. Sande decr. Frisic. libr. 3. tit. 11. definit. 6. Andr. Gayl. libr. 2. observ. 77. Groenewegen ad *l. ult. ff. b. t.* adeoque nec ob enormem, quam ex intercessione ac re-

nunciacione mulier passa est lationem, restituenda videatur; nisi talia adsint, propter quæ & masculis, ex sua intercessione enormiter latis, succurrendum foret; cum sui beneficii renunciacione quantum ad intercessionem sese viris exquaverint: licet aliter placuerit Andree Gayl. d. l. 2. observ. 77. n. 11. & seq. Quinimo si mulier ante breve tempus pro alio intercesserit non ignara jura sui, cum hujus senatusconsulti renunciacione, mox alio in negotio rursum sine beneficii sui renunciacione intercedat, magis est, ut ex intercessione illa secunda efficaciter obligetur; cum certioranda non sit, quæ beneficii sui non pridem admonita, etiamnum ejus memor creditur, l. 1. in fine ff. de act. emi, & fraude non careat, quæ, scilicet se gaudere Vellejani exceptione, tamen intercedit. Quæ forte ratio, quod in Gallia nullus hujus senatusconsulti usus est, dum illic sagaciores creditæ mulieres, quam ut ignorarent, intercessionis comitem plerumque patrimonii diminutionem esse; testa Mornacio, Autumno, aliisque apud Groenewegen ad rub. C. b. t. (vide tamen Argentratum ad consuet. Britan. art. 216.) Nec interest, utrum ipso intercessionis momento mulier huic suo beneficio renunciet, an ex intervallo; usque adeo, ut & ex rebus ipsis ac factis renunciatio non perperam subinde colligatur, dum plerumque nihil interest, expresse, an rebus ipsis & factis, consensus declaratur, arg. l. de quibus 32. §. 1. in med. ff. de legibus, l. non tantum 5. ff. rem ratam haberi. Quæ ratione in Frisia judicatum, heredes mulieris, sine renunciacione intercedentis, Vellejani exceptione tueri sese non oportere, quoties mulier suo præcepit testamento isti creditori, apud quem intervenerat, satisfieri, fidemve suam liberari, Sande dec. Frisic. lib. 3. t. 11. defin. 7. Similiter parum refert apud nos, an publico an privato instrumento mulieris intercessio, renunciacione munita, comprehensa sit, Groenewegen ad l. 23. C. b. t. quamvis jus Romanum, quo adhuc Frisia utitur, publicum instrumentum requirat, l. antiquæ 23. §. ult. C. b. t. Sande dec. Frisic. lib. 3. tit. 11. defin. 2.

10. Quia vero beneficiorum renunciaciones strictam recipiunt interpretationem, quippe continentes quandam liberalitatem jurisque remissionem; neque quisquam facile creditur voluisse jactare suum, l. cum de indebito 25. pr. in med. ff. de probat. hinc, si mulier pro marito suo intercesserit, & renunciaverit exceptioni Vellejani, non tamen eo ipso etiam renunciassæ intelligitur authenticæ si qua mulier C. b. t. qua vetitum, ne pro viris suis uxores interveniant, Grotius manducet. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 3. numer. 28. 29. Sande d. lib. 3. t. 11. defin. 4. etiam si publica mercatrix esset, Neostadius de patris amenu. observ. 18. numer. 5. & 6. & observ. 19. in fine. Ut tamen haud dubitandum videatur, quin pari jure ac fundamento possit nominatim renunciari d. authenticæ si qua mulier C. b. t. & dispositioni novellæ 134. cap. & illud vero 8. quo senatusconsulti ipsius renunciatio permessa fuit; cum non magis, nec alio sensu, sententia authenticæ, quam senatusconsulti, ad publicam respiciat utilitatem, & utrobique intercessio, tanquam temeraria & ab imbecillitate sexus profecta, improbata fuerit; ac denique ex renunciacione interposita utrobique pateat, nihil per mulierem inconsiderate actum fuisse,

postquam suorum est admonita jurium ac beneficio-  
rum, Grotius d. lib. 3. cap. 3. n. 19. Groenewegen ad d. auth. si qua mulier C. b. t. licet juratam hujus authenticæ renunciacionem desideret Berlichius conclus. pract. part. 2. concl. 19. numer. 63. Sande d. lib. 3. t. 11. defin. 3. & 4. alique ibidem citati. Quid, quod & sine renunciacione Vellejani ac authenticæ si qua mulier, pro marito intercedens, efficaciter obligata redditur, quoties & quatenus marito debet, vel se debere apud creditorem fingit ignorantem; cum hæcenus vel non lædatur ex sua intercessione, vel in penam fraudis eam teneri justum sit. Cui addit Antonius Faber, non oportere juvari mulierem, si se obligaverit pro marito liberando, qui non ex causa aris alieni, cujus intuitu per cessionem bonorum a carceris æquallore liberari poterat, sed ex causa delicti, in carceres detrusus erat; aut, si se ad eludendam executionem, quæ fiebat in bona mariti, obligaverit pro marito, Cod. Sabaud. lib. 4. t. 21. defin. 16. 17. 19. in fine & 21. Denique nec audiendam esse, quæ pro marito suo intercessit jurato, Canonici juris interpretibus visum fuit, Rittershusius ad novell. part. 2. cap. 4. n. 20.

11. Non etiam Vellejano locus est, si mulier alteri donet, vel si pro debitore solvat, vel suum debitorem creditori alterius deleget sine intercessione, vel pignus, quod ut creditrix tenebat, restituat, cum & in hisce liberalitatis species sit: sive pecuniam solvendi causa numeret, sive rem quamlibet suam in solutum det, sive pecuniam mutuum acceperit, aut rem suam alteri vendiderit, ut ex pretio donaret, aut solverat, cum intercessio non præciseret: senatus enim obligata mulieri succurrere voluit, non donanti, quia facilis se mulier obligat, quam alteri donat, l. sed si ergo 4. §. 1. l. quamvis 8. pr. & §. plane si 5. l. si pro aliquo 21. §. 1. ff. b. t. l. senatusconsul. 4. in fin. C. b. t. nisi color senatusconsulti quæsitus sit, ut mulier venderet creditori potius, quam apud eum contra senatusconsultum intercederet, arg. l. quidam voluit 29. §. Paulus 1. ff. b. t. de quo casu accipienda l. ult. §. item si 2. ff. b. t. atque ita cum legibus ante allegatis concilianda. Confer Ant. Fabrum C. lib. 4. t. 21. defin. 19. & rational. ad d. l. ult. §. 2. ff. b. t. Neostadium curia supr. dec. 42. Caret quoque hoc beneficio, si dolose decipiendi causa intercesserit, l. 2. §. sed iis 3. l. si mulier 11. l. si mulier 23. ff. b. t. l. si sine 5. C. b. t. si post biennium intercessionem priorem repetierit pro extraneo, non pro marito suo, l. si mulier perfecta 22. C. b. t. junct. novell. 134. cap. & illud vero 8. si debitor id, pro quo mulier intercessit, eidem jam persolverit, ut ipsa creditori satisfaceret, l. si mulier 16. l. si mulieri 22. ff. b. t. vel si debitor id, quod alteri debebat, mulieri solverit, caventi creditorem id ratum habiturum, ne si postea id ratum habeat; cum his in casibus mulier non de damno evitando agat, sed lucrum capiet, l. si mulieri solvito 15. ff. b. t. Sande dec. Frisic. lib. 3. t. 11. defi. 1. Grotius manducet. ad jurispr. Holl. lib. 3. c. 3. n. 24. Si pro intercessione pretium acceperit, quantumcunque illud fuerit, sive majus, sive exiguum; cum lex non distinguat, sed id unum exigat, quod mulier ab initio, vel postea, aliquid acceperit, ut e inserponat; & hic lucrum magis captasse intelligatur, recipiendo periculi pretium, quam damnosam

fecisse intercessionem, *l. antiqua* 23. *C. b. t.* Donellus *comment. jur. civilis lib. 17. cap. 32. vers. tertium*. Confer Menochium de arbit. jud. lib. 2. *casu* 234. Si pro dote, vel libertate, aut alia causa pia admodum ac favorabili intercesserit, *l. pen. & ult. C. b. t. junct. l. cum is, qui* 32. *§. mulier 2. ff. de condit. indeb.* Tiraquellus de privilegiis pia causa 113. Ant. Faber *Cod. libr. 4. tit. 21. defin. 14.* Ant. Matthæus de oblig. disp. 33. *iber. 12.* Responsa Jurisc. Holl. *part. 2. consil. 517.* Si intervenierit apud creditorem minorem, & is a debitore, in quem actio restituenda est, non possit suum consequi; quippe quo casu major ætatis quam senatusconsulti ratio habenda fuit, *l. si apud minorem 12. junct. l. 11. §. ult. ff. de minor. 25. annis.* Si in rem suam ac propriam utilitatem, vel saltem sine suo detrimento intercesserit, dum ipsa forte debitrice erat, aut id, pro quo intercessit, etiam sine intercessionem præstare obstricta, *l. frustra 2. C. b. t.* veluti si in causa sibi cum alio communi, *l. vir uxori 17. §. ult. ff. b. t.* vel pro eo, quem creditor suo delegabat, *l. bona fide 27. §. ult. ff. b. t.* cuive a suo creditore delegata erat, *l. debitor 24. pr. ff. b. t.* vel si defendat eum, qui adversus ipsam regressum habet, procuratorem, venditorem hereditatis, vel etiam emptorem hereditatis aut rei singularis, aliumve similem, cui de evizione tenetur, quique damnatus regressum adversus eam habet, *l. sed si cum 3. ff. b. t.* vel pro marito inope alimenta in usum familie comparante interveniat; cum ad inopem maritum familiamque alendam obligata sit, arg. *l. ubi adhuc 29. C. de jure dot. l. alimen. a 11. C. de negot. gestis.* Ant. Faber *C. lib. 4. t. 21. defin. 8.* Cessat denique senatusconsulti beneficium secundum mores hodiernos, si mulier, quæ publica mercatrix est, intercesserit pro alio eorum intuitu, quæ ad istam, quam exercebat, spectant negotiationem; non item si in aliis, arg. *l. & si a muliere 4. C. de instit. Christinus ad leg. Mechlin. t. 9. art. 10. numer. 3.* Tuldendus ad *t. C. ne uxor pro marito nam. ult. in fine*, Neostadius de pactis antenupt. *obr. 18. in fine*, Rittershusius ad novellas *part. 2. cap. 4. num. 23. 24.* Andr. Gayl. *lib. 2. observ. 90. n. 5.* Groenewegen ad rubric. *C. b. t.* Cui addunt mulieres illas, quæ territorio præsumt, & majestatem, vel regalia habent; tum quia in tales fœminas, consilio & consiliariis haud destitutas, non tam facile aliqua imbecillitas aut imprudentia cadit, ob quam aliis tenuioris fortunæ & loci humilioris mulieribus subventum est; tum quia is, qui illarum fidem sequitur, non tam sexum, quam illustrem dignitatem administrationemque, per omnia virili similem, respexisse censetur, Carpovius *defin. for. part. 2. consil. 15. defin. 9.* Heringius de fidejussoribus *cap. 7. n. 517. & seqq.* Struvius ad Pand. *b. t. n. 12. in fine.* Quod admitti poterit in iis intercessionibus, quas facit, quatenus dignitatem publicam sustinet, ac qua talis; in ceteris namque privatis negotiis si tanquam alia persona privata intervenierit pro tertio, ratio nulla est, cur non sese teneretur Vellejani exceptione, exemplo mulieris, publicæ mercatricis, quæ, ut ut in negotiis ad mercaturam spectantibus sagacissima fuerit ac prudentissima, in aliis tamen sexus fragilitate labi ac capi potest, Vellejani beneficio non destituenda. Unde & post motam hanc de illustri-

bus mulieribus controversiam, plures hæsitantes eam indecisam reliquerunt, Pyrrhus Maurus de fidejussoribus *part. 2. sect. 8. cap. 3. num. 132. 133.* Ant. Matthæus de oblig. *disp. 33. num. 7.*

12. Quod si mulier ex intercessionem obligata jam solverit, quod ita debebat, si quidem sciens, se Vellejani exceptione tutam esse, condicere solum non potest, *l. quomodo 9. C. b. t.* eo quod consulto dati indebiti donatio est; *l. cujus per errorem 53. ff. de reg. juris*, donanti autem mulieri per Vellejanum non succurrit, *l. sed si ego 4. §. 1. ff. b. t.* Si vero ignara fuit beneficii, soluti, veluti indebiti, repetitionem ab eo, cui solvit, habet, *l. exceptionem 40. ff. de condit. indeb. junct. l. regula est 9. ff. de juris & facti ignorantia*, nisi talis adversus eum, pro quo intercessit & solvit, mandati aut negotiorum gestorum actione experiri ad indemnitatem, *l. pen. ff. b. t.*

## TITULUS IV.

## De Compensationibus.

## SUMMARI A.

1. Quid sit compensatio? unde dicta & qua aequitas ejus? quid sit paritatio?
2. Compensationis jure novo tollit debitum ipso jure, ex quo capis utrumque deberi, licet ex uno latere usurarium sit, vel sub pana debitum. An condici possit ut indebitum, quod potuerat compensari? An compensatio jure civili & hodierno potest sententiam oppositæ in executione? an in appellatione?
3. Reus compensationem allegans non fatetur eo ipso se debitorem esse; aut si eam omittat, sciens prudens, non tenetur adversario remittere debitum. Nisi conjuncta persona id capis sciens prætermiserit, cum nulla appareret justa causa, cur non compensaverit.
4. Compensationis uni tutori potest obijci respectu ejus, quod alter tutor nomine pupilli debet. An cessionario compensationis ejus, quod cedens vel ipse cessionarius ex suo capite debet? Quid juris, si primus pure debeat secundo, secundus primo sub conditione, sed ea lege addita, ut existente conditione compensaret, & primus cedat actionem tertio, tertius autem existente conditione agat cum secundo?
5. Cessionario quarto obijci potest compensatio ejus, quod primus vel secundus vel tertius cedens debet: nec compensationem impedit, quod cedens jam deierit solvendo esse: nec refert, voluntaria an necessaria cessio sit.
6. Non recte obijciunt cessionario, si is cum debitore cedentis novaverit, vel ex delegatione plena eum sibi obligatum capere debere.
7. Compensat reus id tantum, quod sibi ab actore vicissim debitum, non quod a tertio, licet is consentiat, nisi insuper actionem cedat; ubi de duobus reis stipulandi & promittendi; & de exectore non compensante pretium rei subbatastata a se exactum, cum eo, quod creditores in lite vicissim ei debent.
8. An tutori, suo nomine agenti, id quod pupillus debet? An tutori pupilli nomine agenti id quod

- tutor suo nomine debet? An tutor, suo nomine conventus, componet id, quod pupillo debetur? & vice versa?
9. Quid si agitor pupilli, qui tutoris creditor est, aut vice versa foro cesserit, an & tunc tutor suo vel pupillari nomine conventus compensationem obiciat; & quid si quis ex sua persona sit debitor simul ac creditor ejus, qui foro cesserit? An rescriptum moratorium a debitore impetratum impediatur compensationem, si is alia ex causa creditum persequatur?
10. De tutoribus dicta, obtinent & in procuratoribus, institutoribus. An & in sociis, ac moribus in marito & uxore?
11. Quid juris in debitore & fidejussore ejus in patre & ejus filiofamilias? in herede suo nomine debitore, ac creditore nomine hereditario? & quid, si hereditatem adiverit cum beneficio inventarii?
12. Qualia debita compensari possint? An pecuniaria ex delictis aut publicis criminibus? An pana publica non pecuniaria?
13. An debitum mere civile? An debitum naturale tantum etiam cum eo, quod naturaliter & civiliter debitum est?
14. Recte compensatur, quod certo loco debitum; quod jam alio in loco capsum peti; debitum ex sententia fiduciariam solutionem continens; impen- sa litis, in quas quis damnatus est, debita intra certum tempus exigenda cum aliis exactionem perpetuam habentibus; id quod quis se soluturum juravit. An & debitum hypothecarium cum chirographario? an sors annui redditus cum alia sorte redditus aliove debito.
15. Non habet locum in depasito. An non depositum saltem pro impensis necessariis retineri possit?
16. Nec in causis momentanea possessionis; nec in reparatione attentatorum; nec in tributis & vestigialibus, aut eo quod sisco debitum ex causa annonaria; nec in debito reipublica ex calendario vel ex fideicommissis; nec in pretio rei perfectum vendita; vel mercede vestigialium, nec in alimentis futuris; nec in implemento conditionis dandi decem; nec pretia rerum auctione publica in utilitatem creditorum auctoritate iudicis venditarum. An in canone annuo? An debitum unius taberna, cum debito alterius taberna?
17. Requiritur ad compensationem, ut debitum sit liquidum & purum.
18. Necesso etiam ut sit utrimque debita res fungibilis ejusdem generis. An corpus utrumque in genere debitum? An corpus cum quantitate? An pecunia, quoties ut corpus consideratur?
19. An rejecta per iudicem compensatione adhuc debitum illud peti possit?
20. Jus retentionis differt in multis a jure compensationis. Reconvenitur casus, in quibus jus retentionis locum habeat; maxime retinetur res in quam impensa facta vel circa quam artificum adhibitum. Jus retentionis transmittitur ad successores universales & particulares.
21. An jus retentionis habens teneatur rem reddere, si ei cautio de solvendo debito offeratur?
1. C ompensatio est debiti & crediti inter se contributio, l. 1. ff. b. t. vel, ut Cujacius in pa-

ratii. ff. & C. per aris sui computationem ab are alieno liberatio; & computatio vice mutua debite quantitatis. Ita appellata ab antiquo aris appendendi more, nummo necdum adinvento quidem, vel invento quidem, sed adhuc appendi magis quam adnumerari solito; quo eveniebat, ut æqualis utrimque debita aris quantitas, simul pensata, desineret utrimque debita esse, & id solum ex uno latere remaneret in credito, quod prægnavis non simul pensabatur. Cui compensationi non plane absimilis paratio, scriptura, qua rationes accepti & expensi pari quantitate continentur, aut sibi invicem opponuntur, ac comparantur, si impar sit quantitas, ut ita subducta quantitate pari accepta & expensa constet quantum in reliquis sit: unde & parator opponitur reliquatori vel reliqua habendi. Vide l. ult. §. idem quas. 3. ff. de condit. indeb. l. Julius Paulus 81. ff. de condit. & demonstr. l. si qui suis 4. §. proinde 5. ff. de manumission. l. Scito liberata 40. §. argentarius 8. ff. de statuliberis, Ravard. lib. 3. variorum cap. 9. qui & non paratam sed pariatam obligationem putat oportere legi in l. manifesti 17. C. de solution. Summam autem compensatio æquitatem habet; quia interest nostra potius non solvere, quam solum repetere, l. ideo 3. ff. b. t. nec dolo cære intelligatur, qui petit quod redditurus est, l. dolo facis 8. ff. de doli mali & metus excep. denique expedit reipublica lites diminui, l. quidam 21. in fin. ff. de reb. credit. ad quod non parum compensatio proficit.

2. Compensationis effectus est, quod solutionis vicem obtineat, adeoque pro rata debitum utrumque ipso jure minuat, l. si constet 4. C. b. t. l. si debitor 4. ff. qui pot. in pign. l. vel permutavit 19. ff. de liberali causa. Licet enim olim in solis bonæ fidei iudiciis ipso jure quis per compensationem tutus esset, in stricti vero juris negotiis tantum opposita doli mali exceptione, §. in bonæ fidei 30. inst. de action. tamen jure novo stricti juris negotia hac in parte iis, quæ sunt bonæ fidei, fuerunt exæquata; ut ipso jure ad concurrentem usque quantitatem obligatio extinguatur, d. §. 30. Cui consequens, ut & liberentur ipso jure fidejussores ac pignora, l. verum est 4. ff. b. t. l. invicem 12. C. b. t. usurarum etiam cursus sistatur concurrentis apud utrumque quantitatis, ex quo primitus coepit utrimque deberi, sive æquales utrimque, sive inæquales ex pacto, vel mora, vel stipulatu usuræ debite fuerint, sive debitum principale alterum usurarium fuerit, alterum nullam habuerit usurarium accessionem; l. cum alter 11. l. 12. ff. b. t. l. si constet 4. l. 5. C. b. t. l. ejus quantitatis 7. C. de solution. atque insuper is, qui ob moram in pœnam aut multam incidit, eandem evitet, si tempore solutionis, ad pœnam evitandam faciendæ, habuerit jus compensandi, arg. d. l. junct. l. cum quidam 17. §. si pupillo 3. ff. de usuris, Guido Papa decr. 171. numer. 5. Ant. Faber C. libr. 4. t. 23. defin. 4. Hugo Grotius emanudat. ad jurispru. Holl. lib. 3. cap. 40. n. 10. 11. Zoesius ad Pand. b. t. numer. ult. Quamvis ergo verum sit, opponendas seu allegandas esse in iudicio compensationes, ut iudex earum possit rationem habere, & eatenus dici possint facti esse, §. pen. inst. de action. effectus tamen earum totus juris est, & existit ante allegationem; quippe quæ non ad inducendam compensa-

tionem pertinet, sed magis ad manifestandum, eam retro ab eo tempore, quo cepit utrumque deberi, jam a jure factam esse, nec extingui obligationem, sed jam ante extinctam fuisse monet. Unde & procurator absentis conventus, ac compensationem allegans. non tenetur eo nomine de rato cavere, quia, ut Paulus ait, *ni il compensat, sed ab initio minus ab eo petitur*, debito scilicet per compensationem ipso jure jam diminuto, *l. posteaquam 21. ff. b. t. h*ocque nitiur fundamento, quod si id, quod compensationis opē poterat non solvi, solum fuerit, tanquam indebitum condici possit, *l. idem 3. l. si ambo 10. §. si quis 1. b. t.* longeque magis post sententiam, ad impediendum executionem ejus, compensationis obiectio permessa sit, *l. ex causa 2. C. b. t. l. cum militi 16. §. 1. ff. b. t.* Quod & hodiernis moribus servari æquum videtur, eo quod per compensationis allegationem non tam impugnatur sententia, quam potius reus condemnandus ei acquiescere ac obtemperare paratum sese proficitur. Si enim naturali solutione ejus, ad quod damnatus est, iudicato satisfaciatur, non minus satisfacit debiti liquidi compensationem offerendo; dum nihil interest, solvat, *l. si constat 4. b. t. l. si debitor 4. ff. qui pot. in pign. Matth. de Afflictis decr. 121. Sebast. Medices de compensat. part. 2. quest. 25. Ant. Faber C. libr. 8. t. 24. defin. 2. Andr. Gayl. lib. 2. observ. 17. numer. 10. Resolud. delibati juris ad Pand. libri 16. quest. 2. post med. Carpovius defin. forens. part. 1. constit. 8. def. 6. in fine, & def. 15. Responsa Juriscons. Holland. par. 3. vol. 1. consil. 47. Contra quidem in Hollandia judicatum esse refert Neostadius *supr. Curia decr. 95.* Sed jure communi Hollandos adhuc uti, asserit Simon van Leeuwen *cons. for. part. 1. libr. 4. cap. 36. numer. 2. & judicatum esse, eam in executione posse opponi, ut curia judicet, quanto minus via executionis petendum sit, commemorat auctor Appendicis decisionum Curia Holl. post Responsa Juriscons. Holl. par. 3. vol. 1. pag. 11.* h<sub>oc</sub>que facit, quod utraque Hollandie curia judicavit, instrumento, voluntarie condemnationis clausulam continenti, recte obici compensationem; uti vulgo instrumentis guaranteeatis eam aliis in locis apponi, moris est, Neostadius *Curia supr. decr. 3. Resolud. delibati. juris ad Pand. lib. 16. quest. 2. post med. Leeuwen cons. for. d. part. 1. libr. 4. cap. 36. numer. 6. 7. ibique plures citati.* In appellatione sane eam, quæ in prima lite prætermissa erat, compensationem allegari posse, dubium vix est, Ant. Faber *C. libr. 4. t. 23. defin. 15. Gothofredus in notis ad rubric. b. t.**

3. Non tamen compensationis per adversarium apud judicem oppositæ effectus est, quod eam opponens fateri videretur, se ejus, quod petitum, debitorem esse. Non enim existimatur confiteri de intentione actoris is, quocum agitur, quia utitur exceptione, *l. non utique 9. ff. de exception.* neque quisquam pluribus prohibetur defensionibus & exceptionibus uti, licet diversæ sint, quoties lex impedimento non est, *l. nemo 8. ff. de except. l. nemo ex his 45. ff. de reg. jur. ne autem quis modum, quo ipso jure, an eum, quo exceptione sola tutus est, alleget in iudicio, hujus quidem questionis intuitu, non multum refert; maxime si consideres, nihil interesse, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem, in iudicio*

Voti ad Pand. Tom. III.

oppositam, *infrimetur, l. nihil interest 112. ff. de reg. jur.*, neque fas est, deterioris esse conditionis eum, qui potentiore sese defendit liberationis modo, quo ipso jure se tutum asserit, quam qui defensione, aliquo respectu debiliore, utitur, dum se exceptione munivit ait. *h*achineus *controvers. lib. 11. cap. 6.* Vice versa, si quis non compensaverit, cum id posset, sed solverit petita, non est intelligendus eo ipso remisisse adversario, quod is vicissim debet: cum nemo præsumatur voluisse jactare suum, & multa possint esse causa, propter quas quisque, adversario ita desiderante, solvere malit, quam pensare; dum forte id, quod vicissim debitum, usurarium est, vel alia quacunque ratione expedit reo convento, integrum servare potius suum jus crediti, quam id agere, ut evanescat. Quod Julianus velle videtur, cum in *l. 2. ff. b. t.* ait, unumquemque posse creditorem suum, eundemque debitorem, petentem summovere, *si prius est compensare*; non obscure his verbis id totum arbitrio rei conventi relinquens. Quod & Ulpianus tutiori actione tutelæ convento permittit, *l. 1. §. præterea 4. ff. de contrar. tut. & utili act.* eo ferre modo, quo is, qui rei venditæ & traditæ exceptionem habet, conventus ab illis, qui evictionem præstare debant, statuere secum potest, an opposita illa exceptione rem sibi servare velit, an magis evincti sedere, salvamque sibi ad duplum vel id quod interest evictionis nomine conservare ex stipulatu actionem; *l. vindicantem 17. ff. de evictio. tot. t. ff. de except. rei vend. & tradita.* Planè si quis, habens compensandi facultatem, nec id ignorans, sæpius compensatione uti prætermiserit, probabilem nullam habens causam, cū magis suum creditum sibi voluerit salvum esse, quam compensationē tolli, non improbabilis tunc remissi debiti conjectura est, maxime inter conjunctas personas, inter quas facilius, quam quidem inter extraneos, liberalitatis præsumptio admissa est, *l. Procula 26. ff. de probat. junct. l. cum alienam 10. C. de legat.*

4. Opponi potest compensatio quibusvis creditoribus, etiam pupillis, sive ab extraneo, sive ab ipso tutore tutelæ actione convento, *l. si tutores 11. C. b. t. l. 1. §. præterea 4. ff. de contraria tut. & utili act.* usque adeo, ut divisa plures inter tutores unius pupilli tutela, compensari possit uni tutiori nomine pupilli experienti, quod reo convento debitum pupilli nomine ab altero tutore aliam tutelæ partem administrante; *l. inter tutores 36. ff. de admn. & peric. tut.* Cessionariis quoque actione cessa agentibus, tum ratione ejus, quod ipsi suo nomine debent ei, contra quem actione cessa experiuntur, tum etiam respectu ejus, quod ipse cedens vicissim debet, si modo debuerit, ante cessionem, atque ita ei compensatio obici potuerit. Cum enim ipso jure ad concurrentem utrumque quantitatem debitum evanuerit ipso illo momento, quo quid incepit utrumque deberi secundum ante dicta, cedi non potuit adversus debitorem actio, nisi ea pro parte, quæ post confusum debitum & creditum atque ita extinctum restabat exigenda, arg. *l. verum est 4. & 5. ff. b. t. Ant. Thesaurus dec. 221. Zoësius Fand. b. t. nu. 29. Joh. Papon. lib. 12. t. 6. art. 2. & 5. Responsa Juriscons. Holl. par. 1. consil. 314. & par. 5. consil. 25. in fine.* Quin imò, si primus pure debens secundo, secundum non pure, sed ex die vel sub conditione

coperit obligatum habere, ea lege addita, ut die veniente compensaret secundum id, quod ita debet, cum eo quod sibi a primo debetur, ac primus deinde, antequam dies obligationis venisset, jus suum cedat tertio; tertius veniente die contra secundum actionem cessa agens, pati tenetur compensationem ejus, quod primus cedens secundo debet. Et si enim cessionis tempore secundus necdum habuerit compensandi facultatem, dum solum liquidum & parum debitum in compensationem venit; quia tamen obligatio illa, ex die vel conditione suspensa, cedi non potuit, nisi cum sua per pactum adjectum definita qualitate modoque, consequens est, ut secundo, contra quem actio cessa fuit, non perierit per cessionem illam jus compensandi, ex conventionione questum: quod enim ipsis, qui contraxerunt, obstat, & successoribus eorum ob stare placuit, *l. quod ipsi 143. ff. de reg. juris*, Responsa Jurisc. Holl. part. 1. comit. 289. Neque adversus hæc, quæ de compensatione cessionarii opponenda diximus, in contrarium facit, quod cessionarius neque reconventionem semper pati teneatur, ratione ejus, quod cedens vicissim debet, *l. verum quoque 33. §. ult. l. 34. ff. de procurat.* Adde *1. de iudicis numer. 48.* neque doli per cedentem commissi exceptione omni in casu repelli possit, *l. apud Celsul 4. §. de auctorit 27. 28. 29. ff. de doli mali & met. excepti.* Et enim alia reconventionis, debitum utrique superstes supponitis, quam compensationis, ipso jure debitum perimentis; ratio est; ut proinde a reconventionem ad compensationem, tanquam disparatæ, male fiat illatio, Ant. Faber C. lib. 4. §. 32. defin. 15. Et quod attinet exceptiones cessionario non semper opponendas, etsi verum sit tunc, cum exceptio jure est opposita, nihil interesse, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur, *l. ni il interest 112. ff. de reg. juris*, non tamen inde sequitur, omnes æque exceptione repelli, ac allegatione modorum, quibus ipso jure liberatio contingit; dum plures sunt in personam exceptiones, certis tantum agentibus, non promiscue omnibus, obijciendæ, ut dictum *1. de pælis numer. 13.*

5. Nec refert, utrum primus cedens an secundus, aut tertius ei debeat, qui actione cessa convenitur. Si enim fingas primum actionem, sibi adversus secundum competentem, cessione tertio, tertium quarto; agenti quarto non modo compensari potest, quod primus cedens debebat, sed & quod tertius, eo quod, quam primum actio fuit tertio per cessionem quæsitæ, protinus utrimque debitum contributione & confusione ipso jure evanuit ad concurrentem usque quantitatem, adeoque cessio fieri non potuit, nisi ejus intuitu, quod amplius ex uno latere debitum, remanserat in credito, Sande decis. Frisic. lib. 2. §. 17. defin. 2. Sed & non multum interest, utrum eo tempore, quo cessionario obijcitur compensatio, cedens adhuc idoneus sit, an jam desierit solvendo esse; cum semper locum sibi vindicet ratio cedi non potuisse cum effectu actionem, nisi quatenus superest post factam a jure debiti & crediti contributionem; & uti compensari potuisset ipsi cedenti, licet ille ipso cessionis tempore solvendo non fuisset, dum in omnem eventum nihil solvens sed tantum retinens quod debet, ipse sibi abunde solvendo, & quod ad se attinet, dives esse intelligitur, juxta *1. quærebatur 82. ante med. ff. ad leg. falcidiam*, ita quoque

jure eodem uti debet, qui cessionis interventu successit cedenti, arg. *l. quod ipsi 143. ff. de reg. juris*. Parum denique refert, an ex libera voluntate, an ex necessitate cessio facta sit. Et si enim procurator in re ipsam ex necessitate constitutus defendere cedentem non teneatur in reconventionem, eamve pati, *l. servum 33. §. ult. l. 34. ff. de procurator.* quo fundamento motus Frisia Senatus compensationem reprobat, teste Sandio decis. Frisic. lib. 3. §. 17. defin. 5. tamen a reconventionem ad compensationem perperam argumentum transferri, jam supra monitum: saltem non recte hujus questionis intuitu, quia sive ex necessitate, sive ex libera voluntate, cessio contigerit, verum manet, non magis ex necessitate, quam libera ex voluntate, cedi posse actionem, quæ in rerum natura amplius non est: uti non erat in facti specie a Sandio proposita; in qua dum tres filii, Primus, Secundus, & Tertius, matri heredes erant, cui matri trecenta debebat Titius, Titio vicissim tertius centum ex suo capite, fieri aliter haud potuit, quam ut primo aditionis momento, Tertius ex capite matris pro parte tertia trecentorum matri debitorum coperit Titii creditor esse, & eo ipso extinctum contributionem ac confusione mutua, quod Tertius Titio, quodque Titius Tertio pro parte tertia heredi debet. Quo posito, frustra deinde per familiæ circumsundæ judicium duobus prioribus integrum adjudicatur creditum trecentorum, quippe jam ipso jure per compensationem pro parte tertia diminutum. Ut proinde Titius a primo ac secundo ad integra trecenta conventus, recte alleget, vi compensationis a jure jam factæ non ultra ducenta in credito superesse. Ne dicam, illo in casu neutiquam fuisse necessariam, sed plane voluntariam actionis cessionem, cum in rebus quidem individuis adjudicationem uni fieri necessitas flagitet; at in dividiis, imo per ipsam legem duodecim tabularum jam divisi nominibus, consolidationem, atque adeo etiam adjudicationem uti factam, sola suaserit utilitas & commodum facilius exactionis, ut patet ex *l. 2. §. ult. l. 3. ff. famil. ercisc.*

6. Non tamen cessionario recte compensatio ab eo, contra quem actio cessa, obijcitur respectu ejus quod cedens ante cessionem debuerat, quoties cessionarius cum debitore cedentis novationem fecit; aut aliter non nuda & simplex cessio actionis, sed plena delegatio consensu debitoris delegati facta est. Cum enim hisce in casibus prior obligatio, quæ inter cedentem seu delegantem & debitorem ejus consistebat, ipso jure per subsecutam novationem aut delegationem sublata sit, & ita debitor non amplius ex capite cedentis aut delegantis conveniatur, sed ex nova conventionem, per quam novatio vel delegatio facta est, iniquum foret, cessionario vel delegato creditori, nunc suo nomine & proprio ex contractu agentis, opponi compensationem ejus, quod non ipse, sed tertius, quem non repræsentat, debet, arg. *l. doli exceptio 19. ff. de novation. l. si delegatio 3. C. cod. 2. Ant. Thesaurus decis. 221. in fine, Neostadius Curr. supr. decis. 71.* Nec est, quod regeatur, neque novari neque delegari posse debitum illud, quod ipso jure per compensationem ex eo tempore, quo primus incepit utrumque deberi, extinctum est. Et tamen, quia in debitoris arbitrio secundum ante dicta positum est, an compensare velit, nec ne, hoc



ipso, quo voluit iactis sui debiti intuitu ex nova delegationis vel novationis causa devinctus esse, satis rebus ipsis ac factis declarasse videtur, se nolle concessio sibi compensationi jure uti.

7. Porro debitor iudicio conventus regulariter id solum compensat, quod sibi vicissim ab actore est debitum, non item quod actor tertio debet; etiam si tertius ille in compensationem talem consentiat, *l. ejus* 9. *C. b. t. l. in rem suam* 18. *§. 1. b. t. n. si insuper reo convento suam cessisset actionem, eundemque in rem suam procuratorem constitueret, d. l. 18. §. b. t. arg. d. l. 3. C. de novation. h. procuratore* 55. *ff. de procurator. Ant. Faber C. lib. 4. r. 23. defin. 3. in med. Carpovius defin. for. part. 1. consil. 8. defin. 7. in fine, Responsa Jurisc. Holl. part. 3. vol. 1. consil. 47.* Hinc si duo rei promittendi sint, uni convento non proderit ad compensationem, quod stipulator alteri debendi reo vicissim debeat. Et si ex duobus stipulandi reis unus agat, non recte ei obijciat compensatio de eo, ad quod alter credendi reus promissori devinctus est, *l. si duo rei* 10. *ff. de duob. reis constituend.* Nec executor rei substatata recte compensat pretium ejus a se exactum, cum eo, quod creditores, in quorum gratiam fecit executionem, alia ex causa ipsi debent: eo quod pretium illud rerum a se distractarum suscipiens vel iudicem vel debitorem condemnantem representat, atque ita qualitate alia debitor, alia creditor est. Quod ita cautum *Instruct. Curiae Ulirajensis. t. 6. de apparitorib. art. 79. Ant. Matthaeus de auction. libr. 1. cap. 15. numer. 7.*

8. Adhuc tutor, quo nomine contra suum agens debitorem, pati non tenetur compensationem ejus, quod pupillus ipse adversario convento debet. Nec id, quod pupillorum nomine tutor petit a debitore pupillari, compensationem patitur ejus, quod tutor suo proprio nomine isti debitori pupillari debet, *l. pen. ff. b. t.* Quod si tutor suo nomine conveniatur a suo creditore, qui idem pupilli debitor est, magis est, ut ejus, quod tutor debet, cum eo quod debetur pupillo ipsius, compensatio admittatur; eo quod hac ratione nullum pupillo aut adversario praejudicium fit, sed potius quasi quadam brevis manus traditione debiti utriusque solutio contingit, ac sine nova liti litiave impensis crediti pupillaris exactio celebratur, cujus solutio alioquin per longas saepe litem ambages, molestias, ac sumtus, impetranda foret. Quo faciunt ea, quae habet Ant. Faber *C. lib. 4. r. 23. defin. 17.* Si modo tale sit pupillo debitum, ut exactio nem habeat; non item si tantum naturale sit. Nam & si tutor converso modo conventus esset pupillari nomine, non recte opponeret agenti compensationem ejus, quod sibi nomine proprio naturaliter tantum ab actore debitum, atque ita exactio de debitum est; ne per occasionem tutelae deterior fiat actoris conditio, & onus tutelae tutori in commodum vertatur. Sane, si id, quod ipsi tutori debetur a creditore pupillari, exactio nem habeat, naturali scilicet & civili simul jure debitum, etsi non ignorem, etiam tunc deficere compensationis requisita, si vulgatos juris civilis apices sequamur, secundum quos id, quod alteri debetur, quam qui agit, compensari nequit, *l. ejus, quod §. C. b. t. nec, quod tutori debetur, vide si potest debitum pupillo convento, ac per tutorem in iudicio defendi; tamen, si merum jus naturae ac*

gentium intuemur, & totius rei aequitatem, rationem non animadverto, cur aequitas compensationis videri posset hoc casu deficere; cum utique tutori liberum sit, de suo solvere pro pupillo suo, secundum generalia juris principia, nec intersit, solvat an penset, *l. si debitor §. ff. qui pos. in pign. l. si constat §. C. b. t. Ant. Faber C. lib. 4. r. 23. defin. 8. Carpovius defin. for. part. 2. consil. 8. defin. 7.* Et quamvis verum sit, alium pro alio solvere posse, non efficaciter alteri in proprii sui crediti compensationem consentire, *l. in rem suam* 18. *§. 1. ff. b. t.* tamen, cum testius ille creditor mediante actionis cessione potuisset compensationi locum facere, dum & id recte compensatur secundum antedicta, quod ex actione cessa vicissim debetur, iniquum foret, pupillarem atatem, quae sola impedimento est, ne pupillus tutori vel tutor pupillo actionem cedat, hac ratione damnosam pupillo esse, & deteriore ejus, quam majorem, conditionem.

9. Haec ita, nisi forte pupillaris creditor foro cesserit, & curator bonis datus tutorem conveniat ad debiti pupillaris solutionem: tunc enim vix est, ut tutor, obiecta compensatione ejus, quod sibi suo nomine est debitum a debitore inidoneo, salvum sibi facere possit integrum suum crediti jus, cum praejudicio ac fraude ceterorum creditorum, idque eo tempore, quo per bona a creditoribus possessa, & tutorem iis datum, omnis ulterior vigilantiae vel occasio vel licentia creditoribus praerepta est, *l. quod autem §. sciendum §. ff. qui in fraud. credit. fuisset.* Quamvis alioquin haud videatur eundem incipias, quin, ubi quis suo nomine simul debitor & creditor est alterius obarati ac bonis vel foro cedentis, recte obijciat curatori bonorum compensationem ejus pro concurrente utriusque quantitate, si modo ante cessionem habuerit compensandi facultatem, atque ita debitum utrumque jam tum fuerit ipso jure extinctum. Respons. Jurisc. Holl. part. 2. vol. 1. consil. 75. Quomodo (ut hoc obiter addam) nec rescriptum moratorium impedimentum est, quo minus ei, qui id impetravit, debitum suum persequenti, compensatio obijciat, cum aliud sit, differri solutionem debiti, quod unum fit per rescripta moratoria, aliud allegare, ipso jure debitum sublatum esse, nec intra nec post lapsum dilationis indultae unquam pendendum, quod compensationis objectionem contingit, Ant. Faber *C. lib. 1. r. 9. defin. 13.*

10. Quae de tutoribus dicta, eodem modo ex iisdem juris fundamentis definienda videntur in procuratoribus mandatum exigendi pro alio habentibus, sive suo agant nomine, sive procuratorio, & sive suo, sive procuratorio nomine conveniantur. Confer Ant. Fabrum *C. lib. 4. r. 23. defin. 17.* Uti & in insistoribus, quoties non suo, sed praepositi nomine emerunt aut vendiderunt, ac vicissim ipsi quo nomine proprio debitores sunt eorum, quibus insistorio nomine vendiderunt, aut creditores eorum, a quibus emerunt tanquam insitores. Adde Responsa Jurisc. Holl. part. 1. consil. 274. & part. 3. vol. 1. consil. 3. & 80. in med. In sociis quoque, nomine societatis agentibus, cum ipsi nomine proprio essent rei conventi debitores, aut vice versa, compensationem admitti non oportere, vix post Gratianum diss. for. cap. 948. n. 3. Simon van Leeuwen ceter. for. part. 1. lib. 4. cap. 36. n. 24. Quod tamen restringendum

ad socios particulares; nam si universales sint, magis est, ut uni agenti recte objiciatur per reum conventum, quod ei alter socius universalis debet. Et de hac societate universali accipiendus, ad eamque restringendus Papinianus, licet simplicius ac sine distinctione societatis mentionem habeant in *l. si duo rei* 10. ff. de duob. reis constituend. quod & observatum a Tindaro tract. de compensatione. art. 7. n. 9. Struvio ad Pand. b. 1. num. 25. Unde &, licet ex juris Romani principiis maritis, suo nomine agentibus, oblici non potuerit compensatio ejus quod uxores vicissim reo debent; & vice versa Aat. Faber C. lib. 4. tit. 23. defin. 16. nec ea opinio hodie rejicienda sit, quoties pactis dotalibus communio bonorum inter conjuges exclusa est, ac reductum jus civile; tamen, stante statutaria nostrate inter conjuges bonorum communione, certum est, marito petenti id, quod sibi ante nuptias est debitum, opponi posse compensationem ejus, quod uxor ipsius jam ante nuptias coeperat reo convento debere.

11. Quod si fidejussor ex sua conveniatur fidejussione, non modo id quod ipsi, sed & quod debitori principali vicissim est debitum, compensare potest; licet ex adverso debitor principalis non recte compenset id, quod fidejussori ejus debitum est, *l. verum est* 4. l. 5. ff. b. 1. sive debitor principalis solvendo sit, sive non, cum lex non distinguat, & verum sit, statim ipso jure diminutam aut sublatam fuisse debitoris principalis obligationem, ex quo cepit utrumque deberi, nec fidejussor, liberato principali, potuerit ultra obligatus manere, *d. l. 4. l. 5. ff. b. 1. Zangerus de exception. pars. 3. cap. 8. n. 32. & multis seqq.* Patri quoque, quamvis suo nomine agentis, non inutiliter opponitur compensatio ejus, quod ipsius filiusfamilias reo vocato debet, & vice versa creditor contra filiumfamilias agenti id, ad quod idem actor patri istius filiusfamilias conventi tenetur, si modo caveat filius, patrem non esse exacturum id, quod ita compensatum est, *l. si cum filiofam. 9. pr. & §. 1. ff. b. 1.* Quod tamen hodie non permitti patri aut filio, notat Groneweg ad *d. l. 9. §. ff. b. 1.* Non etiam dubium, quod heredi hereditario nomine agenti recte objiciatur compensatio ejus, quod ipse suo nomine debet. Uti universa heredi suo nomine agenti reus compensare potest, quod sibi a defuncto debitum docet, idque pro ea parte, qua is, qui agit, defuncto heres est, non item pro partibus ceterorum coheredum, *l. uli. C. de contrario judic. tutela, Charondas respons. du droit. livre 11. resp. 83.* Quod & tunc obtinet, cum heres adivit cum beneficio inventarii, ita ut solidi quidem debiti compensatio fiat, si vel universis creditoribus hereditatis sufficiat, vel, cum sufficiens non esset, ea saltem creditoris hereditarii compensare volentis, aut crediti, conditio sit, ut jure praelationis totum ex hereditate ferre potuerit: partis vero tantum, si creditor hereditarius non solidum sibi ex hereditariis rebus fuisset salvum habiturus. Nam quamvis inventarii beneficium non efficiat, quo minus heres adeundo defunctum repraesentet, inque jus ejus succedat, efficit tamen, ne ultra vires hereditarias ad alienum defuncti solvere de suo teneatur; an autem naturalis solutio, an compensatione, creditor cum heredis damno solidum consequatur, nil hac in parte refert. Et quia ab initio incertum saepe, utrum hereditas creditoribus auf-

fectura sit an non; remedium expeditissimum videtur, ab initio quidem solidi compensationem permitti creditori, sed idonee caventi restitutum, quanto minus apparebit ob emergens aliud potentius as alienum oportuisse eum jure compensationis salvum habere, arg. *l. procuratoris 5. §. ult. ff. de tribus. act. & arg. l. si cum filiofamilias 9. §. 1. ff. b. 1. Ant. Faber C. lib. 4. t. 23. defin. 9.*

12. Compensare potest id, quo naturaliter simul ac civiliter debetur, sive ex pari sive ex diversa causa, sive ex contractu, sive ex delicto debitum cum eo quod ex contractu debetur, vel quantitatem actione in rem petendam cum ea quae in personam actione petitur, compensari, nihil vetet: dum & tunc nostra interest magis non solvere, quam solum repetere, *l. uli. C. b. 1. l. si ambo 10. §. quotiens 2. ff. b. 1.* Quin & si ex crimine publico agatur pecuniarie, cum vicissim deberetur ex conventione, compensationi locus est, arg. *l. auferetur 46. §. qui compensationem 4. ff. de fidei. fisci.* Patri denique crimina respecta poena pecuniaria per mutuam placuit dissolvi pensionem, *l. viro 39. l. cum mulier 57. ff. soluto matrimom. l. ult. §. pen. ff. de eo per quem fact. erit, quo min. quis jud. se sistat, l. si duo dolo 35. ff. de dolo malo, l. apud Celsum. 4. §. Marcellus 13. ff. de doli mali & met. except.* Sectus, si de poena publica questio sit; quippe quo casu magis uterque delinquens ad poenam legitimam damnandus est, *l. 2. §. qui hoc dicit. 4. l. si uxor 13. §. iudex adulterii 5. ff. ad leg. Jul. de adulter.* compensat enim qui que, quod sibi, non quod alteri, adeoque nec quod publico debitum, qualis est poena publica; & non relatione criminum, sed innocentia rei purgantur, *si quis reus 3. pr. ff. de publ. judiciis.*

13. Si quid mero jure civili debitum sit, quale, quod summo jure civili peti quidem potest, sed exceptione opposita permittitur, ejus compensatio probata non est, *l. quacunque 14. ff. b. 1.* quia talis pecunia iuribus debita non est, *l. quod si maritus 3. §. 1. ff. de constit. pecunia, & similis habetur ei, quae nullo modo debetur, nihil interest 112. ff. de reg. juris.* Aliud dicendum, si quis naturaliter tantum debitum sit; quippe quod, uti novari potest, & in constitutum deduci, & fidejussores ac pignora recipere, ita quoque recte compensatur; non modo cum alio simili debito naturali, sed & cum eo quod naturali simul ac civili jure vicissim debetur; cum generaliter sine ulla distinctione Ulpianus respondeat, *etiam quod natura debetur, venire in compensationem. l. 6. ff. b. 1. adde l. si peculium 20. §. quod si 2. ff. de statuliberis, l. si peculium 6. §. sicut 4. ff. de pecul. legato junct. l. servi ex delictis 14. de oblig. & action. & eo ipso, quo is, qui naturaliter ac civiliter obligatus erat, incipit creditorem suum sibi vicissim naturaliter devinctum habere; tollatur utrumque aequitatis vinculum, quae est naturalis obligatio; quo fit, ut sola & mere civilis obligatio supersit, quae natura sua inefficax est, *l. Scitum aus Pamphilius 95. §. naturalis obligatio 4. ff. de solution. ac denique constat, naturalis debiti exactionem quidem nullam, ad omnino soluti retentionem esse, l. naturaliter 13. l. si quod 64. ff. de condic. indebi. compensans autem re ipsa sibi consulit per retentionem, in quantum dicitur non solvere potius, quam solum repetere, l. adeo compensatio 3. ff. b. 1. Nec**

obitat, cum, qui compensat, petere videri, l. amplius non peti 15. ff. ratam rem haberi, l. neque scriptura 8. C. b. t. debiti vero naturalis nullam petitionem esse. Considerandum enim, petitionis vocabulum latius in iure nostro patere, ut non modo actionem in iudicio instituendam, sed & retentionem per oppositam doli mali exceptionem, aut allegatam compensationem, complectatur: eo modo quo *et agere* *is videtur*, qui exceptione utitur, l. 1. ff. de exception. atque eo sensu impensarum repetitio datur, l. domum 5. Cod. de rei vind. quas tamen nullo alio modo quam per retentionem, servari posse, Julianus monet, l. si in area 33. in fine ff. de condit. indeb. nec dubium esse potest, quin & in objecta d. l. 15. latiore illa significatione petendi vocabulum Paulus accederit dum eum, qui debitum oblatum accepit, quique deductione debiti usus est, videri petisse ait, Confer Vinnium *select. quast. lib. 1. cap. 49.*

14. Quia vero pluribus in casibus dubitari posset, utrum natura huius vel illius debiti compensationem patiatur, nec ne; operæ pretium erit, præcipuas paucis attingere factorum species, in quibus ea admittenda videtur, his dein illas subnectere, in quibus cessat. Iure ergo compensatur etiam illud, quod alio in loco jam coemptum peti; ne alioquin vigilando sibi litemque contestando conditionem suam actor videretur reddidisse deteriore, l. in compensationem 8. ff. b. t. l. non solet 36. ff. de reg. juris. Ut & certo loco debitum, cum eo, quod debetur sine loci adiectione, si modo habeatur ratio ejus, quanti interest, loco potius adjecto quam alibi solvi, l. pecuniam 15. ff. b. t. Adhuc debitum ex sententia fiduciariam seu provisionalem (ut appellant) solutionem injungente, cum eo, quod ex definitiva debetur, dummodo cautio interponatur de solvendo, si solutionis fiduciarie decretum postea per definitivam retractetur. Charondas *respons. lib. 11. resp. 83. in fine*, Ant. Faber C. l. 4. tit. 23. def. 9. post. med. n. 12. Christinaus ad *Leg. Mech. tit. 1. art. 24. in notis ad n. 13.* Præterea impensæ litis, in quas quis sive ob litem temere motam, sive ob detentionem personæ vel rerum calumniose factam, sive ob retardatam ex libelli mutatione litem aut similes alias ob causas condemnatus est, cum eo, quod ipsi alia ex causa liquida debitum; eo quod ad summum hæc litis impensæ considerandæ sunt velut pœna quædam temere litigantium ex quodam delicto debita, cujus procul dubio compensatio est, l. si ambo 10. §. quotiens 2. ff. b. t. Joh. Papon *lib. 12. tit. 6. art. 5. Ant. Faber Cod. lib. 7. tit. 18. defin. 29.* Carpzovius *defin. for. part. 1. constit. 31. defin. 19.* Illa quoque debita, quæ temporaria sunt, intra certum tempus secundum leges aut consuetudines exigenda sub pœna præscriptionis, cum alio debito perpetuam exemptionem habente, si modo coperit utrimque deberi, antequam lapsum esset spatium illud anni, biennii, aut temporis alterius brevioris, quo temporalis obligationis ex lege vel more præscriptio impletur; etiam si compensatio demum post temporis illius decursum obijciatur: cum tantum allegetur, jam tam eo tempore, quo debitum utrimque consistebat, ab ipso iure contributionem ac confusionem ad quantitatem concurrentem contigisse, Parladorius *rer. quotidian. l. 1. §. 13. n. 17.* Franc. Niger Cyriacus l. 2. *consrov. for. 307. n. 2.* Abrah. a Wesel ad *novel. con-*

*sist. Ultrajeet. art. 21. n. 46.* alique ibid. cit. Nec minus ejus, quod quis se soluturum juravit, cum alio simplici debito compensatio est; cum fidem iurjurandi implere censeatur, qui compensat; dum & compensans dare intelligitur, l. vel permittit 19. ff. de liberari causa, l. dedisse 76. ff. de verb. signif. ac solvere, qui se liberat ab obligatione, l. si se non 4. §. pen. ff. de re judic. neque interest, pensando quis satisfaciatur, an naturaliter solvat, l. si debitor. 4. ff. qui pot. in pign. l. si consrat 4. C. b. t. ac denique iurjurandum actui gestio adjectum non mutat actus gesti naturam, sed tantum eundem confirmat, ac de cetero sequitur naturam actus, cui apponitur; ut proinde non minus is, qui juravit se soluturum, compensare possit, quam qui sine iurejurando ad solvendum se devincit, Fachineus *consrov. lib. 1. cap. 7.* Zoesius ad *Pand. b. t. n. 18. 19. 20.* Perezius *Cod. b. t. nu. ult.* Respon. Jurisc. Holl. *part. 5. consil. 25. in med. dissent.* Matth. de Afflictis *dec. 331.* Neque his contrarium est, quod dedisse aut solvisse non videatur, qui acceptilatione liberatur, l. Julianus ait. 45. ff. de condit. & demonstr. l. solutum 49. in fine ff. de solutionibus, adeoque nec qui compensatione liberari cupit, dum compensatio non minus, quam acceptatio, a solutione diversa est. Etenim in d. l. 45. agitur de eo, qui ad dationem aut solutionem ex conventionem vel testamento aliave causa obligatus erat, sed de eo, cui legatum erat sub conditione, si heredi dederit: quæ si dare nolit, invitus compelli nequit, sed tantum legato caret, quasi deficiente legati conditione. Ceterum, quia in conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet, easque regit, l. in conditionibus ff. de condit. & demonstrat. hinc placuit, conditiones, ultimis appositæ voluntatibus, specifice ita ut conceptæ sunt, implendas esse, non veto per æquivalentes, usque adeo, ut nec servo solvi posset, quod testator per conditionis modum voluerit domino solvi, & vice versa, l. qui heredi 44. pr. & §. seqq. ff. de condit. & demonstrat. prout id etiam tradidi infra *num. 16. post mod. & tit. de condit. Instruit. num. 25.* Hæc vero, de conditionibus definita, nemo dixerit ad obligationes solvendi transferri oportere; cum contrarium appareat ex solutionum materia, & præcipue d. l. 49. ff. de solutionibus, in cuius legis fine cum dicitur, ad id, quod accepto latum est, solutionis verbum non pertinere, sed satisfactionis vel satisfactionis, solutio in sensu strictissimo accipitur pro naturali præstatione ejus quod debetur, uti id patet ex primis verbis legis, & ex pr. *Instit. quib. mod. toll. obligatio*, qualis præstatio naturalis cum non sit in acceptilatione, quippe quæ tantum imaginaria solutio est, recte dicebatur solutionis verbum ad acceptilationem haud pertinere. Quæ ratione etiam ab Ulpiano scriptum, *acceptilationem solutioni comparari, l. non solum 7. §. si it. 1. ff. de liberatione legata.* Quin & debitum hypotheca immobilium munitum, nec non ipsam sortem annui redditus compensari, nihil prohibet, non modo cum simili debito, sed & cum alio quocunque, etiam pretio rerum minutim venditarum, eo quod leges non distinguunt: si modo debitum hypothecarium vel fors annui redditus ejus sit conditionis, ut repeti ab invito debitore possit. Secus, si repetitio sortis denegata sit, vigeatque pœnomia, *cons. remon. aliyt. remon:*

nam cum tunc sortis restitutio in obligatione non sit, vix est, ut compensetur, quod debitum non est, etiamsi utrimque talem redditum annuum concipiamus constitutum. Plane si ipse redditus annui debitor, luendi redditus potestatem habens, compensare sortem cum alio debito paratus sit, mos ei gerendus esset; cum jam ex voluntate sua coeperit sortis debitor esse. In qua compensatione propterea etiam, velut singulare, notant pragmatici, illam non ipso jure fieri, nec ipso jure sisti cursum usurarum aut annuarum reddituum, ex quo incepit utrimque deberi, sed demum, ex quo debitor reddituum talium suam declaravit de compensatione facienda voluntatem: nam cum ante talem mentis testationem nulla sortis reddendae obligatio nata esset, deerant utique termini habiles compensationis. Confer Molinæum de usuris quest. 43. numer. 322. & seqq. Zoesium de Pand. b. 1. num. 33. Sardonius de iur. 117. Abr. & Wessel ad novell. constit. Ultraject. art. 20. n. 27. 29. Responsa Juric. Holl. pars. 3. vol. 1. consil. 62.

15. Ex adverso compensationi locus non est in deposito, etsi utrimque res ejusdem generis deposita proponatur, l. ult. §. 1. in fine C. b. 1. pen. C. depositi, quod jus prohibet in deposito compensationis, an etiam ante Justiniani tempora obtinuerit, disputat Revardus lib. 1. varior. cap. 11. Neque audiendos puro, qui compensationem quidem denegatam putant, retentionem tamen, præcipue pro impensis necessariis in rem depositam factis, permissam arbitrantur; quos citat & sequitur Vinnius select. quest. lib. 1. c. 51. Si enim generaliter definitum sit, depositarium deposita reddere ilico modis omnibus compellendum, nullamque compensationem, vel deductionem, vel doli exceptionem posse opponi; quasi & ipse quasdam contra eum, qui depositum, actiones personales, vel in rem, vel hypothecarias haberet; cum non sub hoc modo depositum acceperit, ut non concessa retentio generetur, l. pen. C. depositi, non animadverto, quo modo ista sententia cum verbis legis adeo emphaticis, ac omnem non modo compensationem, sed & deductionem ac doli exceptionem vetantibus, imo non concessam retentionem ponentibus, conciliari satis possit; præsertim si consideres, opposita doli mali exceptione solitam fieri pro impensis retentionem, §. ex diverso 30. Instit. de rer. divisione, Donellus ad d. l. pen. C. depositi n. 9. adde quod scripsi sit. commodati n. ult. ubi & quid moribus fieri possit.

16. In causis quoque momentaneæ possessionis compensatio improbat fuit, quoties quis possessionem alienam rapina, furto, vel aliter perperam occupavit; cum spoliatus ante omnia restituendus sit, l. ult. §. ult. C. b. 1. Zangerus de except. part. 3. cap. 8. num. 119. Quod & ad reparationem attentatrum extendit Marta in digestis juris noviss. tom. 3. verb. compensatio cap. 19. Tributorum insuper & vectigalium exactioni nullam obijci compensationem, utilitatis publicæ gratia constitutum est, sive illa fisco debeantur, sive civitati, l. auferitur 46. §. ut debitoribus 5. ff. de jure fisci, junct. l. in ea 3. C. b. 1. Zangerus de except. part. 3. cap. 8. num. 119. Leeuwen cens. sor. part. 1. lib. 4. cap. 38. num. 11, & 13. Nec ejus quod fisco vel civitati debitum ex causa annonaria, d. l. 46. §. 5. ff. de jure fisci, d. l. 3. C. b. 1. l. ob negotium 20. ff. b. 1. l. 2. §. ad frumentum 4. ff. ad admin. rer. ad civit. pertinet. Nec ob-

stat l. idea 17. ff. b. 1. cum de adile agat, qui a curatoribus annonæ distinctus est: distribuit nempe ædilis annonam, quam ab annonæ curatoribus accipit, ac proinde ædilis non est fisci debitor ex causa annonaria, sed magis ipsi curatores, qui pecuniam annonariam a fisco annonæ procurandæ causa acceperunt, Cujacius lib. 2. observ. 23. licet aliud ædiliū officium fuisse circa annonam præbendam, eosque annonam publice præbendam redemptoribus elocasse, putet Revardus lib. 5. varior. cap. 4. Non etiam compensatur quod reipublica debitum ex calendario vel ex causa fideicommissi, d. l. 3. C. b. 1. nec pretium rei per fiscum venditæ, cum eo, quod fiscus alia ex causa debet, d. l. 46. §. 5. ff. de jure fisci. Nec merces a publicanis pro vectigalium conditione fisco pendenda, si vicissim fiscus iis alia ratione devinctus sit, l. in ea §. C. b. 1. Ant. Matth. de auction. lib. 2. cap. 6. n. 9. 10. Nec quisquam alimentum futura, sive ex contractu, sive ex legato debeat, sive privatis, sive corpori seu collegio, velut orphanotrophio, nosocomio, gerontocomio, similibusque, præstanda; idque favore alimentorum, quorum intuitu singularia multa præter communes juris regulas recepta sunt, ne eorum præstatio differatur, licet alioquin aliis in casibus dilatio atque suspensio probata esset, d. l. in ea 3. C. b. 1. arg. l. si, instituta 27. §. pen. ff. de inoffic. testam. l. qui pro tribunali 2. in fine ff. de re judic. l. ult. ff. de appellat. recip. vel non. Ant. Faber Cod. lib. 4. tit. 23. defin. 7. Zangerus de exception. part. 3. cap. 8. num. 28. 29. Carpovius defin. for. part. 1. constit. 8. defin. 9. Secus, quam obtinet in alimentis in præteritum debitis, quippe quæ uti desinunt propriam habere naturam alimentorum, dum nemo in præteritum alendus est, & simpliciter transactio. num. 14. ita nec gaudent privilegiis, quibus alimenta vera a jure munita sunt. Idemque est, si de alimentorum jam præstitorum pretio solvendo quæramus; cum illud pecuniarium, non alimentorum, debitum sit, Ant. Matthæus de obligat. disput. 40. tit. 10. Adhuc, si quid alicui legatum sit sub conditione dandi decem tertio, compensatio non videtur admittenda ad eum effectum, ut conditio dandi censeretur impleta; quia nec impleta cehsetur per acceptilationem, quæ æque, ac compensatio, annumeratur modis, quibus ipso jure obligatio perimitur, l. Julianus ait 45. ff. de condit. & demonstrat. Ut tamen favore libertatis id permittatur statulibero, qui sub conditione, si decem dederit, liber esse jussus est, l. si peculium 20. §. quod si heredi 2. ff. de statuliberis; quod in exemplum trahendum non est, cum & per partes ita decem statuliber heredi præstare possit favore libertatis, licet alioquin solutio debiti particularis invito creditore permissa non sit, l. cum heres 4. §. item si decem 6. ff. de statuliberis, junct. l. tutor. 41. §. 1. ff. de usuris. Amplius, usu probatum, compensationem non admitti, in pretio rei venditæ, cum auctione publica necessaria, quæ judicati exsequendi causa, vel curatoris bonorum jam constituto sit, licitatione vicit & ita pretii debitor esse coepit, qui alia ex causa creditor est: ubi enim ita sub hasta emit, non jam pretium incipit debere debitori suo, sed creditoribus ejus, atque ita quod uni debet, compensaret alteri, quod jura non sinunt. Proluxe Ant. Matthæus de auction. lib. 1. cap. 13. num. 7. ubi plura citat. Anni præterea canonis

compensationem cum alio debito non satis apte fieri, nisi alia concurrant, monuit *tit. si ager vestigal. id est emphyteut. per. num. 39.* Debitum unius tabernæ seu stationis credito compensari, negant statuta Antwerpiensia *tit. 52. art. 7.* sed hac plenius petenda ac decidenda ex iis, quæ dicta *tit. de tributoria act.*

17. Ceterum, ut compensationi locus esse queat, requiritur, ut debitum utrumque sit purum & liquidum; id est, quod jure aperto nititur, & certum ac indubitatum est, veluti ex confessione adversarii, sententia iudicis, instrumento publico, atque ita iudici facilem sui exitum præstare potest, *§. in bona fidei 30. Instit. de action. l. ult. §. 1. C. b. t. Langerus de exception. part. 3. cap. 8. nu. 94. & seqq.* Si quid in diem debeatur, non compensatur, antequam dies venit, quamvis dare oporteat, *l. quod in diem 7. ff. b. t.* quod tamen haud confundendum cum debitis illis, quæ quandam solutionis dilationem ex æquo & bono habent, veluti quæ debentur ex causa iudicati, cui quatuor mensium dilatio adhaeret; hæc enim medio tempore compensari, nihil vetat; cum aliud sit, diem obligationis non venisse; aliud, humanitatis gratia tempus indulgeri solutionis, *l. cum mili. 16. §. 1. ff. b. t.* Illiquidi adeo non admittitur compensatio, ut, licet ex juris Romani principii defendi possit, opposita doli mali exceptione de debito illiquido; protelari condemnationem ad solvendum id, quod liquidum est, de quo Vinnius *relect. quest. libr. 1. cap. 50.* moribus tamen nostris, quibus liquidi debiti solutiones fiduciarum in principio litis decerni solent, ne per modum quidem exceptionis proponi possit, ad id, ut differretur sententia iudicis aut executio, donec liquidum fuerit factum; *Leeuwen cons. for. part. 1. lib. 4. cap. 36. num. 3.* nisi in continenti liquidum reddi possit; intra duos quidem menses in debito fiscali, seu eo, quod quis sibi vicissim a fisco debitum ait, *l. aufertur 46. §. qui compensationem 4. ff. de iure fisci,* in aliis tempore arbitrario per iudicem definiendo, Menochius *lib. 2. arbitr. casu 14.* Vinnius, *relect. quest. lib. 1. cap. 50. Loesius ad Pandect. b. t. n. 11.*

18. Necesse insuper ad compensationem, ut debita sit utrumque quantitas seu res fungibilis, ejusdem generis, non diversi, quo fit, ut olei quidem cum oleo, vini cum vino, pecuniarum cum pecunia: at non pecuniarum cum vino, olei cum frumento compensatio admittatur, repugnante ipsa compensationis natura ac denominatione, *l. si ambo 10. §. 2. l. 11. l. 12. ff. b. t. l. si constat 4. l. si propter 8. C. b. t.* Quantitatis debito simile, quantum ad compensationem attinet, si idem genus utrumque sit debitum; ita ut utrumque debitori competat electio, quam speciem ex genere debito velit solvere; eo quod tunc quisque liberari potest solvendo eam speciem, quæ ei per adversarium soluta est, nec aliam accipere compellitur, quam qua reddita vicissim ipse liberatur. Secus si vel ex uno latere vel utrumque creditoris electio esset, quam ex genere debito speciem persequatur; cum hoc casu verum non sit, unumquemque solutione illius speciei, quam ex genere debito consecutus est, vicissim defungi posse. Ita sane distinguui, jubet analogia juris, etsi alii simpliciter affirmant, alii in universum negent, generis cum genere compensationem esse. Vide Loesium ad *Pand. hoc tit. nu. 14.* Wissenbac ad *Pand. b. t. num. 1. post*

*med.* Corporis in specie debiti cum corpore alio, vel corporis cum quantitate debita nulla compensatio est, *l. quod dicitur 5. ff. de impensis in rem doi. factis,* adeo ut, si corpus aut quantitas alternatim debeatur, compensatio demum fieri possit, si debitor declaraverit, se velle solvere quantitatem, *l. si debeas 22. ff. b. t.* Quin &, si quantitas, veluti pecunia, debeatur tanquam corpus, dum forte legata sunt *centum quæ in arca testator habet* compensationem tantum nummorum jus nostrum videtur reprobasse, dum negat eos *permutationem recipere*, ac exemplo cuiuslibet corporis æstimari jubet, *l. sed si certus 51. ff. de legatis 1. Fachineus controuv. lib. 1. cap. 6.* Quorum omnium illa ratio est, quod, ubi ex uno latere corpus, ex altero quantitas, vel utrumque quantitas diversi generis, vel utrumque certa species, in quam cadit vel cadere potest peculiaris affectio, debetur, nulla adest debiti paritas aut æqualitas, in compensatione desiderata, & aliud pro alio invito creditori solvi non potest, quod tamen fieret, si compensationis interventu quisque retineret, quod debet. Nec est, quod obijciatur corpora solvi posse; unde & videbantur compensanda, quia nihil interest, solvat quis, an penset, ut ante dictum ex *l. si debitor 4. ff. qui pot. in pignore, l. si constat 4. C. b. t.* Etenim licet idem compensationis, qui solutionis, effectus sit, quotiens termini habiles compensationis existunt; non tamen ideo sequitur, omne, quod solvi potest, etiam compensationem recipere: nam & acceptilationis idem qui solutionis, effectus est; & tamen solas verborum obligationes, non item alias, acceptilatione tolli constat, *§. 1. 2. Instit. quib. mod. toll. oblig.* Minus movet, quod & in commodato, in rebus amotis aut a conjuge denotatis, & in aliis corporibus reddendis compensationis jus a legibus probatum est, *l. in rebus 18. §. ult. ff. commodati, l. fructus 7. §. ob donationes 5. ff. soluto matrimo.* cum facile possint termini habiles, quibus corporum extinguntur aut depretiatorum æstimatio debetur. Adde Fachineum *controuv. lib. 11. cap. 7.* Vinnium *relect. quest. lib. 1. cap. 49. in pr.*

19. Quod si compensationis in iudicio allegata rationem iudex non habuerit, salva nihilominus manet petitio; neque enim rei indicata exceptio obijci potest, ubi iudex de eo solo pronuntiavit, compensationem non posse locum invenire; dum innumeris prope modis evenit, ut ejus quod vere debitum, compensatio non fiat ob deficientia requisita ejus. Aliud dicendum foret, si iudex reprobasset compensationem, quasi non existente debito: tunc enim exceptio rei judicata nocitura esset persecutori idem, veluti debitum, *l. quod in diem 7. §. 1. ff. b. t. l. autem in 8. §. si quocumque 2. ff. de negot. gestis, l. 1. C. de crimine expil. hered. l. in rebus 18. §. ult. ff. commodati, l. 1. §. prætorum 4. ff. de contrar. tut. & utili act.*

20. Cum compensationem non confundendum jus retentionis, licet in quibusdam compensationi haud sit ad simile, ac compensationis exemplo etiam si executione opponi possit; Ant. Faber *C. lib. 7. tit. 21. defn. 12.* Nec recte dixeris, retentionem cessare, quia cessat compensatio, cum retentio locum habeat etiam in corporibus compensationem non admittentibus, ac in debitis etiam non liquidis admissa sit; nec obligationem ipso jure perimat, uti quidem fit

per compensationem. Pluribus autem in causis retentionis usum invenit: nam & nauta merces pro contributione propter jactum retinet; & venditor, donec vendita rei pretium solutum fuerit; & uxor res mariti, donec dos & reliqua mulieris bona restituantur; & institor merces sibi a præponente commissas, donec sibi solutum sit, quod præponens debet; de quibus plenius suis locis. Præcipue retentioni locus ob id, quod occasione rei retentæ debetur; veluti ob impensas in eam factas, aut opificia, vel artificia circa eam præstita; qua ratione fullones, sartores, bonæ vel malæ fidei possessores, panni, vestis, rerum possessarum retentione sibi recte consulunt, pro mercede vel impendiis factis obtinendis; uti & magistri navium habent jus retinendi merces pro nauulo arg. l. pen. ff. locati, Andr. Gayl lib. 2. observ. 12. num. 5. Ant. Matthæus de aucton. lib. 2. cap. 10. num. 21. & lib. 1. cap. 19. nu. 53. Respons. Juric. Holl. pars. 1. consil. 106. Confer Sim. van Leeuwen cens. for. part. 1. lib. 4. cap. 37. Nec dubium, quin illi, quibus retentionis a lege vel consuetudine datum est, id ipsum tum ad heredes suos, tum ad successores particulares, quibus vendiderunt, donarunt, legarunt, aut aliter cesserunt mercedis exigendæ sumtumve recuperandum jus, transmittant, arg. l. in hoc iudicium 14. §. impendia 1. ff. communi divid. ibique Costalius, Berlichius conclus. præf. part. 2. conclus. 52. n. 11. 12.

21. An autem jus retentionis habens teneatur rem adversario restituere, quoties is idoneam de reddendis impensis, aut mercede solvenda, cautionem offert, iudicis circumspici arbitrio videtur committendum, prout ex circumstantiis apparuerit, vel eum, qui suo impensarum aut mercedis prætextu diu id intendere debitorem impensarum, ut re recuperata sub cautione, longa deinceps ac calumniosa litis prolatione difficilem adversario faciat impendorum, mercedis, similiumque persecutionem. Vide Ant. Fabrum C. lib. 3. iii. 22. defin. 15.

## TITULUS II.

### Depositum vel contra.

#### SUMMARIA.

1. De deposito in ade sacra, in horreis publicis, apud argentarios. Quid sit contractus depositi? An depositum maneat, si id agatur, ut tantundem reddatur?
2. Cujus gratia depositum celebrari possit? An solius depositarii gratia? resentiatur casus, quibus dubium, an mandatum an depositum sit.
3. Quales res deponi possint? an & immobiles? an & res propria apud suum dominum?
4. Directa actio depositi quibus datur? An & tertio, de quo id actum ut ei reddatur? Quid juris, si plures eandem rem dividuam vel individuam deposuerint, vel uni deponenti plures heredes extiterint?
5. Contra quos datur? Quid si plures sint depositarii, vel plures unius depositarii heredes? An datur contra manumissum de eo quod durante servitute recepit? an & contra tertium possessorem?
6. Ad quid tendat? ubi & de accessionibus rerum depositarum, & circa obignata deposita, & usuris rerum fungibilium depositarum.

7. Qualem culpam præstat depositarius? quando de casu fortuito teneatur? Quid juris, si ipse vel heres ejus rem depositam vendiderit, ac tunc illa casu perierit?
8. An deponens rem a depositario alienatam vindicare possit? & quid juris, si depositarius res suam ex incendio eripuerit, non salvois depositis? remissive.
9. An depositi restitutio impediri possit compensatione, retentione ob impensas, exceptione non numerata pecunia, intercessione tertii, pacto de utendo si velit, vel ut demum post certum tempus reddatur?
10. Contraria actio depositi ad quid tendat? an res pro damno noxa dari depositario possit?
11. De deposito miserabili, & quid in eo moribus obtimeat?
12. Quid sit depositum sequestrarium? An sequester possideat rem sequestratam?
13. Qua potestas, qua officia sequestrorum sint? & an sequester jurisdictionem aut jus patronus exercere possit, si res, quibus ea jura cobarent, sequestrate sint?
14. Propter quas causas invito altero litigantium sequestratio fieri possit, etiam ipsius pecunia numerata; an possessor rei impedire possit sequestrationem ejus per oblationem idonea cautionis?
15. De actionibus ex deposito sequestrario natis; & quando iis locus sit? quæ pæna sint subducentium auctoritate privata res sequestratas?
16. De obignatione publica adium, canaculorum, citiarum, sarcinarum; & quando auctoritate privata resignatio fieri possit, vel non?
17. De depositione pecunia apud acta; quid si grapharius eam in suos usus converterit? quid si & foro cesserit, an potiores sint, qui ita deposuerunt, in bonis ejus? An & ipsi magistratus tunc teneantur?

1. Custodiæ causa Romanos res suas sæpe in ade sacra deposuisse, notum est; & plenius exsequitur Ryzardus tib. 1. varior. cap. 15. quandoque & in publicis horreis, l. pignus in bonis 9. C. de pignorat. act. D. Noodt probabil. libr. 4. cap. 3. ant. med. nonnunquam apud argentarios seu mensurarios, l. si hominem 7. §. pen. & ult. l. 8. ff. b. t. l. si ventri 24. §. in bonis 2. ff. de reb. auct. jud. possid. Ryzardus d. cap. 15. in pr. & circa fin. frequenter apud privatos, mediante contractu depositi, qui est bonæ fidei, ac re constans, quo res alteri gratis custodienda traditur, ea lege, ut quancumque restituat eadem in specie §. pen. instit. quib. mod. re contrah. oblig. Quod si id actum sit, ut tantundem restituatur, cum esset deposita pecunia allave res fungibilis, egrederetur quidem ea res notissimos depositi terminos, quatenus rerum depositarum dominium transit in accipientem, ac in creditum itur; in ceteris tamen manet natura ac contractus depositi, l. Lucius Titius 24. l. 25. §. 1. l. si sacculum 29. §. 1. ff. b. t. l. in navem 31. ff. locati. Idemque est, si res æstimata deposita fuerint, & pretium earum restituatur, arg. l. si. vir. uxori 52. ff. de donat. inter vir. & uxor. In mutuum tamen totum abire negotium Ulpianus tradit, cum id expresse actum est, ut depositarius utatur nummis. depositis,

1. *cori conditio* 9. §. ult. 1. 10. ff. de rebus creditis. Plura scilicet in iure nostro aliud operantur, si expressa fuerint, quæ verbis idem significantibus involuta ac tecta, alium effectum habent; adeoque manet depositum, si id agatur, ut tantumdem reddatur, quamvis huic formulæ insit utendi licentia; mutuum fiet, ubi nominatim de pecuniæ depositæ usu convenit, d. 11.

2. Licet autem depositum plerumque deponentis solius gratia celebretur; nihil tamen vetat, quo minus exemplo mandati etiam quandoque deponentis, & depositarii, vel deponentis & tertii, vel depositarii, & tertii utilitas appareat. Quin imo, cum mandatum solius mandatarii causa interpositum reprobatur esset, §. tua tantum 6. instit. de mandato, depositum tamen in depositarii solius commodum fieri posse placuit, in facti specie, quæ est in l. si quis nec 4. ff. de rebus creditis, ceterum adeo magnam mandatum cum deposito affinitatem habet, ut aliquando dubium sit, utrum mandatum, an magis depositum, intercessisse intelligatur. Qua ratione si procuratori instrumenta causæ data sint, nec is ea mihi reddat, fuerunt, qui depositi cum eo agendum putarunt; quorum tamen sententiam, ut minus probabilem, Labeo rejiciens, mandati actionem dedit, & quod uniuscujusque contractus initium spectandum ac causa, l. si procuratorem 8. ff. mandati. Similiter, si te rogaverim, ut rem ab aliquo meo nomine receptam custodias, idque fecerim, mandati magis quam depositi actionem esse, Pomponius ait, qui mandatum primum contractus est, l. 1. §. idem Pomponius querit 13. ff. b. t. Quin imo si rem meam tibi dedi ad Titium perferendam, ut is eam servet: & si is eam non receperit, tu custodias: sique eam non receperit, non tantum depositi, sed & mandati tunc agere possum, quia plenius est mandatum, habens & custodiæ legem, l. 1. §. si te rogavero 11. §. 12. ff. b. t. ac mandare me posse, ut & custodiam mihi præstes, Paulus docet l. naturalis 5. §. sed, si facio 4. in med. ff. de præscript. verbis.

3. Deponi possunt res omnes, sive fungibiles sive non fungibiles, sive mobiles sive immobiles; cum & immobilium custodia alteri tradi queat, l. emtor adium 38. ff. de damno infecto, & commendari, quæ commendatio depositio est, l. Lucius Titius 14. in med. ff. b. t. l. commendare 186. ff. de V. S. atque insuper immobilium commodatum sustineatur, l. 1. §. 1. ff. commodati, nec ratio appareat, cur minus depositum immobilium quam commodatum fiat. Dum utrobique idem traditionis modus potest intervenire; imo finis depositionis est custodia rerum, quæ etiam circa immobilia locum habet; & ipsi commodato immobilium inest substantia depositi, inest custodia, dum commodatarius vel immobilem commodato accipiens, etiam custodiam ejus in se recipit, eamque plenioram quam ex causa depositi; cum in deposito sola lata, in commodato levissima quoque culpa ac custodia exactissima præstanda veniat, l. si, ut certo 5. §. nunc videndum 2. in fine ff. commodati. Et quamvis negandum non sit, quin & mandari rerum immobilium custodia possit; quia tamen in mandato levissima, in deposito sola lata culpa præstatur, facile quisque depositi titulo rerum alienarum custodiam recipiet, difficilius longe ex causa mandati, in quo nihil neglectum, aut declinatum, Voss ad Pandect. Tom. III.

culpa vacuum foret, l. in re mandata 21. C. mandati. Nec interest propriæ res sint, an alienæ, eo quod dominium non transit; adeo ut & fur ac prædo deponere possit, l. 1. §. si prædo 39. l. bona fides 31. §. 1. ff. b. t. & creditor pignus, l. pignus in bonis 9. C. de pignorat. act. ac depositarius rem ipsam apud se depositam, l. si is, apud 16. ff. b. t. Si modo id unum caveatur, ne quis alienam rem apud ipsum deponat rei dominum; ut enim neque emptio, neque precarium, neque pignus, ita nec depositum suæ rei consistere potest, l. neque pignus 45. ff. de regul. juris, nec ulla in dominum, ex causa depositi forte rem suam ignoranter accipientem, actio est ad restitutionem, d. l. 31. §. in fine ff. b. t.

4. Ex hoc contractu descendit actio depositi directa & contraria. Directa datur deponenti, etiam prædoni vel furi; ut tamen in concursu potior domini vindicantis, quam furis ex deposito repetentis causa sit, l. 1. §. si prædo 39. l. bona fides 31. §. 1. ff. b. t. adhuc domino servi deponentis, licet servus jam manumissus aut alienatus esset, l. 1. §. si servus 39. ff. b. t. & hereditati jacenti, atque adeo heredi, si servus hereditarius deposuerit, l. cum hereditas 9. C. b. t. fisco quoque, si deponens ac publicationem bonorum passus sit, l. bona fides 31. ff. b. t. Quin & utiliter tertio, quoties id actum est ab initio, ut non deponenti sed tertio res deposita restituitur; idque præter strictas juris regulas ex mera æquitatis ratione, l. pen. C. ad exhibendum, l. Publia Marcia 26. princ. ff. b. t. Si plures rem communem deposuerint, vel plures uni deponenti heredes existant, si quidem dividua res sit, quisque pro sua tantum parte, non singuli rem totam repetere possunt (nisi depositi celebrati tempore id actum sit, ut unusquisque ex pluribus deponentibus rei totius repetendæ facultatem habeat) l. 1. §. sed si duo 44. junct. l. licet deponere 17. ff. b. t. adeo ut, si pecunia in sacculo signata deposita sit, & unus ex heredibus ejus, qui deposuit repetere velit, promenda sit ac resignanda pecunia, vel coram prætore, vel intervenientibus honestis personis, & exsolvenda petenti pro parte hereditaria, residuo vel apud depositarium manente, sigillis videlicet prius ei impressis, vel ab his, coram quibus signacula remota sunt; vel si hoc recusaverit, in æde sacra deponendo, l. 1. §. si pecunia 36. ff. b. t. Nec is, qui rei dividuæ partem recuperavit, eam reliquis sive simul deponentibus communicat, si reliqui deinceps suas nequeant partes consequi ob depositarii paupertatem; ea ratione, quia iuria vigilantibus scripta sunt, nec æquum est, industrium ac diligentem desidiam alienæ aut negligentiam ponas subire, l. ult. C. b. t. junct. l. pen. in fine ff. quæ in fraud. credit. facta sunt ut restit. Contra quam obtinet, si ex socio debitore suam partem consecutus esset, nec reliqui suas partes ob socii inopiam consequi possent, l. verum est 63. §. si, cum tres 5. ff. pro socio. Quod si individuum quid depositum sit, unicuique ex pluribus deponentibus, pluribusve deponentis unius heredibus, actio depositi in solidum competit; modo caveat agens, de partibus aliorum coheredum aut simul deponentium nullam depositario restituenti litem fore. Quam cautionem si præstare actor detrectet, depositarii est rem in æde sacra deponere, ut omni actione depositi liberetur, d. l. 1. §. si pecunia 36. in fine ff. b. t. Si tamen plu-



res rem individuum eodem tempore singuli sibi restitui desiderant, ei in concursu reddenda videtur, qui maiore ex parte heres aut rei individua dominus est, ac de indemnitate idoneam depositario offert cautionem, arg. l. si plures 14. ff. b. t. Sed & si duo de hereditate litigent, dum uterque se solum ex asse heredem contendit, ei hac actio accommodanda, qui paratus est adversus alterum defendere depositarium de restituendo conventum; quod onus ei non suscipiat, commodissimum est, in eade sacra rem deponi, donec de hereditate judicetur; d. l. 1. §. apud Iulianum 37. ff. b. t.

5. Conveniendus hac actione depositarius & heredes ejus; quive, cum heres non esset, quasi heres lucrum ex re deposita percepit, l. red & si 4. ff. b. t. Et si plures heredes sint, si quidem ex dolo defuncti agatur, non nisi pro ea parte conveniendi singuli, quia heredes sunt; sin defunctus dolo caruerit, is solutus heres, qui dolum ipse fecit, in solidum tenetur, nec in coheredes dolo carentes ulla ex dolo coheredis actio est, l. in depositi 9. l. 10. ff. b. t. si simul uterque coheres dolum admiserit, & uterque solvendo sit, ac de praestatione ejus quod interest, vel pecuniae depositae restitutione agatur; placuit unumquemque pro rata parte, quia heres est, aut pecuniam intervertit deponenti obstringi, l. si duo 22. ff. b. t. Si plures depositarii depositum receperint, adversus singulos in solidum actio ita comparata est, ut non electione unius, sed solutione, reliqui liberentur, ac in id quod ab uno in solidum convento servari nequit, adversus reliquos iudicium supersit. Quin imo si unus in solidum conventus, ob id absolutus sit, quod dolo careat, nihil vetat, ad alterum perveniri, qui dolum fecit, l. 1. §. si apud duos 43. ff. b. t. In pupillum quoque, qui sine tutoris auctoritate suscepit depositum, recte agitur, quoties vel doli capax fuit, vel locupletior ex deposito factus est, l. 1. §. an in pupillum 15. ff. b. t. Insuper contra dominum & patrem, tuius servus aut filiusfamilias depositum suscepit, sive hi, qui in potestate sunt, sive illi, qui in potestate habent, dolum fecerint; adeo ut ex proprio quidem dolo in solidum conveniantur, ex dolo autem servi sui aut filiusfamilias pecullo tenus, l. 1. §. filiusfamilias 49. ff. b. t. l. depositi 5. ff. de peculio. Quia & in servum aut filium manumissum aut emancipatum actio datur de eo, quod adhuc in potestate constituti custodiendum receperunt, si modo post manumissionem adhuc manumissum possideat, non item, si sine dolo desiderit possidere; quod in servo singulare est, cum aliquin ex contractibus in servitute celebratis nullum in manumissos iudicium competat, l. si apud filium 21. ff. b. t. junct. l. servi ex delictis 14. ff. de oblig. & act. Quemadmodum nec ipsi manumissi agunt de eo quod adhuc servientes deposuerunt, l. 1. §. si servus deposuit 30. ff. b. t. arg. l. juris gentium 7. §. pen. ff. de pacis. Etsi non videatur negandum, quin ex dolo circa depositum in servitute commissio, tanquam ex delicto, post manumissionem actione ex lege Aquilia conveniri possit, quia servi ex delictis obligantur, & si manumittantur, obligati remanent, ac de dolo in servitute adhibito tenentur, d. l. servi ex delictis 14. ff. de oblig. & act. junct. l. 1. §. si apud servum 19. ff. b. t. Plane adversus tertios rei depo-

sita possessores actioni depositi locus non est, l. si is qui 8. C. b. t. nisi depositarius jussu deponentis eam penes tertium deposuerit, l. 1. §. si se rogaverit 11. ff. b. t. si enim jussu ille desit, deponens primus contra primum depositarium ad id tantum agit, ut is actiones sibi contra depositarium secundum quorsitas cedat, l. si is, apud, 16. ff. b. t.

6. Tendit hac actio directa ad id, ut res deposita restitatur in loco, ubi contractus hic celebratus fuit, nisi aliud actum sit l. si in Asia 12. pr. & §. 1. l. si, apud quem 5. §. 1. ff. b. t. una cum accessionibus, etsi illa non videantur depositae. Qua ratione non modo fructus, partus, & omnis causa, in actionem venit, l. 1. §. & ideo 24. ff. b. t. sed & quaz tempore depositionis rebus depositis accesserunt, licet ipsa proprie non sint deposita, veluti equi depositi capistrum, aut servi vestis, l. 1. §. quia depositi 5. ff. b. t. junct. l. si, ut certo 5. §. utique adeo 9. ff. commodati. Si cista obsignata deposita sit, qui reddi oporteat, traditur in l. 1. §. si cista 61. ff. b. t. ac dictum latius ad t. nauta cautiones stabularii ut recepta restit. num. 8. Usurarum quoque rationem habendam esse, exigit generalis natura actionum bonae fidei, sive de usuris per depositarium praestandis pactio sit appositae, cum id ageretur, ut non nummos in specie, sed tantundem redderet; licet ea res notissimos depositi terminos egrediat, l. Lucius Titius 24. ff. b. t. sive pecuniam depositam in suos proprios usus converterit, l. Quintus Caecilius 23. ff. b. t. l. si deposita 4. C. b. t. sive mora in reddendis rebus fungibilibus depositis commissae sit, l. usure 2. C. b. t. Si tamen his in casibus iudex solius sortis, non item usurarum fecerit condemnationem, non ultra de usuris experiundi potestas est, cum non dux sint actiones, altera sortis, altera usurarum, sed una; ex qua ubi condemnatio facta est, iterata actio rei iudicata exceptione repellitur, d. l. si deposita 4. C. b. t.

7. Restituenda vero res deposita non deteriorata, adeo ut deteriorem reddens restituere non intelligatur, nec liberetur, nisi id quod interest simul praestet, v. l. §. si res deposita 16. ff. b. t. l. sed mihi 3. §. si reddita 1. ff. commodati, si modo deterioratio vel damnum rebus depositis illatum fuerit dolo aut lata culpa depositarii; quippe quam solam regulariter praestat, sive lata culpa negligentissimae sit, dum forte in propriis quoque rebus negligentissimus esse consuevit, sive lata culpa versutiae interveniat, dum minorem depositis, quam suis rebus curam adhibet, hoc ipso fraude non carens, l. quod Neron 31. ff. b. t. l. 1. §. si quoque 5. ff. de oblig. & action. l. contractus 23. ff. de reg. juris, §. pen. Insti. quib. mod. re contrab. oblig. quod & moribus servari, patet ex Grotio manu ducti. ad jurisprudentiam. Holl. lib. 3. cap. 7. De levi culpa non tenetur, quia nulla vertitur ut plurimum depositarii utilitas; nisi mercedem pro custodia pactus sit, quo casu velut ex conducto tenetur, l. 1. §. si verimentum 8. §. ff. b. t. l. si, ut certo 5. §. nunc videndum 2. ff. commodati. Longe minus de levissima, nisi nominatim id pacto comprehensum sit, d. l. 5. §. 2. ff. commodati, l. 1. §. si convenerit 6. & §. sapa evenit 35. ff. b. t. vel sponte se depositarius obtulerit deposito, d. l. 1. §. sapa 35. ff. b. t. vel solius depositarii vertatur utilitas, juxta facti speciem in l. si quis nec causam 4. ff.

de rebus creditis. Denique nec casum praeſtat fortuitum, nisi id aſſum ſit, ut tantundem reddatur, eo quod tunc in creditum itum intelligitur, & haecenus depositum mutuo in eo tertio exauctum eſt, arg. l. *Lucius Titius* 24. ff. b. t. l. in *navem* 31. ff. locati, vel res caſu perierit poſt litem conteſtatam, non inſcriptura aſſori, ſi tempore litis conteſtata fuiſſet reſtituta, l. si in *Asia* 12. §. ult. junct. l. si plures 14. §. 1. ff. b. t. adde *tit. de rei vindic. num. 34*. Hanc ſi depositarius rem poſſidere deſiderit ſine dolo aut culpa tali, ad cuius praſtationem obſtrictus erat, ſine cavere quidem tenetur, si *deprehenderit, eam reddi*: licet reddere teneatur, ubi poſtea res iterum ad eum pervenit, l. si sine dolo 20. ff. b. t. junct. l. 1. §. inde *ſcribit* 21. ff. b. t. Quod ſi dolo malo rem apud ſe depositam vendiderit, iterumque redeperit in cauſam depositi, ac tunc illa caſu perierit, ob dolum praecedentem adhuc ad pretii integri & ejus quod intereſt reſtitutionem obligatus eſt, cum nata ſemel obligatio ex venditione dolosa ad pretium & id quod intereſt, haud evaneſcat per ſupervenientem rei redemptionem, nec doloſus purgetur, l. 1. §. si rem depositam 25. ff. b. t. Vinnium ad *Pockium de re nautica* ad l. ult. §. 1. ff. ad leg. Rhod. de *jaeu*, lit. B. pag. 287. 288. Aliud dicendum, ſi heres depositarii rem depositam bona fide diſtraxerit, putans eam deſuncti propriam eſſe: tunc enim de pretio tantum, quod inde redegit, tenetur, nec ob id, quod ſorte minoris vendiderit, deponenti devinctus eſt; ac ſi pretium necdum conſecutus ſit, actionem deponenti cedendo liberari poſteſt. Si tamen redimere poſſit, nec id faciat, vel alia ratione ſuam jam factam praſtare recuſet, cauſatus, quod ſemel ignarus vendiderit, culpa, imo fraude non caret, l. 1. §. ult. l. 2. l. 5. ff. b. t.

8. An autem deponens rem a depositario alienatam in tertium vindicare poſſit, latius expoſui *tit. de rei vindic. num. 12*. Et an teneatur depositarius, ſi res ſuas ex incendio eripuerit, depositas perire paſſus ſit, dictum *tit. commodati num. 4*.

9. Ceterum ſi hac conventus actione depositum reſtituere contumaciter detrectet, adverſus eum in litem juratur, l. 1. §. in *depositi* 26. ff. b. t. Neque hanc reſtitutionem impedire poſteſt compenſatio, l. *pen. C. b. t. l. ult. §. 1. in fine C. de compensat.* nec retentio ob impenſas in ipſam rem depositam factas. Confer *tit. commodati num. 10*. nec exceptio non numerata pecunia, l. in *contractibus* 14. §. *sed quoniam* 1. C. de non *numeras. pecun.* nec interceſſio ſeu prohibitio tertii, niſi verus dominus rem ſuam a non domino apud ſe depositam probato conſeſtum & in continenti dominio retinere velit, & ita relata domini quaſtione, aſſerere depositum ab initio non ſubſtituiſſe, arg. l. qui rem ſuam 15. ff. b. t. vel rem ſibi a praedone ſurreptam, ab eoque depositam, ſibi potius quam praedoni reſtitui oportere contendat, l. bona *fidei* 35. §. 1. ff. b. t. Si quis enim alius reſtitutioni intercedat, non modo deponenti praſtat omne damnum, quod is inde paſſus eſt; ſed & uſuras trientes ex tempore interceſſionis, l. *pen. in fine*, & *quib. sed jam C. b. t.* Non etiam reſtitutionis neceſſitatem minuit aut tollit, quod ſorte paſſum deposita pecuniae adjeſtum fuiſſet, ut *depositarium, si auferat, uſatur*, quamvis ea uſus non eſt, l. 1. §. si *pecunia agud* 34. ff. b. t. vel ut demum poſt centum tempus

aut poſt deponentis vel depositarii obitum reddatur depositum: quamvis enim id ea efficiatur conventionione, ne depositarius invito deponenti maturius reddere poſſit, ſequae a custodiæ neceſſitate liberare, ſed ſecundum modum ac tempus praſcriptum ſervare rem teneatur, niſi juſtiſſima quaedam cauſa interveniat, arg. l. ei, apud quem 5. §. ult. ff. b. t. l. i. *penes* 6. C. b. t. *Grotius manud. ad jurisprudent. Holl. l. 3. cap. 7. n. 13*. non tamen ipſi obſteſt deponenti, quominus ante tempus paſſo expreſſum revocet depositum, l. 1. §. si *deponero* 45. & 46. ff. b. t. Cum enim ſolius vertatur deponentis utilitas, neque ullum depositario, ex repetitione maturiore generetur praedjudicium, ſed magis ipſae ab oneroſae custodiæ liberetur neceſſitate; merito ſcriptum fuit hoc ipſo dolum, facere eum, qui ſuſcepit depositum, quod vel ſtatim ab initio reſpoſcenti rem non reddat, l. 1. §. *est autem* 22. ff. b. t. Sciendum interim, moribus noſtris mediante arreſto impediri poſſe per quemvis rei depositae reſtitutionem; quamvis & verum ſit, laxari quantocius arreſti vinculum, ſi deponens, cujus intererat reſtitui depositum, in gratiam ſiſtentis idoneam interpoſuerit cautionem, *Groenewegen ad l. pen. & auct. sed jam C. b. t.*

10. Contraria actio depositi datur depositario contra deponentem, ad recuperandas impenſas in rem depositam factas, ſive graves, ſive leves; cum non ita hic, uti quidem in commodato, impenſae modice poſſint compenſari, cum rei uſu, qui apud depositarium ex natura depositi nullus eſt, *l. actione* 25. ff. b. t. Praeterea ad damna, quae depositarius ex reſtituta vel ejus occasione paſſus eſt, l. ei, apud quem 5. ff. b. t. adeo ut nec pro damno res deposita noxae dari aut apud depositarium relinqui poſſit, neq. officium, quod ejus, cum quo contraxerit, non etiam ſui commodi cauſa ſuſceperat, damnoſum ſit, ut ait *Africanus in l. si servus communis* 61. §. quod vero 5. ff. de *furtis*, qui ſibi ipſi non cenſendus eſt contrariari in l. si *servus pignori* 31. ff. de *pignorat. act.* quae eſt deſumpta ex eodem libro 8. quaſtione, ex quo & d. l. 61. petita fuit: quod enim comparationem illic inſtituit inter ſervum pignorat, commodato datum, & depositum, ſi creditori commodatario aut depositario furtum fecerit, id tantum in eo tertio eſt, quo per dominum ſcientem ex iſtis cauſis datus eſt, ſecundum ea, quae comparationi iſti, in fine demum legis propoſitae, immediate praemiſſa erant. Et quamvis in commodato, quod in d. l. 31. in *fine* jungitur deposito, idem obtineat per omnia, quod in pignore, ut ita demum ceſſet noxae deditio, ſi dominus alienus ſervum furem commodato dederit, l. *pen. ff. commodati*, non tamen ideo neceſſe fuit, ita deposito quoque id obtinere; maxime, cum depositarius officium praſtet, quod ei damnoſum eſſe non debet, d. l. 61. §. 5. ff. de *furtis*, at commodatario beneficium praſtitum ſit per uſus conſeſſionem, l. in *commodato* 17. §. *sicut* 3. ff. *commodati*, cui conſentaneum, nec commodanti ac officium praſtanti ſuum beneficium damnoſum eſſe; ac proinde eum liberari oportere noxae dando, uti liberaretur, ſi ſervus commodato non datus nocuiſſet. Diſtat interim haec contraria actio a directa in eo, quod hic non tam agatur de ſide rupta, quam potius de calculo & indemnitate; quo ſit, ut neque jurandum in litem hic deferatur, l. ei, apud quem 5. pr. ff. b. t. neque de-

mnatus infamis sit, *l. furti accipio* 6. §. ult. ff. de bis qui nt. infam.

11. Præter depositum ordinarium, quod a libera voluntate proficiscitur, ac hætenus expositum est, aliud insuper occurrit, quod ex necessitate causam habet, ac vulgo *miserabile* dicitur, cum scilicet incendii, ruinæ, naufragii, tumultus gratia res deponitur, ita ut deponens nullam aliam deponendi causam habeat, quam imminens ex superscriptis periculum amissionis, *l. 1. §. 1. & 3. ff. b. t.* In qua depositi specie id singulare est, quod depositarius ex inficiatione in duplum teneatur, ut ita quisque metu poenæ discat perfidiam evitare, dum certi amici notam probatamque fidem eligi non patitur impatiens moræ periculum præsens, *d. l. 1. §. 1. & seqq. ff. b. t.* cuius inficiationis poenam heres quoque depositarii ex proprio, non item ex defuncti dolo subit; quippe ex defuncti inficiatione nec ultra annum, nec amplius quam in simplum obstrictus, ac nec ultra eam partem, ex qua heres est, *l. 1. §. 1. l. de eo 18. ff. b. t.* Quam tamen dupli poenam, uti in aliis, ita & in hoc deposito, ab usu recessisse tradit Groenewegen ad *l. 1. ff. b. t.*

12. Est denique & *sequestrarium* depositum, quod Paulo definiente, a pluribus in solidum certa conditione custodiendum reddendumque traditur, *l. proprie* 6. ff. b. t. seu, cum res litigiosa a litigantibus aut iudice, plerumque ex partium consensu, penes tertium deponitur, ut post litem eventum victori, vel post impletum illud, quod impleri placuerat, restituatur, *l. propter* 5. C. b. t. *l. licet deponere* 17. ff. b. t. Unde & sequester a Papiniano & Modestino describitur, tanquam vir bonus & æquus, apud quem plures eandem rem, de qua controversia est, deposuerunt: dictus ab eo, quod occurrenti, aut quasi sequenti eos, qui contendunt, committitur, *l. sequester* 110. ff. de verb. signif. junct. *l. postquam* 5. §. 1. post med. ff. ut legat. seu fideic. sero. causa cap. Quamvis & apud feminam res sequestrari, nihil vetet, *l. deinde* ait 3. §. ult. ff. de liberis exhib. Estque simplici depositario in eo similis, quod non magis in hunc, quam in illum vera transeat possessio, sed tantum nuda detentio rei, adeo ut sequester possidere intelligatur nomine ejus, qui victor in lite evasurus est, & possessio mediæ temporis ei profutura; nisi aliud actum sit, *l. interesse* puto 39. ff. de acquir. vel amitt. possess. uti id actum fuit in facti specie quæ est in *l. licet deponere* 17. §. 1. ff. b. t. quippe in qua de ipsa possessione sequestrata agitur; ait enim Florentinus, rei deposita proprietatem apud deponentem manere, sed & possessionem; nisi apud sequestrum deponita est, ipsa scilicet possessio: nam tum demum sequester possidet, adeoque non omni casu, non, cum simpliciter res, sed tum demum, cum ipsa possessio litigiosa sequestrata fuit; id enim agitur ea depositione possessionis, ut neutrius possessioni id tempus procedat. Atque ita item plane in hac lege traditur, ac iisdem prope verbis, quod in *d. l. 39.* post regulam propositam circa exceptionem scriptum fuit.

13. Quæ vero sequestrorum circa res sequestratas potestas, quodnam officium sit, an fructus percipere, an res perituras vendere, & alia plura facere; id iudicandum fere ex iis, quæ de curatore bonis dato tradenda erunt sit. de curatore bonis dando. Illud vulgo in praxi receptum videtur, sequestrum durante se-

questratione prædiorum, quibus jurisdictio patrimonialis, vel jus patronatus cohæret, posse jus illud utrumque exercere, & beneficia ecclesiastica, vel munera civilia secundum jurisdictionis amplitudinem conferre, arg. cap. ne pro defectu 42. extra de elect. & electi potest ut post Corasium miscellan. lib. 3. cap. 2. n. 16. & alios tradit Wissenbach ad Pand. b. t. n. 21.

14. Invitis autem litigantibus sequestratio rerum permissa non est, cum executionis quædam species sit, a qua haud temere inchoandum, *l. unic. C. de proib. sequestrat. pecun.* nisi justa quædam causa subsit, veluti si periculum sit, fore, ut litigantes ad arma veniant, arg. *l. si ejus rei* 13. §. sed si inter 3. ff. de usufructu & quomod. quis utat. vel metus dilapidationis, aut fugæ, vel contumacia adversarii sui copiam non facientis, aut ex iudicis præcepto haud caventis, *l. ab executione* 5. Cod. quor. appell. non recip. *l. Imperatores* 21. §. ult. ff. de appellat. l. si cum dotem 22. §. sin autem 8. ff. soluto matrimon. arg. *l. si fidejussor* 7. §. ult. ff. qui satisd. cog. l. libris 20 C. de agric. & censuris l. senatusconsulto 16. ff. de off. præsidis. Quibus in casibus etiam numeratæ pecuniæ sequestrationem fieri, nihil impedit: licet enim ea perire nequeat, quatenus ut genus consideratur, ipsa tamen numerorum corpora & expendi & interire possunt, atque ita, adversario paupere facto, difficilior reddi persecutio pecuniæ litigiosæ. Impedit tamen plerumque potest sequestratio faciendi, & quæ jam facta est, in irritum deduci re restituta, si possessor rei idoneam offerat cautionem de restituenda vel restituenda; ubi id sua iudex sententia præceperit, arg. *l. si fidejussor* 7. §. ult. ff. qui satisd. cog. l. 1. §. si pecunia 36. in fine, et §. 37. l. si plures 14. ff. b. t. l. 1. §. 1. ff. l. 1. C. de Carboniano edicto, l. postquam 5. §. 1. ut legat. non cav. Argentreus ad consuetud. Britan. art. 125. gloss. 1. nisi sequestratio ob id decreta fuerit, quod possessor rei jam rebus ipsis & factis fraudulenter rem litigiosam cepisset reddere deteriore, indeque præsumptio nata sit, eum & in posterum eam dolo corrupturum; tunc enim rem etiam oblata cautione oportere sequestrari, verius est, quia satisfactio tunc propositum malevolum possessoris non mutat, sed diutius grassandi in re familiari facultatem præbet, §. novissime 12. Instit. de suspect. tutor. Parens p. mem. Paulus Voet tract. de natura mobil. & immobil. cap. 21. n. 5. in med. Extra quem casum, cum quisque præsumatur in dubio magis diligens & bonus futurus, magis est, ut cautionis præstatio admitti debeat, secundum leges ante allegatas. Frustra dissentiente Ant. Fabro C. lib. 7. tit. 19. definit. 8. dum contendit, sententiam sequestrationis in forma specifica implendam esse; non considerans, hanc de sequestratione faciendi non definitivam, sed interlocutoriam esse, nec litem finire; sed tantum litigantes securos facere, qui si alia ratione ac via ordinaria securi esse queant, puta cautione, non ultra debuit ab executione, cuius species quædam est sequestratio, initium fieri, sed potius quod jussit prætor, nunc propter oblatam satisfactionem idoneam, contrario imperio tollendum foret, *d. l. si fidejussor* 7. §. ult. ff. qui satisd. cog. junct. *l. quod. iussit* 14. ff. de re judic.

15. Ex sequestratione actio depositi sequestratoria

ascitur, tum directa tum contraria; in quibus eam fere obtinent, quæ de vulgata ac ordinaria depositi actione superius sunt tradita, l. si, apud quem §. 1. 2. l. si in Asia 12. §. 2. ff. b. t. eo excepto, quod non utrique deponenti, sed soli victori, adeoque non omni tempore, sed demum post latam sententiam, actio hæc detur, l. 1. §. est autem 22. in fine ff. b. t. unde si lis super re sequestrata ad finem non perducatur, non per hanc depositi sequestrariam, sed magis per præscriptis verbis actionem, repetendum foret quod sequestratum est, l. si quis affirmaverit 9. §. Labro 3. ff. de dolo malo, Wissenbach ad Fand. b. t. num. 23. Privata auctoritate, vi atque armis, subducere rem sequestratam, usque adeo illicitum, ut jure & actione omni cadere debeat, quisquis id ausus fuit, arg. l. sed & partus 12. §. ult. l. 13. ff. quod met. causa, l. si quis in tantam 7. Cod. unde vi, etsi hanc crediti amittendi poenam moribus passim, exemplo poenarum aliarum legalium sublatam velint Carpovius defin. for. part. 4. consil. 35. defin. 11. Groenewegen ad §. 1. Instit. de vi honor. rats.

16. Deposito sequestrario similis in multis ædium, cistarum, cubiculorum, sarcinarum obsignatio solemnibus auctoritate publica facta (Verriegeling.) quo casu ista resignare privato fas non est, ac resignans coercendus. Plane si omnes illi, in quorum favorem sigilla publica fuerint impressa, communi consensu ea detraxerint, vix est, ut poenam incurrere intelligantur, cum his, quæ pro se introducta sunt, rebus ipsis ac

factis renunciare queant, arg. l. ult. ff. de his quæ in remam. dolenitur, junct. l. pen. Cod. de pælis, Responsa Jurisc. Holl. part. 3. vol. 1. consil. 180.

17. Observandum autem, depositiones illas, quæ olim frequentes erant in æde sacra, hodiernis moribus magis apud acta fieri; quo casu si grapharius, æquarius, & similes, quibus pecuniæ sic depositæ, cura incumbit, in suos usus eam converterint, ad usuras condemnandi forent, Groenewegen ad l. 4. C. de positi, & si bona eorum solvendo non sint, prima ratio habenda erit eorum, qui fidem publicam secuti pecunias hac ratione apud eos depositas habuerunt, arg. l. si hominem 7. §. 2. 3. l. 8. ff. b. t. de quo latius ad tit. qui pot. in pign. Ut tamen in subsidium non teneantur magistratus, qui talem elegerunt personam publicam, si dolo careant. Licet enim in magistratus, qui non idoneum dederunt tutorem, subsidiaria pupillis ad indemnitatem actio data sit, §. 2. & seqq. Instit. de sauis. tut. tot. tit. ff. de magistrat. conveniendis, id tamen cum singulari pupillaris ætatis favore sic introductum fuerit, ad consequentias trahendum non est præsertim, cum magistratus rem quidem publicam, at non rem privatorum, salvam esse spondeant, arg. l. 1. pr. ff. de magistrat. conveniend. ac re ipsis quidem pupillis teneantur, quoties tutores ab ipsis constituti tempore dationis idonei fuerint, quamvis postea destitissent tales esse, l. 1. §. si magistratus 11. ff. de magistr. conv. Responsa Jurisc. Holl. part. 1. consil. 193.

## LIBER SEPTIMUS DECIMUS.

### TITULUS I.

#### Mandati vel contra.

##### SUMMARIA.

1. Mandatum unde dicatur, & in quo distet a commendatione?
2. Quid sit mandatum? an honorarium intervenire possit? an promissum certum aut incertum peti possit, & qua actione? Quid moribus obtineat?
3. Quo modo tacite mandetur? & an in dubio præsumatur mandatum intervenisse? Quo modo tacite mandatum suscipiatur, & an suscepisse videatur, qui per literas mandati non respondet, sibi mandatum displicere?
4. Cujus gratia mandari possit? an & solius mandatarii gratia? An & quo respectu obligatorum sit mandatum, si quis solius mandatarii gratia mandaverit, certa persona tanquam idonea credi? & quid moribus servetur?
5. Qui possint mandare? an mandatarius rursus alteri negotium sibi mandatum? an deportati? an servi?
6. Mandatum rei turpis an, & quo respectu, ac inter quos obligatorum sit? Et quid, si adolescens luxuriosus mandet scienti, ut pro meretrice fidejubeat, filios mutuum credat? Si quis mandet

ignoranti id quod in se turpe non est, latis tamen juri tertii, veluti, ut arbores cadantur, quas mandatarius putat mandantis esse, solus mandans tenetur.

7. Actus legitimi non possunt mandari. Si tamen extraneus heredi mandat, ut is adeat, obligatur heredi.
8. Actio mandati directa cui detur, & contra quos? An primo mandantii contra secundum mandatarium? Quod juris, si plures simul mandatum susceperint?
9. Ad quid tendat hæc actio? ubi & de actionum per mandatarium quaritarum cessione; de usuris per mandatarium præstandis; & qualem culpam mandatarius præstare debeat?
10. Contraria mandati actio cui detur; contra quos? quid juris sit, si plures mandaverint? Ad quid tendat? ubi & de impensis, earumque usuris? & quid juris? si mandans parcius fuisset impensurus, vel negotium ad finem perductum non sit, vel exitum optatum non habuerit? quid si reus criminis tertio nummos dederit distribuendos, ut delicti gratiam impetraret, sed irrito successu?
11. Quid juris, si mandatarius exccreret mandatis fines, circa impensarum repetitionem, & alia? An impensas recuperet, qui mandatum implevit per equivalentem?

12. Qui alterius mandata & in alterius commodum impendit in rem suam propriam, impensas non repetit, quatenus res inde posterior facta est, sed tantum in reliquum actio datur.
13. Fieri & mandatarius, se liberari ab obligatione, si quam subin mandati occasione. Qualia damna mandati occasione illata repetere a mandante possit, vel non? ubi & de mandatario per latrones spoliato.
14. Potest & jure compensationis indemnitas fieri mandatarius, si termini habiles sint?
15. Finitur mandatum morte mandantis, & cur? Cujus mors spectet, si mandatarius iterum alteri mandaverit? Recensentur casus excepti, quibus mandatum duras post mortem mandantis.
16. Finitur morte mandatarii? Quid si heredes mandantii reciderint emecti? sint? Quid si ignorantes, ac putantes negotium esse suum proprium? An tunc per heredes gesta rescindi possint, ubi id mandans petit, & cur non aque rescindantur impleta, per mandatarium post mortem mandantis?
17. De revocatione & renunciatione mandati, & quando illud fieri possit, quando non? prae-sumitur quandoque revocatio, si mandans aut mandatarius foro cesserit, si qui duobus idem mandis diversis temporibus, non item per speciale mandatum, si generale processerit; nec alias regulariter. Non potest revocari mandatum, quo actio cessa; nec si ad mandatum stipulatio aut delegatio secuta sit.

1. **M**andatum dictum a datione manus, quia, ut Isidorus ait libr. 4. origin. cap. 24. olim in commisso negotio alteri alteri manum dabas, & manus fidei signum erat: trahitur originem ab amicitia, l. 1. §. ult. ff. b. t. ac differt a commendatione in eo, quod qui mandavit, obligetur, qui commendavit, non item, l. si vero 12. §. cum quidam 12. ff. b. t. Christinaus, vol. 3. decit. 34. num. 6. quali commendanti non absimilis videtur, qui amicabilem tantum affectionem in negotio gerendo praestitit in monendis procuratoribus, & actoribus, & in consilio regendis, l. idemque & 10. §. si quis ea 7. ff. b. t. Confer Wissenbach ad Pand. b. t. n. 3. 4. 5.

2. Est autem mandatum contractus bonae fidei consensu constans, quo negotium honestum alteri id suscipienti gratis gerendum committitur. Mercedem respuit, quippe quae officio & amicitiae contraria est, d. l. 1. §. ult. ff. b. t. non tamen bonorum seu salarium, quod a mercede diversum est, licet aliquando improprie merces in jure nostro, & quasi merces, & merces officii appelletur, l. hoc jure 19. §. 1. l. Aquilini Regulus 27. ff. de donation. l. 1. §. Divus 13. ff. de extraordi. cognit. magis proprie remuneratio l. 6. pr. l. 7. l. idemque & 10. §. ult. l. si vero non 12. pr. ff. b. t. Quo salario interveniente, mandatarius salariarius nuncupatur, l. idemque 10. §. idem Labeo 9. ff. b. t. ejusque promissi persecutio ita demum jura Romano fieri potuit, si certum quid mandatario promissum sit; nam si pollicitationis incertae salarium promissum fuerit, neque extra ordinem recte petitur, neque iudicio mandati nec certum constituitur, l. qui mutuam 56. §. salariaria 3. ff. b. t. l. salarium 17. C. b. t. in quo secundum jura Romanum distincti a procuratoribus ad-

vocati, etiam non promissi salarii petitionem habentes, eo quod publicum Advocatorum, non item procuratorum officium est, l. Divus Antonius 4. ff. de extraordi. cognit. Neque tamen ad persequendum salarii certum promissum actione mandati agi potest, sed extraordinaria Praesidis cognitio imploranda ac praebenda est; cum de salariis solitum fuerit extra ordinem ius dioi, l. 1. l. salarium 17. C. b. t. Non obstante l. si remunerandi 6. pr. ff. b. t. quippe quae, dum habet, si remunerandi gratia bonor intervenit, erit mandati actio, non aliud vult, quam per honorarii promissionem non everti substantiam mandati, nec illud in locationis conductionis aut alterius contractus speciem transire, sed, non obstante honorarii interventu, manere nihilominus mandatum, & competere mandati actionem, non ad honorarium ipsum, verum ad ea, quae mandato comprehensa, & secundum naturam ejus praestanda sunt, juxta d. l. 1. C. b. t. Adde Wissenbach ad Eand. b. t. n. 16. 17. 18. Moribus tamen procuratores ad lites etiam non promissa salarii recte petere, monui sit. de procur. num. 1. Nec ab aequitate alienum fuerit, id quoque ad negotiorum extrajudicialium mandatarios porrigere, ut nempe arbitrio iudicis aut viri boni honoraria, incerta licet pollicitationis, pro officii praestiti modo consequatur: si modo soliti fuerint non gratis opem aliis praebere, sed exigere operis navata remunerationem, Groenewegen ad l. 17. C. b. t. Leeuwen cens. forens. part. 1. lib. 4. cap. 24. n. 13.

3. Interponitur mandatum non expresso tantum, sed & tacito consensu, dum quis praesens, & sciens, nec contradicens, per alium sua geri negotia patitur, l. si fidejussor 6. Cod. b. t. §. 1. Instit. de iis per quos agere poss. l. si remunerandi 6. §. si patitur 2. l. qui patitur 18. ff. b. t. Confer sit. de procurat. num. 9. Quamvis aliquando in dubio mandatum non praesumatur intercessisse, sed tanquam tale, quid, quod facti est, probandum sit ab eo, qui se mandato instructum ait, arg. l. 1. Cod. de mandatis Principum cap. cum in jure 31. extra, de offic. & potest. jud. deleg. ibique DD. Responsa Jurisc. Holland. part. 2. consil. 183. Confer Mantica de tacit. & ambig. convens. lib. 7. tit. 4. & seqq. Mascardum de probat. conclus. 1008. & seqq. ad conclus. 1017. Suscipitur quoque vel expresse vel tacite: licet enim ex solo silentio ejus, cui mandatum, colligi nequeat consensus ejus, l. filiusfam. 8. §. invidius 1. ff. de procurat. arg. l. qui tacet 142. ff. de reg. jur. rebus tamen ipsis & factis, veluti adimplendo ea, quae sibi mandata sunt, recte suum declarat assensum. Qua ratione, si quis sibi aut Titio dari stipulatus sit, & Titius oblatus sibi a promissore solutionem acceptet, eum, velut ex suscepto per agendorum executionem mandato tacito, teneri mandati actione, patet ex §. si quis alii 4. Instit. de iustit. stipul. l. qui res suas 93. §. qui stipulatus 5. ff. de solut. Quin & si absenti per literas quid mandatum sit, nec is quantocius rescribat, sibi displicere mandati conditionem, suscepisse hoc ipso mandatum credi potest, maxime, si & alias solutus fuerit exsequi, quae praestare vel facere per epistolam ab eo rogatus erat, arg. l. si filiusfamilias 16. ff. ad senatus. Macedi Costalium ad l. 27. ff. b. t. Hugo Grotius inter responsa Jurisc. Holl. part. 3. vol. 2.

consil. 180. num. 1. Ant. *Matthaeus de oblig. disp.*  
24. 2b. 2. Wissenbach *ad Pand. b. 1. num. 2.*

4. Verti autem potest in mandato vel solius mandantis utilitas, §. 1. *inst. b. 1. Quintus Mutius* 48. §. 1. ff. b. 1. vel mandantis & mandatarii; vel mandantis & tertii; vel mandatarii & tertii; vel tertii tantum, pr. & §. 2. 4. 5. *inst. b. 1. l. mandatum 2. pr. & §. 199. ff. b. 1. vel denique mandantis, mandatarii, & tertii*, cujus exemplum est in *l. si procuratorem 8. §. si iutores 4. ff. b. 1.* Solius mandatarii gratia si mandetur, consilium magis, quam mandatum est, & ob id non obligatorium; eo quod liberum est cuique, apud se explorare, an expediat sibi consilium, illudque non sequi, *l. mandatum 2. §. ult. ff. b. 1. §. san tantum 6. inst. b. 1.* nisi consilium fraudulentum fuerit; quo casu de dolo actio est, *l. consilii 47. ff. de reg. iur. l. idemque 10. §. si quis ea 7. in fine ff. b. 1.* vel de certa persona rogatus, de qua dubium erat, utrum ei satis tuto crederetur, responderit, *periculo meo crede, bene credis, l. si vero 12. §. si quis mandaveris 13. ff. b. 1.* vel denique tibi quis consulit, certa persona credi; quia non aliter crediturus fuisses, quam si id tibi mandatum esset, *d. §. sua tantum 6. in fine inst. b. 1.* Quod & Ulpiano placuit, *l. si remunerandi 6. §. plano 5. ff. b. 1.* Ideo que non ad eum effectum, ut mandans directam haberet hoc in casu mandati actionem; cum certum sit, eam tum demum competere, cum coepit interesse ejus, qui mandavit, & si nihil intersit, cessare mandati actionem, denique eatenus competere quatenus interest *l. si procuratorem 8. §. mandati actio 6. ff. b. 1.* sed magis ad id, ut mandatio contraria ad indemnitatem actio detur adversus mandantem, si forte ab eo, cui credidit, quique nunc minus appareat idoneus, creditum servare nequeat. Cujus ea ratio est, quia ita mandans re ipsa similis est fidejussori, neque multum refert, praesens quis interrogatus fidejubeat, an absens mandet, *l. si boreaditatem 32. in mod. ff. b. 1.* Et sane, si mandati tenearis secundum Ulpianum, cum tibi mandavi, ut videri occurreret ejus, cui eram crediturus, & renunciasti, cum idoneum esse, *l. si mandaveris 42. ff. b. 1.* quid ni & tunc tenearis, cum ab initio mandans mihi, ut ei credam, tanquam idoneo, cui non credidisses, si tu mihi non mandasses. Nec recte verba finalia *d. §. 6. inst. b. 1.* acceperis de casu illo, quo vel solius tertii, vel mandatarii & tertii, utilitas vertitur. Et enim de mandato aliena tantum gratia interposito jam ante actum fuerat in §. 3. & de eo, quod mandatarii, & aliena gratia intercesserat, in §. 5. at in §. 6. de mandato solius mandatarii intuitu interposito, quod restabat excutendum, sermo ex professo instituitur, ac, cum monitum esset, *illud obligatorium non esse*, quia nemo ex consilio mandati obligatur, cum liberum cuique sit apud se explorare, an tibi expediat mandatum, mox subjungitur, adeo hac ita esse, ut quatuor sit, an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut pecuniam Titio foverares; sed obtinuit Sabini sententia, obligatorium esse hoc in casu mandatum, quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset. Patet sane, agi de mandato solius mandatarii gratia interposito; patet, illud non esse obligatorium; patet denique exceptionem a regula esse, & obligatorium fieri, si mandat quis tibi, ut Titio foverares, idque ex Sabini sententia: at exce-

ptionem oportere esse de regula, notissimum axioma est; ac proinde ineptus plane foret Justinianus, si regulam concipiens de mandato mandatarii solius intuitu interveniente, exceptionem posuisset in exemplo pertinente ad interpositum aliena tantum gratia mandatum. Cui accedit, quæstionem in *d. §. 6.* proponi a Justiniano de casu, in quo veterum Jurisconsultorum dissensus fuit, & in quo tandem magis obtinuisse dicitur Sabini sententia: nupiam autem dissensus istius vestigia appareant de casu, quo aliena tantum, vel mandatarii simul & aliena utilitas vertebatur. Nec jam dictis adversatur, quod in *l. 1. §. idem Pomponius 14. ff. depositi* dicitur, si apud te volentem me deponere, jusseris apud libertum tuum deponere, tuque ita suaseris mihi, ut magis apud eum deponam, tecum nullam esse actionem, nec mandati te teneri, quia rem meam gessi. Considerandum enim, Ulpianum auctorem *d. l. 1. 1.* id non tam ex sua mente, quam ex Pomponii sententia proposuisse; dum in *d. §. 14. ait, idem Pomponius quærit* &c. & ait &c. idque, quia res erat, ut dixi, controversa inter Sabinianos & Proculianos, an eo casu esset mandati actio. Et licet Ulpianus in *d. l. 1. §. 14.* non directo contradicat Pomponio, tamen nec assecurum ei præbet, sed, decisione quæstionis illius in medio relicta, casum alium minus dabiam, nec inter Sabinianos & Proculianos controversum, subiungit, eumque de eo judicium interponit, *sed si mandatarii*, inquit, *mihi, ut periculo tuo apud eum deponam, cur non sit mandati actio, non video.* Interim in casu priore, in quo Pomponius dixerat, non esse mandati actionem, aliam ac contrariam Ulpiano statuisse sententiam, patet apertissime, cum scribit, plane, si tibi mandavero quod tua intererat nulla erit mandati actio, nisi mea quoque interfuisset; aut si non esses facturus, nisi ego mandassem, etiam mea non interfuisset, tamen erit mandati actio, *d. l. 1. si remunerandi 6. §. plano 5. ff. b. 1.* Instabit forte, Ulpianum ipsum dedisse doli actionem adversus eum, qui evidenti calliditate affirmaverat, idoneum esse illum, cui mutua pecunia dabatur, *l. & eleganter 7. §. ult. ff. de dolo*, quam concedere non potuisset, si contra talem contraria ac non infamans mandati actio superfuisset. Sed non prestat ista, si attendas, in *d. l. 7. §. ult.* Ulpianum eque, ac in *d. l. 1. §. 14. ff. depositi*, referre Pomponii sententiam, qui deficiente dolo nullam vel mandati vel doli actionem dabat ex tali affirmatione, cujus opinionem quantum ad denegationem actionis doli Ulpianus quoque probat, addita ratione, *quod niri ex magna, & evidenti calliditate non debet de dolo actio dari*; atque ita, dolo apparente, concedit quidem de dolo actionem, velut ultimum subsidium, sed supposita Pomponii sententia, qui deficiente dolo nullam vel mandati vel doli actionem dabat ex tali affirmatione cujus opinionem quantum ad denegationem actionis doli Ulpianus quoque probat, addita ratione, *quod niri ex magna, & evidenti calliditate non debet de dolo actio dari*; atque ita, dolo apparente, concedit quidem de dolo actionem, velut ultimum subsidium, sed supposita Pomponii, omnem mandati actionem denegantis, opinione. Ne dicam, actionem doli ab Ulpiano satis recte in ista facti specie potuisse concedi, dum non modo ad eam recurrit, cum alia actio non est, sed & cum dubitatur, an alia esse possit,

arg. l. 1. pr. & §. 1. ff. de *prescript. verbis*, qualis dubitatio hic omnino suberat, dum alii dabant, alii denegabant mandati actionem. Minus stringit, quod nostra sententia obicitur, *proxenetam nominis facienda gratia intervenientem non teneri quasi mandatorum*, quia *monstrat magis nomen, quam mandat*, tametsi laudas nomen, teste Ulpiano in l. 2. ff. de *proxenetis*. Etenim, hoc ipso, quod ab Ulpiano quaeritur, an proxeneta nominis facienda gratia interveniens teneatur quasi mandator, & dicitur eum non teneri quasi mandatorum, supponitur ab ipso, mandatorem teneri, si non ut proxeneta nomen monstrasset, sed vere mandasset. Porro separatur merito proxeneta a mandatore, diciturque non teneri, quia, ut habet l. 2. monstrat magis nomen, quam mandat; nec ipse contrahit, sed contrahentibus *medius & mediator* dicitur, *novell. 90. cap. quoniam* 8. utrique contrahenti aequè addicuntur, in negotio inter alios gerendo *operum & ministerium quale quale accommodans*, & in *contractibus licitis ac commerciis utilem non improbabili more se exhibens*, l. de *proxenetico* 3. ff. de *proxenetis*, nec longe a nunciis epistolae vicem gerentibus distans. Ut proinde a proxeneta ad eum, qui certæ personæ credi mandavit, argumentum duci nequeat, non magis quam ab arbitratore, cuius arbitrio quid gerendum erat, quique non animo procuratoris intervenire, sed affectionem amicabilem in monendis procuratoribus & actoribus, ac consilio regendis, promississe, & ideo non mandati, sed de solo dolo teneri dicitur, *idemque* 10. §. si quis ea 7. ff. b. t. Denique nec nostram evertit sententiam, quod Celsus monuit, extra mandati formam esse, ut tibi negotium geras, tui arbitrii sit nomen, id est, ut cuivis credas, tu recipias utramque, periculum duntaxat ad me pertineat: quemadmodum si mandem, ut tibi (ita legendum cum Haloandro, non mihi, notante Gothofredo) *quemvis fundum emas*, l. Quintus Mucius 48. §. ult. ff. b. t. Non enim illic certa persona tanquam idonea, cui crederetur, designata fuit; suasit generaliter, credi cuicunque, pecuniam fœnori dari, quo ipso nullum mandatum contrahi intelligebatur, sed tantum consilium, secundum d. §. 6. *Instit. b. t.* Ne dicam, legem non negare, eum teneri, qui mandavit generaliter suo periculo nummos fœnori dari, sed tantum asserere, id genus conventionis extra formam mandati esse; & licet verum sit, eam rem notissimos egredi mandati terminos, tamen ubi ita conveniret, lex contractus servanda est, ut in simili loquitur Papinianus in l. Lucius Titius 24. in fine ff. de *depositis*. Unde &, si mandares mihi, ut periculo tuo apud certum hominem deponam rem meam, Ulpianus professus est, se non videre, cur non sit mandati actio, d. l. 1. §. *idem* Remponius 14. in med. ff. de *depositis*. Ceterum, etsi hæc ita disputata ex Romani juris principis vera sint, tamen praxi contrarium invaluisse, vult Groenewegen ad §. 6. *Instit. b. t.* post Grotium *manud. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 5. n. 53.* Christinzum vol. 1. *decis. III. numer. 12.* & seqq. & alios ibidem allegatos, quibus adde Responsa Jurisc. Holl. *part. 1. consil. 242. 252. 277.* Non desunt tamen, quibus placet, etiamnum inter mercatores ita jûs esse, ut ad instar fidejussoris obligetur, qui ignoto tanquam idoneo merces credi persuasit rogavitque, ut ut bona fide. Carpzovius *defin. for. part. 2. constit. 18. defin. ult.* ibique alii citati.

Quod & usu constante Antwerpiæ inter mercatores servatum fuisse, observat Neostadius *Curia supr. de vit. 5. Sim. van. Leeuwen cons. for. part. 1. libr. 4. cap. 17. num. 17.*

5. Mandare potest quilibet, qui & contrahere; ipse etiam mandatarius negotium sibi ex mandato commissum, etsi enim in mandato certo personæ industria eligatur, & magna subinde inter artifices differentia sit, *inter artifices* 31. ff. de *solution.* tamen nihil impedit, quominus mandatarius primus vicaria alterius opera in exsequendo mandato utatur, dum plurimum hominum sape æqualis pericia atque industria est, arg. l. *veteris juris* 14. in fine C. de *contrab. & committ. stipul.* non quidem ad id, ut mandanti primo noceat, vel ut mandanti primo adversus mandatarium secundum actio quaratur; sed ut mandatarius primus contra secundum, & primus mandans contra primum mandatarium de neglectis, ac residuis aliisque similibus actionem habeat, adeoque suo periculo mandatarius primus alteri mandet, l. si quis mandatu 28. ff. de *negot. gestis*, l. si procuratorem 8. §. si quis 3. ff. b. t. junct. arg. l. 1. §. si te rogavero 11. ff. de *depositis*, Wissenbach ad *Pand. b. t. num. 15.* Si tamen procurator ad lites sit, ante litem contestatam alteri non recte mandat illud agendi jûs, l. neque tutores 11. C. de *procurat.* Et ad eum casum restringi oportere vulgatam regulam, *procuratorem ante litem contestatam facere procuratorem non posse*; in negotiis extrajudicialibus contra servari, monet Ulpianus l. si procuratorem 8. §. si quis mandaveris 3. ff. b. t. Adde t. de *procurat. num. 2.* 3. ubi & discutitur, an procurator ad negotia datus possit alium ad lites substituere. Deportati mandare possunt, quatenus juris civilis est, arg. l. deportatus 15. ff. de *interdict. & relegat. l. iuris quidam* 17. §. 1. ff. de *panis*. Quibus non obloquitur Paulus Jurisc. cum ait, eum, cujus bona publicata sunt, mandare posse, utilemque ei contra mandatarium, si is fidem non præstet, actionem dari, l. si mandavero 22. §. ii, *cujus* 5. ff. b. t. cum intelligi possit de relegato, cujus bona licet non soleant publicari, ex causa tamen publicari possunt, l. relegatus 14. §. magna 1. ff. de *interdict. & relegat.* qualis relegatus integrum statum retinet, l. relegatus 18. ff. *cod. t.* Nisi quis malit d. l. 22. §. 5. accipere de deportato, qui bona quædam de facto detinet per conniventiam aut negligentiam a fisco non occupata; aut qui post deportationem bona quædam acquisivit, quorum intuitu utilibus actionibus uti conveniri ita & experiri potest, l. sed si alia 5. §. 1. ff. de *bonis damnat. d. l. 14. §. ult. junct. d. l. 15. ff. de interdict. & relegat.* Servus, etsi negotia mandare potuerit, non tamen lites, l. servum quoque 33. ff. de *procurat. l. ab hostibus* 15. ff. ex *quib. causis major*, nec suis se nummis ab extero redimi sine domini voluntate, l. cum servus 54. ff. b. t. l. unic. C. si servus extero se emi mandaverit.

6. Mandantur negotia honesta & licita: rei enim turpis nullum est mandatum, nec inde inter mandantem & mandatarium actio datur; adeoque nec mandans ad implementum mandati turpis suscepti, vel id quod interest, recte contendit; nec mandatarius post illud impletum jure agit ad indemnitatem, sive in exsequendo mandato impensas fecerit, sive in penam delicti mandati nomine inciderit,



§. illud quoque 7. inst. b. t. l. si remunerandi 6. §. rei turpis 3. l. si mandavero 22. §. qui adem 6. ff. b. t. etiamsi nominatim mandans mandatario mandati turpis executori indemnitate promississet in casum, quo criminis aut delicti reus perageretur, arg. l. si a reo 70. §. ult. ff. de fidejussor. Adde tit. quod cuiusque annivers. nomine numer. 8. in fine. Quin & si adolescens luxuriosus mandat tibi scienti, ut pro meretricis fidejubeas, vel ut meretrici pecuniam credas, vel si quis mandat filiofamilias mutuum dari contra senatusconsulti prohibitionem, mandati iudicium placuit denegari, l. si vero 12. §. si adolescens 11. & §. si quis mandaveris 15. ff. b. t. Mandato tamen delicto, & executioni dato, veluti furto, vulnere, homicidio, uterque aequaliter tunc ad poenam pecuniariam lso præstandam, tum ad poenam publicam delicto propositam dammandus est tanquam delinquens; cum æque mandans ac mandatarius occidisse, furtum aut injuriam fecisse, intelligatur, l. nihil interest 15. ff. ad leg. Corn. de sicariis, l. non solum 11. §. si mandatu 3. ff. de injuriis, l. si quis id 7. §. ult. ff. de iurisdictione, l. non ideo 5. C. de accusation. Confer Menochium de arbitrar. jud. lib. 2. casu 351. 352. 353. Plane, si quid mandatum sit ignorant, quod sua natura neque turpe est neque delictum continet, lædit tamen jus tertii, solus mandans, non item mandatarius, ob id lso devinctus foret, aut publica poena afficiendus; veluti si quis mercenarios in fundum inducat alienum, fruges collecturos, arbores cæsurus, aut aliud simile præstituros, dum putant, fundi dominum esse operæ suæ conductorem; eo quod affectus maleficia distinguunt, arg. §. placuit 7. & §. interdum 11. inst. de oblig. qua ex delicto, nisi a vero fundi domino interpellati serio, ut desisterent, in opere cæpto nihilominus perseveraverint; cum ita dolo non careant, errore discussio, arg. l. qui contra h. in fine C. de incest. & inutil. nupt. arg. l. de pupillo 5. §. nunciari 3. & tot. t. ff. de operis novi nunciis. Jul. Clarus sent. libr. 5. §. fin. quart. 60. num. 15. & 16. Henr. Kinschot respons. 33. (vel 39.) numer. 5. Menochius de arbitrar. judic. libr. 2. casu 334. num. 35. & seqq.

7. Actum legitimorum nullum de jure Romano mandatum est, veluti, ut hereditas mandati delata, per alium mandantis nomine adeatur, vel ut meus servus per alium meo nomine manumittatur, l. nemo alieno 123. ff. de jur. l. per curatorem 90. ff. de acquir. vel omitt. hered. quod tamen non impedit, quo minus extraneus heredi mandat, ut is sibi delatam adeat hereditatem, ad id, ut mandans mandati teneatur, si ea forte damnosa sit, l. si hereditatem 32. ff. b. t.

8. Ex mandato duplex descendit mandati actio, directa altera, altera contraria. Directa mandanti & heredibus ejus datur, cujus interest, & quatenus interest, mandatum impleri, l. si procuratorem 8. §. mandati 6. ff. mandati, contra mandatarium & heredes: licet enim mandantis & mandataril morte mandatum finiat, non ideo mandati actio peremta est, l. procedente 53. pr. l. si mandatu 59. pr. & §. 1. ff. b. t. Si mandatarius negotium sibi mandatum rursus alteri mandaverit, nulla primo mandanti in mandatarium secundum actio competit, sed primus mandans primum mandatarium, & is rursus secundum

dum, convenire debet, arg. l. 1. §. si te rogavero 11. l. si is, apud quem 16. ff. depositi. Mugnos de ratiociniis cap. 4. num. 16. Si plures mandatarii susceperint mandatum, adversus singulos ita in solidum actio est, ut uno solvente reliqui liberentur, l. creditor 60. §. duobus 2. ff. b. t. Excusso tamen prius eo, qui solus administraverit, exemplo tutoris administratoris, arg. l. ult. C. de divid. tutela, dato forsitan de divisionis beneficio, si omnes solventes sint, ac ex culpa communi adversus unum in solidum agatur, ad similitudinem plurium tutorum, arg. l. 1. §. & si quidem 11. & seqq. ff. de tut. & ration. distrab. moribus sane hodiernis ita receptum esse, observat Groenewegen ad d. l. 60. §. 2. ff. b. t. Si filiofamilias mandatum sit, ut exigeret, isque sui juris factus exegerit, ipse mandati iudicio, pater de peculio intra annum utilem conveniri potest, l. penult. ff. b. t. sed & si servus mandatum suscepit, ac liber factus perperam gesserit, ejus nomine mandati tenetur, l. cum actum 7. ff. de negot. gestis, licet alias vulgo obtinuerit, ex contractibus in servitute initis manumissos non teneri, l. servi ex delictis 14. ff. de oblig. & act.

9. Petitur hac actione, ut mandatarius exsequatur mandatum juxta præscriptum modum, aut alioquin solvat id quod interest, d. l. si procuratorem 8. §. mandati 6. l. si quis alicui 27. §. qui mandatum 2. ff. b. t. sive nullo modo impleverit mandatum per se aut per alium æque idoneum, ut potest. d. l. 8. §. 6. l. si vero non 12. §. si filiofamilias 5. ff. b. t. sive mandati fines egressus sit, ita ut ob id mandantis intersit, ut post dicitur. Restituat insuper, quod penes eum ex gestione residet, tradat mandanti res secundum mandatum emtas una cum fructibus, actiones quasitas mandati cedat, l. si procuratorem 8. §. ult. l. 9. l. 10. §. si ex fundo 2. & §. si cui mandavero 6. l. qui mandatum 43. l. si mandatu 45. ff. b. t. quas tamen nostris moribus cedi haud opus, quoties mandatarium non suo, sed mandantis nomine contraxisse, expressum est; quia procuratores hodie in negotiis contrahendis considerantur magis ut nuncii, & quisque nunc alteri æque ac sibi actionem quærit Jacob. Coren observ. 25. Groenewegen ad l. 49. §. ult. ff. de acquir. vel amitt. possess. parens p. mem. Paulus Voet ad §. 5. Inst. per quas pers. nob. acquir. n. 4. & ad tit. Inst. per quas person. nobis oblig. acquir. n. 5. Sane, si suo nomine procurator contraxerit, cessionem actionis fieri necesse est; quin imo, laudimia duplicata solvenda foret, quoties suo nomine emit, ac dein in mandantem transfert res isti laudimiorum similiumque oneri subjacentes. Confer Ant. Fabrum Cod. lib. 3. tit. 22. defin. 6. Jac. Coren d. observ. 25. Tendit præterea hæc actio ad id, ut mandatarius usuras præstet, quoties vel moram fecit in restituendis nummis residui, vel eos in proprios suos convertit usus; vel fenori collocavit nomine domini, sive hoc ei mandatum sit, sive non, vel otiosam habuit domini pecuniam, quam is solebat fenori collocare, l. idemque 10. §. si procurator 3. l. si vero 12. §. dedi tibi 10. junct. l. ex mandato 20. ff. b. t. l. qui remissos 13. §. 1. ff. de usuris. Adde tit. pro socio n. 17. Denique & damnum reparat dolo, vel culpa quacunque, etiam levissima, datum; eo quod aliena negotia exacto officio geri debent, nec

quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum est, *l. a procuratore* 13. *l. jure mandata* 21. *C. b. t.* Et hoc est, quod Ulpianus quoque voluit in *l. si procuratorem* 8. *§. ult. in med. ff. b. t.* cum ait, mandatarius non teneri, si dolo non intervenierit nec culpa; sub culpa generaliter posita omnes culpæ species complectens: eo modo, quo id etiam factum in *l. si negotia* 11. *ff. de negot. gestis*. Quamvis enim Ulpianus scripserit, nihil amplius quam bonam fidem præstare oportere eum, qui procurat, *l. idemque* 10. *pr. ff. b. t.* ac in bona fide esse dicatur, qui dolo caret, sciendum tamen, per bonam fidem pro subiecta materia denotari illud omne, quod ex natura contractus præstari debet: ac proinde, cum mandati natura exactissimam in mandatario diligentiam desideret, ideoque mandatarius simpliciter suscipiendum mandatum semet obligaverit ad præstationem ejus, fidem datam non implet, nec bonam præstat fidem, si quid minus diligenter curet. Quod autem solius culpæ levis in mandato præstandæ mentio fiat in *l. contractus* 25. *ff. de reg. juris*, parum stringit; cum non negetur, etiam levissimam in mandatum venire, ideoque quod huic legi deest, ex *d. l. 13. & 21. C. b. t.* supplendum est. Non obstat denique, quod depositum solum & latam culpam recipiat, *d. l. 23. ff. de reg. juris*. Id enim ita placuit, quia in deposito nihil gerendum, sed tantum aliquid custodiendum est, ad quam custodiam industria & diligentia opus non est, adeoque sufficit dolum & proximam dolo culpam abesse fidemque præstari: cum ex adverso quid in mandato gerendum suscipiatur, ad quod industria omnimodo desideratur, ac propterea fallit quoque hic illud, mandantem de se queri, suæque facilitati imputare debere, quod negligentiori amico negotium commiserit; quippe quod in deposito quidem circa rem custodiendam locum habet, *§. pen. Inst. quib. mod. re contrab. oblig.* at non, ubi quæ peritiam gerendi expresse vel tacite professus est; cum suscipere non debuisset, quo non calebat, & in quo intelligebat vel intelligere debebat, suam imperitiam aut imprudentiam alteri damnosam fore, arg. *l. idem juris* 8. *§. 1. in fine ff. ad leg. Aquil.* Confer Vinnium *select. quæst. lib. 1. cap. 52.* Wisenbach. *ad Pand. b. t. num. 14.* Dissent. Zoësius *ad Pand. b. t. n. 15. 16.* Casum fortuitum, uti vulgo nullus in rerum alienarum gestione, ita nec mandatarius præstare cogitur, nisi pacto adjecto id actum sit, *l. Et Aristoni* 39. *ff. b. t.*

10. Contraria mandati actio mandatario competit, etiam patri, si is pro suo filiofamilias mandatario mandatum contemplatione filii perfecit, ut imple-ret fidem ejus, *l. si vero* 12. *§. si filiofamilia* 5. *ff. b. t.* (secus, si id egerit pro filiof. sed mandantis intuitu, vel filii quidem intuitu, sed post emancipationem; quibus in casibus magis est, ut negotiorum gestorum actio detur, *d. l. 12. §. 6. ff. b. t. mandati* 46. *ff. de negot. gestis*.) Contra mandantem, licet mandantis non interfuerit, dum vel aliena tantum, vel mandatarii & aliena, vel solius mandatarii gratias secundum antedicta mandatum intercessit. Si plures simul mandaverint, contra singulos in solidum, *l. si mandatu* 59. *§. Paulus respondit* 3. *ff. b. t. l. amissi* 52. *§. ult. ff. de fidejussoribus & mand. l. reos principales* 23. *generaliter* 25. *C. de f-*

*dejuss.* ut tamen divisionis beneficium ipsis exemplo fidejussorum competat, si omnes solvendo sint, *l. ult. C. de const. pecun. arg. l. fidejuss.* 10. *pr. junct. §. 1. C. de fidejussor.* Costalius *ad d. l. 59. ff. b. t. Pyrrhus Maurus de fidejussor. par. 2. sect. 6. cap. 5. n. 25. Ant. Matthæus de oblig. disput. 24. iter.* 13. Ad id, ut durante mandato necessaria mandans subministret, si vero non 12. *§. ult. ff. b. t.* eoque finito probet seu laudet, quæ gesta sunt; ac restituat impensas necessaria & utiles, una cum usuris, etiamsi necdum mora in restituendo facta sit, dum forsân ipse fœnori nummos accepit, aut eam, quam fœnori dederat pecuniam, repetiit, quo haberet, unde mandatum exsequeretur, *d. l. si vero non* 12. *§. si mihi* 9. *ff. b. t. l. 1. C. b. t.* nisi mandatarius salarius sit, cum quo id actum est, ut de salario sibi constituto impendia in iter, exsequendi mandati gratia suscipiendum, ferat, *l. idemque* 10. *§. idem Labeo* 9. *ff. b. t.* Nec refert, utrum duret etiamnum impensarum utilitas, an casu aliquo fortuito utiles esse desierint, arg. *l. sed an ultro* 10. *§. 1. ff. de negot. gestis, l. quod si servus* 3. *§. unde recte* 7. *ff. de in rem verso.* Nec, utrum mandans ipse parcius erogaturus fuisset, an non; cum sufficiat, eum sumtus bona fide secundum suam faciendæ conditionem, *l. quis alicui* 27. *§. impendia* 4. *ff. b. t.* Nec etiam, an negotio mandato finis sit impositus per mandatarium, an vero sine culpa sua id reliquerit imperfectum, *l. ita ut omnes* 36. *§. ult. l. qui mutuam* 56. *§. ult. ff. b. t.* nisi aliud ab initio actum sit: nam si fundum, qui per partes venit, emendum tibi mandassem, id ita, ut non aliter mandati teneat, quam si totum fundum emeris, & totum emere non potueris, in partibus emendis tibi, non mihi, negotium gessisse intelligeris, tuoque interim periculo partes emisse, *l. ita ut omnes* 36. *§. quod si fundum* 2. *ff. b. t.* Nec denique interest, utrum negotii ex mandato ad finem perducti optatus extiterit eventus, an contra votis ac spe mandans excederit. Qua ratione, si contrariam procurator ad lites datus sententiam reportaverit, sumtus tamen probabiliter ratione in litem factos repetere potest, *l. etiamsi* 5. *C. b. t. l. qui proprio* 46. *§. pen. ff. de procurat.* eodemque inter alia niti videtur fundamento, eum, qui a reo criminis pecuniam, remissionis pro se impetrandæ gratia distribuendam, acceperat, & distribuerat, irrito successu, ad erogata reddenda haud esse compellendum. Confer Respons. Jurisc. Holl. *part. 2. consil. 155.* quod repetitum *part. 4. consil. 80.* Nisi forte hoc mandati genus rectius retuleris ad non obligatorum rei turpis mandatum, saltem secundum constitutionem Philippi Hisp. Regis. Holl. Comitibus, qua cautum, illos qui convicti fuerint ad impetrandam homicidii remissionem pecunias numerasse, remissionis impetratæ carituros effectum, eumque, qui accepit, extra ordinem coercendum. *Ordonnantie op de Criminele justitie van Koning Filippus anno 1570. art. 26. vol. 2. placij. Holl. pag. 1019.*

11. Non aliter tamen mandatarius id, quod impendit, hac actione contraria recuperat, quam si, & quatenus, servavit mandati fines, hoc enim si excesserit, forte pluris emendo rem, vel in majorem quantitatem fidejubendo, quam mandato comprehensum erat, nec mandati nec negotiorum gestorum a-

Etione, quod amplius expendit, repellere potest, cum videatur inviti & prohibentis negotia gessisse, quo casu constat, non mandati tantum, sed & negotiorum gestorum cessare actionem, §. ii, qui exequitur *l. Inst. b. t. l. pratoria 3. §. ult. l. 4. l. 5. l. rogatus 33. ff. b. t. arg. l. si pro te 40. ff. b. t. l. ult. C. de negot. gestis*. Si tamen res, quæ pluris emta est, etiam vere pluris valeat, non tenetur mandatarius eam aliter mandati præstare, quam si hic totum pretium, quod erogatum, refundere paratus sit, & mandatarius adhuc mandantis contemplatione rem pluris emerit; cum aliquin excedens mandati fines non mandatum executus esse, sed aliud quid fecisse, sibi potius, quam mandati, negotium gessisse censetur, arg. *l. diligenter 5. ff. b. t.* Mandati autem fines excessisse non videbitur, qui mandatum implevit per æquivalentem, quoties non interest mandati, an secundum formam mandato præfinitam, an eo, quo hunc impletum, modo finis negotio impositus sit, *l. diligenter 5. §. ult. l. si quis pro eo 46. ff. b. t.* Grotius *manud. ad jurispru. Holl. lib. 3. cap. 12. n. 12.* si enim interesset, adeoque non expediret mandanti, aliis præstationibus mandati executionem fieri, tantum abest, mandatario contrariam oportere actionem dari, ut potius ipse mandanti directa mandati actione teneatur ad id quod interest, servatos non esse mandati fines, *d. l. diligenter 5. §. 1. 2. d. l. 46. ff. b. t.* eoque pertinet facti species in *l. ult. §. ult. ff. b. t.* ubi cum mandatum esset, ut quis, pro Titio fidejuberet apud Semprium, isque non fidejusserit, sed mandaverit, Titio credi, teneri dicitur mandanti scilicet actione contraria, tanquam talis, qui aliud egit, quam quod sibi mandatum est. Sim. van Leeuwen in not. ad *d. l. ult. §. ult. ff. b. t.*

12. Quod si quis ex mandato alterius, & in alterius utilitatem, impensas fecerit in rem suam, non integras recuperat, sed deducto eo, quanto melior ac pretiosior tali impensa res facta est, in reliquum tantum actionem dandam esse Celsus respondit, cum quidam Aurelius Quietus hospiti suo medico mandasse diceretur, *ut in hortis ejus, quos Ravenna habebat, in quos annis omnibus succedere solebat, spheeristoria, & hypocausta, & quadam ipsius valetudinis opæ, suis impensis faceret, l. si quis mihi 16. ff. b. t.*

13. Ceterum præter impensas mandatarius etiam jure petit, se liberari ab obligatione, si quam forte mandati intuitu subiit: aut eam saltem in mandantem transferri, *l. si mandatu 45. pr. & §§. seqq. ff. b. t. arg. §. tutores 2. Inst. de oblig. qua quasi ex contractu*; damna quoque sibi resarciri, quæ mandati occasione propriis in rebus perperus est, si modo non casu, sed aliqua mandantis culpa id damnum evenierit, veluti si quis certum servum, puta Stichum, emi mandaverit, isque mandatario furtum fecerit; mandans enim id ipsum reparare compellitur, cum in culpa sit, quod non penitus in Stich, pretio comparandi, conditionem inquisiverit, & justissime procurator allegare possit, non fuisse se id damnum passurum, si mandatum tale non suscepisset, *l. si servus communis 61. §. quod vero 5. ff. de furtis*, ad quod tamen damnum sciendum non temeretur mandans, sed liberari posset servum noxæ dando, si servum in genere tantum, sine ceteræ personæ designatione, emi

mandasset; cum casus plane fortuitus sit, quod mandatarius in servi furis emptionem incidere: ac de tali mandato generali accipienda *l. inter causas 26. §. sed cum servus 7. ff. b. t. in cuius fine dum scientia mentio inficitur, scientia talis videtur intelligenda, quæ demum post interpositum mandatum, servumque jam emtum, supervenit*. Similiter, si quis mandati exsequendi causa profectus, a latronibus spoliatus sit, aut naufragio res amiserit, vel languore suo suorumque apprehensus quædam erogaverit, mandataril potius quam mandantis id damnum esse oportere Romanis visum fuit, tanquam casui magis quam mandato imputandum, *d. l. inter causas 26. §. non omnia 6. ff. b. t. Mantica de tacit. & ambig. convent. lib. 7. tit. 19. n. 14.* Sed hodie mandatario ex æquitate hic quoque succurrendum putant; cum æque ac in superiori casu, quo servi certi emendi mandatum habebat, justissime procurator allegare possit, non fuisse se id damnum passurum, si mandatum, & ex mandato iter non suscepisset, arg. *d. l. 61. §. 5. ff. de furtis. Ant. Faber C. lib. 4. t. 28. defin. 29. & in rat. ad d. l. 26. §. 6. ff. b. t. Groenewegen ad d. l. 26. §. 6. ff. b. t. parens p. mem. Paulus Voet ad §. 8. Inst. b. t. n. 6. Responsa Jurisc. Holl. part. 4. consil. 385. in mod.*

14. Quicquid autem contrario judicio mandatarius repetere potest, id quin & jure compensationis sibi servare possit, si quam teneat mandantis pecuniam, dubium non est, secundum vulgata compensationis iura, arg. *l. in rebus 18. §. ult. ff. commodati, l. 1. §. pratoria 4. ff. de contraria. tut. & utili act. Joh. Papon lib. 6. t. 12. in append. art. 3.*

15. Finitur mandatum morte mandantis, *l. mandatum 15. C. b. t. §. item si 10. Inst. b. t. l. ult. in fine ff. de solution.* Cum enim mandati implemen- tum dependeat in universum a voluntate mandantis, qui omni tempore, sive re integra sive non integra, illud revocare potest, modo præstat mandatario id quod interest, adeo ut post revocationem mandati quodcumque factam mandatarius non ultra procedere queat in mandato exequendo, quia ut Ulpianus ait, extinctum est mandatum, finita voluntate, *l. si vero non 12. §. si mandavero 16. ff. b. t.* ratio dicitur, id, quod ita a mera ejus dependet voluntate, etiam morte perit, dum jam amplius velle non potest, qui mortuus est. Qua ratione, licet locatio ejus conditionis sit, ut & heredes locatoris locationi per defunctum factæ stare debeant, morte tamen locatoris evanescet, precario assimilata, si res elocata sit, quoad *it. qui eam locasset, velle, l. locatio 4. ff. locati*. Quod si mandatarius secundum potestatem sibi concessam alii rursus idem negotium gerendum mandaverit, non primi mandatarii, sed primi mandantis morte extingui mandatum, & finiri officium substituit, tradit Ant. Faber *C. p. 2. r. 8. defin. 24. Berlichius dec. 274. n. 11. Joh. Papon lib. 6. t. 4. art. 15. Gratianus dir. for. c. 737. n. ult.* Fallit tamen superior regula, si id mandatum sit, quod demum post mortem mandantis impleri potest, veluti monumentum sibi fieri, *l. si vero 12. §. ult. ff. b. t. heredi dari, heredi fundum emi*, in quantum nulla viventis hereditas, heres nullus est, *l. idem est 13. ff. b. t. junct. l. 1. §. de heredi vel act. vend.* Confer Bachovium ad *Irmentum vol. 1. dispus. 27. tit. 6. lit. c. Uti &*, si mandatarius ignorans mortem

mandantis, bona fide negotium ad finem perduxerit, quod tunc etiam ratum manet, nec subjacet rescissioni, d. §. 10. *Inst. b. t. inter causas 26. pr. & §. 1. ff. b. t.* (adde casum singularem in l. si pater filio 4. ff. de manum. vindicta.) Si actio mandata sit, l. 1. C. de oblig. et act. Cuiacius lib. 2. observ. 31. Si quis officii sui nomine mandaverit, veluti pater, l. venditor 49. §. 1. ff. de judic. Si mandatum institori datum, quo is tabernæ vel negotiationi erat præpositus, quippe quod durat, donec per heredes præponentis revocatum fuerit, l. si quis mancipii 17. §. 2. ff. de Inst. act. Adde d. t. de Inst. act. n. 3. Si ad mandatum stipulatio subsecuta sit, dum mandatu meo Titius a Mævio stipulatus est, sibi post mortem meam decem solvi, qui sensus est l. ult. in pr. ff. de solution. tali enim in casu quia me vivo Mævius stipulatus est, mandatum meum hoc ipso suum implemen- tum habet; de cetero inter Titium, ex mandato meo stipulatum obligatio est, quam morte tertii seu mandantis non magis quam stipulantis aut promittentis, evanescere, certum est. Denique, si tale quid mandatum sit, ad quod mandans jam ante alia ex causa obligatus erat, veluti si venditor, qui vacuum fundi possessionem emtori tradi mandaverat, ante traditionem secutam decederet; in quantum recte post ejus obitum tradit mandataris, sive ignoret mandantem esse mortuum, sive, cum id sciret, heredibus non prohibentibus emtorem in vacuum induxerit fundi venditi possessionem, l. fundi venditor 33. ff. de acquir. vel amit. posses.

16. Morte quoque mandatarii mandatum extinguitur, quia personæ industria electa creditur, quæ in heredes cum bonis haud transmittitur, l. si quis alicui 27. §. morte 3. ff. b. t. d. §. 10. *Inst. b. t.* nisi quis, cessis sibi actionibus, in rem suam procurator constitutus sit, l. illam subilem 33. C. de donation. adeo ut extra hunc casum exceptum heredes mandatarii nec negotia adhuc integra perficere queant, nec, si perfecterint scientes mandata atque ita aliena esse, ullam habeant mandati actionem, d. l. 27. §. 3. ff. b. t. Plane si negotia adhuc integra, probabili facti errore ducti gesserint, dum forte ea non mandata, sed defuncti propria & hereditaria esse putant, non modo utili actione mandati contraria ipsis succurrendum videtur, ne justa & probabilis ignorantia alioquin damnum adferat, arg. d. §. 10. post med. *Inst. b. t.* sed & summo jure valet, quod per heredes ita errantes actum est: quamvis verum sit, illud ob justam mandantis absentiam rescindi posse, si is implemento mandati per heredes mandatarii facto se læsum doceat, intentata actione Publiciana, non ea qua usucaptum fingit prætor quod vere necdum usucaptum est; sed potius altera, quæ frequentius rescissoria interpretibus dicitur, quæque ob justam absentie causam fingitur usucaptum non esse, quod vere usucaptum erat, l. mandatum 57. ff. b. t. junct. l. in honorariis 33. in fine prin. ff. de oblig. et act. modo observemus in d. l. 57. ff. b. t. pro non utiliter oportere legi non inutiliter, ut Gothofredus ibidem in notis post alios monet. Si quaras, et ratum maneat, nec rescindatur, quod post mortem mandantis a mandatario ignorante actum est, ut supra monitum; rescindi ex adverso possit, quod

post mandatarii obitum heredes ejus bona fide executi sunt? sciendum est, priore casu nullam occurrere æquitatis rationem, quæ rescissionem suadet, quia ex præscripto mandantis licet defuncti, mandatum implevit idem ille, cujus industriam mandans elegerat: at hoc in casu executi erant illi, quorum industria probata non fuerat, neque oportebat eum, qui certi hominis fidem elegit, ob errorem aut imperitiam heredum affici damno, d. l. 57. in fine ff. b. t. Priori casu si læsi sint mandantis heredes, est quod mandanti imputent, qui mandatario tali rem gerendam commiserat; posteriore nulla mandanti culpa imputari potuit, alio, cujus industriam non elegerat, negotiis se immiscente.

17. Revocatione quoque mandantis, nec non mandatarii renunciatione, mandatum solvitur, licet patrum de non revocando fuisset appositum, arg. l. 1. §. 45. 46. ff. de positi, utrobique quidem impune, si res adhuc integra sit, cum mandati actio tum directa tum contraria demum competat, ex quo, & in quantum, agentis cepit interesse, §. recte quoque 9. & §. mandatum 11. *Inst. b. t. junct. l. si procuratorem 8. §. mandati 6. ff. b. t. l. si vero non 12. §. si mandaverit 16. l. si quis alicui 27. §. 1. 2. ff. b. t.* Neostadius Curia supr. decr. 67. Re non integra, præstandum id quod interest, renunciationem, aut revocationem intemptive contigisse, d. §. 9. & 11. nisi justis ex causis mandatarius renunciet, quales sunt inimicitie capitales, adversa valetudo, absentia reipublicæ causa, alique similes, l. si mandaverit 22. §. ult. l. 23. 24. 25. l. 27. §. 2. ff. b. t. aut nisi justa revocandi causa subsit, quo casu & procurator domini mandantis revocandi jus habet, l. si hominem 30. ff. b. t. atque etiam quandoque revocatio facta præsumitur, dum is, cui quis solvi mandaverat, conditionem seu statum mutavit, ex libero servus, ex cive deportatus, vel ex servo liber factus, l. cum quis sibi 38. ff. de solution. §. item si adduc 10. in fine *Inst. b. t.* Henr. Kinschot resp. 56. n. 3. 4. 5. aut si quis diversis temporibus duos ad idem negotium constituat procuratores; in quantum posteriore dando priori gestionem videtur ademis- se, l. si procuratorem 51. §. ult. ff. de procurat. cap. non iniuste pen. extra, de procurat. Adde t. de procurat. n. 24. in fine. Quin &, si quis foro cesserit, hoc ipso revocatum censi mandatum, tum quod dedit foro cedens, tum quod ei suscipiendi datum est, dicendum videtur, arg. l. vel exilio 21. ff. de procurat. Mantica de tacti. & ambig. conven. l. 7. t. 22. n. 45. & seqq. Ant. Matthæus de auction. lib. 1. cap. 20. n. 16. Non tamen mandatum generale per subsecutum speciale, ut dictum latius t. procurat. n. 24. Nec regulariter mandatum in dubio præsumitur revocatum. Vide Mascardum de probat. conclus. 1017. & quæ scripsi t. de procurat. n. 24. Ceterum nullo modo revocari mandatum potest, si quis in rem suam procurator constitutus sit cessa sibi actione, arg. l. procuratore 55. ff. de procurator. vel, si ex mandato Titii Mævius a Sempronio stipulatus sit, cum eo casu & Mævius invito Titio actione ex stipulatu Sempronium convenire queat, & vicissim Sempronius invito Titio facere Mævio solutionem ejus, quod ex stipulatu debet, l. ult. ff. de solution. Idemque est, si ex mandato delegatio subsecuta & ad finem perducta sit; cum ita mandans seu delegans in totum li-

beretur, & nova inter alios obligatio intercedat, §. pen. Inst. quib. mod. toll. oblig. Neostadius Caria Holl. dec. 39.

## TITULUS II.

## Pro Socio.

## SUMMARI A.

1. Quid sit societas? quo modo, & a quibus, iniri possit?
2. Quo modo societas tacite ineatur? cum societate non confundenda communio. Quae veniant in tacitam societatem? Tacita universorum bonorum societas coiri nequit.
3. Quid sit publica, quid privata societas? & in quibus differant?
4. Quae veniant in universalem societatem? ubi de dote filia, sumtibus in studia filii; & an non soluta societas socius unus tantum precipiat, quantum propter alterius filium filiamve erogatum? Si aliquando ad patrem dotantem redeat dos data, an alteri socio pro rata communicari debeat? Quid juris, si unus sociorum ab uxore dotem acceperit, vel dotem ex pacto lucratus sit? An in universalem veniant turpia lucra? & an moribus probata sit universalis societas?
5. Quanam veniant in societatem simpliciter initam? quae in societatem certa rei vel negotiationis sive lucra sive damna? Quae in societatem navigandi communi periculo, & de societate India Orientalis & Occidentalis, remissive.
6. Quae res in societate ipso jure communes fiant, quae communicanda sint? An communicata, si eas socius retulerit in rationes societatis?
7. Reiturpi & maleficiorum nulla societas est. Quid juris, si occasione honesta societatis alter sociorum lucra turpia captaverit, & alteri socio scienti vel ignorantem communicaverit, ac postea ad restitutionem aut penam damnetur?
8. Quales lucri & damni partes ferant socii ex natura societatis? Omnia pacta circa lucrum & damnum sustineri debere, quibus lex societas evitata est, nominatim; ut unus ferat partem lucri, de damno non teneatur. Apparente tamen enormi laesione per actionem aut arbitrium tertii, locus est remedio l. 2. C. de rescind. vend.
9. Actio pro socio plerumque datur finita societate; quandoque & ea durante.
10. Per actionem pro socio tantum petuntur praestationes personales, neulquam rerum ipsarum communium divisio.
11. Ad praestationes personales pertinet rationum redditio. Haec ab initio non potest pacto remitti. Quando, & quibus temporibus peti possit, maxime, si unus socius omnia trahat?
12. Huc etiam pertinet lucri & damni communicatio; cautio de lucro & damno futuro communicando. An socius teneatur, si acquirendi conditione usus non sit? An lucrum cum damno pericandum, si in quibusdam diligentia maxima profuerit, in aliis negligentia summa nocuerit? Praestat culpam levissimam, si in suis diligentissimus sit; vel praeter operam insuper artificium promiserit ad explicationem l. 52. §. 2. ff. h. t.

13. Petitur & restitutio impensarum una cum usuris; ubi & de privilegio retinendi rem communem pro impensis in eam a socio factis; qua occasione definitur per distinctiones, an singuli socii in solidum, an tantum pro parte conveniri possint ex contractibus nomine societatis celebrati: & quid moribus obtineat?
14. An socii are alieno nomine societatis contracto obligentur; si pecunia societati credita in arcam communem versa non sit, iidem distinctione explicatur.
15. An socius derelinquendo suam partem societatis liberari possit ab onere aris alieni, ad quod nomine societatis devinctus est, etiam per distinctionem declaratur.
16. Petitur etiam ut socius reliquis restituat, quod supra suam partem nomine societatis accepit. Et an socius unus a debitoribus societatis solidum petere possit, vel bi tuto uni socio solidum solvere?
17. An socius moram faciens in restituenda pecunia societatis aut lucris societati communicandis, vel nummos tales in suos usus convertens, ad usuras condemnandus sit, distinctione definitur, ad explicationem l. 60. ff. h. t.
18. Agitur quoque ad id ut liceat uti re secundum primam sociorum intensionem. & ne quid novi fiat contra eam: item ut praestentur quae singularibus pactis placuerunt: explicatio l. 69. ff. h. t.
19. An socius, qui praecipue vel solus negotia societatis gessit, salarium pacisci, aut viri boni arbitrio consequi possit?
20. Socii inter se gaudent beneficio competentia tam particulares quam universales. Quando illud cesset? & quid moribus?
21. Singulare est, quod unus ex pluribus sociis suam partem integram adeptus a socio debitore societatis communicare id reliquis praestentur, si illi solidum consequi ab eo nequeant; & si unus sociorum impendia per alterum facta restituere nequeat, id reliquis pro rata graveat.
22. Si socius unus, qui nomine societatis plusquam suam partem consecutus est, foro cesserit, reliqui socii in rebus & creditis societatis potiores sunt aliis sociis foro cedentis creditoribus.
23. De fine societatis per mortem socii; quo usque hac in parte societas vestigialium dignetur a privata? An testator heredem damnare testamento possit, ut in societate perseveret? Heres socii, si non sit adscitus, an, & quo usque emolumentis successor sit, & quid distet hic publica vestigialium a privata? Qualem culpam praestet heres socii in perficiendis a defuncto incubatis? Quid juris, si socius quadam gesserit ignorans mortem socii?
24. Nemo potest invitis sociis ceteris alium suo loco substituere: renunciare tamen potest societati expresse vel tacite. Quid juris, si callide, vel intempestive renunciaverit? & an renunciari possit societati vestigialium?
25. Quo modo renunciatio fieri possit? an & procurator? An procuratori socii? an, & quomodo absenti socio? An sufficiat renunciationem privatim fieri, an vero publice facienda sit, distinctione explicatur.
26. Finitur societas finito negotio, publicatione bono-

*rum, ac cessione. Quid juris, si servus socius alienatur, vel socius ex patrefamilias fiat filiusfamilias, aut vice versa?*

27. *Finis societate, pro qua parte res redeant ad socios, maxime, si unus operam, alter pecuniam consulerit?*
28. *An cum actione pro socio concurrere possit actio furti contra socium; & an una intentata alteram perimat?*

1. Societas est contractus juris gentium, bonæ fidei, consensu constans, super re honesta de lucri & damni communione. Quam inire possunt omnes liberam habentes rerum suarum administrationem, idque vel simpliciter, vel ad certum tempus, l. 1. l. si convenierit 14. l. actione 65. §. item qui 6. ff. b. t. vel in perpetuum, id est, dum vivunt, d. ff. b. t. (non tamen in æternum l. nulla societatis 70. ff. b. t.) ac non pure tantum, sed & ex die vel sub conditione; licet de eo olim disputatum fuerit: quia olim sollemnis mancipatio ad communionem rerum inter socios faciendam erat necessaria, quæ ætibus legitimis adnumerata vitabatur per temporis vel conditionis adjectionem, l. 1. ff. b. t. l. pen. C. b. t. junct. l. actus legitimi 77. ff. de reg. jur.

2. Didividitur primo in expressam, quæ expressa conventionio fit, & tacitam, quæ re contrahi dicitur, dum rebus ipsis & factis, simul emendo, vendendo, lucri & damna dividendo, socii in eundem societatis voluntatem declarant, l. societatem coire 4. ff. b. t. l. cum proponas 2. C. b. t. Ut tamen non omnis rerum inter plures communio societatem patriat: nam, ut sit pro socio actio, societatem intercedere oportet, adeoque conventionem ac voluntatem sociorum, unde & societas voluntarium consortium appellatur, l. cum duobus 52. §. item Papinianus 8. ff. b. t. Nec sufficit rem esse communem, dum communiter res agi potest etiam citra societatem, ut puta, cum non affectione societatis incidimus in communionem; quod evenit in re duobus legata, aut si hereditas vel donatio communiter nobis obveniat, aut a duobus separatim emerimus partes eorum, non socii futuri, aut, cum nollemus inter nos contendere, insinando pretia mercedum rerum auctione publica vendendarum vel locandarum, per nuncium rem in commune entimus conducimusve, l. ut sis pro socio 31. & seqq. ff. b. t. §. item si inter instit. de oblig. qua quasi ex contractu. Illud interim inter expressam & tacitam societatem interest, quod in expressam & ea veniunt omnia de quibus actum est, quandoque illa, quæ ætibus istis, quibus tacitus declaratur in societatem consensus, necessario includuntur, ac inde dependent; quod absurdum esset, ex facto colligere consensum in ea, quæ necessariam cum eo facto non habent connexionem, arg. l. ult. C. de nupt. pro marito. Respons. Jurisc. Holl. part. 3. vol. 2. consil. 65. num. 15. & seqq. Cui conveniens est, consensu tacito ac re iniri non posse universalem totorum bonorum presentium ac futurorum societatem, unde & in l. ea vero 3. §. 1. ff. b. t. Jurisconsultus ait, cum *speculativo* omnium bonorum societas coita est, tunc; & hereditates & legata & quod donatum est, aut quaque ratione acquisitum est, communioni acquiri, dissent. Fachineus controver. lib. 12. c. 14.

3. Alia insuper societas publica est, alia privata. Publica dicitur vectigalium societas, dum plures simul vectigalia & alia similia commoda fisco obvenientia a fisco conductæ habent. Privata, quæ de rebus privatorum inter privatos initur, l. societates 5. pr. l. adeo morte 59. l. verum est 65. §. in heredem 8. ff. b. t. addè Car. Sigonum de antiquo jure civ. Roman. lib. 2. cap. 4. post med. Quæ duz species, in quibus inter se distent, prolixè tractat Ant. Matthæus de æquili. lib. 2. cap. 8.

4. Est & vel universalis totorum bonorum, vel particularis. Universalem appellant, in quam omnia veniunt mobilia, immobilia, corporalia, incorporalia, presentia & futura, hereditates, legata, donationes, l. 1. §. 1. l. 2. 3. l. si societatem 73. pr. ff. b. t. omne lucrum, & onus omne, omneque damnum, quod sine dolo, lata ac levi culpa sociorum uni incumbit aut supervenit, adeoque etiam alimenta, sumtus in studia, vel in honorem, dotes, & alia similia liberis unius socii suppeditata, licet alter nullo liberos habeat, in quorum usum talia venirent vicissim eroganda; uti id aperte cautum l. si societatem 73. ff. b. t. in qua non tam pactio peculiaris societati totorum bonorum adjecta proponitur, quam potius formula plenior, quæ universalis societas contrahi solita; sive enim id agatur, ut *universarum fortunatum societas* sit, sive convenierit, ut *quicquid erogaretur vel quæreretur communis lucri atque impendii esset*, nil præter diversum verborum sonum interest. Firmatque hanc sententiam, quod socius universorum bonorum, qui quid ob injuriarum actionem damnatus præstiterit, ex communi consequi debeat, si injuria judicis, non ob malefium suum, damnatus sit, l. cum duobus 52. §. ult. ff. b. t. quodque a Scævola responsum, filium reipublicæ debita, quæ post mortem patris contraxit, fratri suo pro parte hereditaria reputare non posse, si *non in omnibus socii essent*, l. ex parte 39. §. filius 3. ff. famil. ercisc. unde a contrario, si bonorum omnium socii fuissent, communioni hoc aris alieni onus imputandum foret. Prolixè Mantica de tacit. & ambig. convent. lib. 6. cap. 20. Jacob. Coren consil. 18. num. 8. & seq. ad num. 18. & num. 26. 27. Menoschius de archiep. jud. lib. 2. casu 127. num. 3. Wissenbac ad Pand. b. t. num. 24. Neque ita, quæ de dote filiz ex communi præstanda diximus, repugnat, quod videatur pacto speciali opus est, ut filiz vel prima vice vel iterato nubenti dos de communi constituatur, l. si socii pro filia 81. ff. b. t. cum in ista lege non de universali totorum bonorum societate tractetur, nec ullæ ejus mentio fiat, sed magis de particulari, cui inter alia pactum appositum, ut *de communi dos constitueretur*. Minus adversatur, quod dotis datio, ac subministratio: sumtum in studia, ad liberalitatem ac donationem pertineat; de suo autem, non de alieno unumquemque largiri æquum sit, l. debet autem 27. ff. de adit. edict. Considerandum enim, dotem a patre filiz dandam minus recte, ac improprie admodum ad liberalitatem referri; cum & legis & judicis necessitate compulsi parentes cogantur dotem pro sua dare progenti, l. capite 19. ff. de ritu nupt. l. ult. C. de dotis promissione; (addè r. de jure dot.) at nemo in necessitatibus liberalis existit, l. rem legatam 18. ff. de adimend. legat. Eo quod attinet ad sumtus in studia, nec hi ad simplicem donationem jure

reducuntur, sed propius ad alimenta liberis præstanda accedunt, ac naturalem in se continent præstationis æquitatem pietatemque, atque ita vinculum quoddam obligationis naturalis habent, licet nulla liberis ad eorum exactionem contra parentes actio sit. Adeo autem verum est, universali societati hæc aliæque impendia similia imputari, ut nec societate finita deduci queat ante divisionem ab altero, liberos non habente, quod alter ex causis istis in liberos proprios erogavit. Cum enim hereditates, legata, donationes ita jure societatis communes fiant, ut societate dirempta eas jure præcipui non deducat is, ex cujus latere obvenierunt, sed æqualiter cum rebus ceteris inter socios pro rata dividendæ sint; absurdum esset, damni ex uno latere citra culpam levem eventientis aut oneris a natura vel lege impositi intuitu ullam ab altero fieri præceptionem; tum quia damni lucrique par ratio est in societate, quoties non aliud nominatim actum est, §. 1. & 3. *inst. b. t. de societ.* tum quia secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi, quem & incommoda sequuntur, ac vice versa, *l. secundum naturam 10. ff. de reg. jur.* tum denique, quia ab initio socii in societate universali incertæ sese spei committunt. Fachineus *controv. libr. 8. cap. 4.* dissent. post alios Zoesius *ad Pand. b. t. n. 45. 46.* Si tamen dos vel durante societate universali, vel ea finita, iterum alio casu ad patrem socium dotantem revertatur, societati eam rursus cedere æquum foret. Cum enim jus illud, ex quo dos etiam post dissolutam societatem ad patrem redit, ex ipsa dotis numeratione, qua stante societate contigit, originem ac causam trahat, atque adeo durante societate jam natum ac societati quæsitum fuerit, si non re ipsa, at saltem spe; necesse est, reversam quandocunque ex illo jure dotem inter quondam socios, velut rem societatis, communicari dividique pro rata, *l. si socius pro filia 81. ff. b. t. arg. l. cum emancipati 2. §. id quoque 3. ff. de collatione.* eodem modo, quo & inter socios universales dividenda illius dos, quam unus eorum ab uxore sua acceptam vi pacti dotalis aut aliter, soluto matrimonio lucratus est, *l. quod si eo 66. ff. b. t. Jac. Coren. consil. 18. num. 16.* licet divisio non sit facienda, sed socius maritus eam de communi præcipere debeat, si stante adhuc matrimonio societas distrahatur; non alia de causa, quam quia post dissolutam societatem solum matrimonium socium sequitur onus personale matrimonii; natura autem æquum est dotem illic esse ubi onera matrimonii sunt, quippe ad quæ sustentanda dos data fuerat, *l. actione 65. §. ult. l. 66. ff. b. t. junct. l. si is, qui Stichum 55. §. 1. 2. ff. de jura dot. l. si maritus 46. ff. famil. ercisc.* Plane, neque turpia lucra, neque damna, quæ socius unus dedit aut passus est suo dolo lata vel levi culpa, dum injuriarum vel furti vel adulterii convictus & damnatus fuit, vel alia aut luxu perdidit, in universalem veniunt societatem, *l. cum duobus 52. §. ult. l. adeo morte 59. §. 1. ff. b. t. Grotius manud. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 21. num. 20. 21.* Ceterum universale omnium bonorum, tam futurorum quam præsentium, societatem jam olim in Hollandia fuisse reprobata, si eam excipias, quæ vi statuti inter conjuges obtinet, a Grotio notatum est, *manud. ad jurispr. Holland. lib. 3. cap. 21. num. 5. 6.*

5. Particularis societas vel simpliciter initur, ut nulla certarum rerum aut negotiationis certæ mentio fiat, aut ex adverso de re certa, vel certa rerum quarundam universitate, certæ speciei negotiationis. In eam quidem, quæ simpliciter initur, omnia illa veniunt, quæ ex industria & labore sociorum acquiruntur, & quæstus appellatione continentur; ac vice versa illud æs alienum, quod ex quæstu pendet, non damna alia rebus ipsis sociorum casu vel per tertium illata, nec hereditates, legata, donationes, quoties aliam ob causam, quam industriam, veluti ob sanguinis vinculum & affectionem uni socio acquiruntur, *l. oriri societatem 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. l. duo societatem 61. §. ult. ff. b. t. l. aditio 45. §. 2. ff. de acquir. vel omitt. hered. Jac. Coren. consil. 18. numer. 18. & seqq.* Adde quæ scripsi *tract. de familia ercisc. cap. 4. numer. 11. & seqq.* & quæ dicuntur de communione omnium bonorum, ac communione quæstuum inter conjuges ex usu hodierno, *tit. de pact. dotal.* Quod si de re certa vel certa speciei negotiationis vel certa rerum universitate, societas contracta sit, nulla in eam veniunt lucra aut damna, præter ea, quæ rerum istarum certarum aut certæ negotiationis intuitu obvenierunt: aliunde quæsitæ quisque sibi retinet, uti damna solus fert. Quo fundamento responsum, explorati juris esse, etiamsi maxime argentaria societas sit, quod quisque tamen socius non ex argentaria causa quæsitit, ad communionem non pertinere. Nec in communionem redigendum, quod aliunde fratres quæsierunt, cum parentum indivisas hereditates ideo tenuissent, ut emolumentum ac damnum in his commune sentirent, *l. cum duobus 52. §. cum duo 5. & §. 6. ff. b. t.* Sed &, si socius certæ negotiationis res quasdam ex pecunia societatis sibi soli comparasset, eas nec communes fieri nec communicandas esse; frequentius placuit, nisi res tales essent, quæ ad ipsam illam, de qua societas contracta fuerat, spectabant negotiationem, arg. *d. l. 52. §. 3. & §. 6. ff. b. t. junct. l. si ex ea 6. C. de rei vindic.* Hæctor Felicius *de societate cap. 14. num. 74. & seqq.* Ex adverso cum sagarium quidam negotiationem coivissent, & alter ex his ad merces comparandas profectus in latrones incidisset, pecunias & res alias communes & proprias perdidisset, ipse & servi ejus vulnerati essent, & ob id in Medicos debuisset impendi, Juliano ac Ulpiano placuit, damnum commune fore tam pecuniæ quam rerum ceterarum, quas secum non tulisset socius, nisi ad merces communi nomine comparandas proficisceretur, *d. l. cum duobus 52. §. quidam sagarium 4. ff. b. t. Grotius manud. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 21. num. 27.* Responsa Jurisc. Holl. par. 3. vol. 2. *consil. 324. potius 224. pag. mibi 604.* Quæ porro damna veniant in societatem navigandi simul communi periculo, (*als ver-scheide Scheepen te samen varende Admiraal schap maben tot gemeene verovering*) & ad quid quisque ex istius societatis jure alteri obligetur, definitum est placito Ordin. General. 1. Sept. 1643. & aliis pluribus anterioribus, quæ exhibentur vol. 1. placuit, pag. 876. art. 37. & mult. *eqq.* item placito anni 1652. 26. Aprilis d. vol. 1. pag. 907. Adde Hug. Grotium *manud. ad jurispr. Holl. lib. 8. cap. 22.* Quæ insuper Jura sint societatis Indis Orientalis, petendum ex variis placitis, quorum catalogus est vol. 3. placit.



pag. 1306. & seqq. ad pag. 1329. quæ Indiæ Occidentalis, docent placita recensita d. vol. 3. pag. 1329. & seqq.

6. Illud sciendum est, corporalia quidem tempore societatis inita penes socios reperta, ipso jure citra veram traditionem fieri sociorum communia, postea vero quasita communicanda esse; incorporalia omnia, potissimum actiones, tum tempore societatis inita quasitas, tum postea quarendas, mediante demum sessione communicari, l. 1. §. 1. l. 2. §. 1. si quis societatem 74. ff. b. t. Ant. Matthæus de aucton. lib. 2. cap. 8. numer. 11. Ut tamen intelligantur res in societate communicatz, si eas emtas socius retulerit in rationes societatis, arg. l. quod autem 53. 54. junct. l. 55. ff. b. t. ubi id, quod una in lege dicitur in medium collatum & ita commune factum in altera dicitur in societatis rationes collatum. Jacobus Coren obs. 25. n. 49. & seq.

7. Versatur societas circa res honestas, non turpes: neque enim ulla maleficiorum, veluti furti, direptionis, societas, nulla doli communicatio est, l. nec pratermittendum 57. ff. b. t. l. 1. §. plane 14. ff. de iur. et ration. distrab. Hinc nec socius recte petit, in societatem conferri ea quæ per alterum socium scelere parata sunt; nec qui ex delicto, de quo societas coita fuerat, in penam damnatus est, jure desiderat damni ex maleficio communionem, d. l. 1. §. 14. ff. de iur. et rat. distrab. l. nec pratermittendum 57. ff. b. t. Si tamen, cum ab initio rei honestæ & licitæ societas coita esset, unus ex sociis nonnulla turpiter quasita sponte sua in medium contulerit, hætenus alteri cedunt socio, ut conferens ea repetere nequeat, nisi cum ipse ad restitutionem damnatus est; quo casu, qui turpe lucrum sciens ex communicatione admisit, non rem tantum restituit, sed & pœnæ partem agnoscere tenetur, quoties in penam alter damnatus est; quia æquum est, ut, cujus lucrum, participet & damnum; ad quam pœnæ communionem non teneretur, si ignorans inhonesti lucri suscepisset portionem, l. quod autem 53. 54. 55. 56. 57. ff. b. t.

8. Præcipue vero ad societatis substantiam pertinet communicio lucri & damni, adeo ut, ubicunque ea esse nequit, ibi nec societas sit. Quo fundamento reprobata societas, qua id agitur, ut alter lucrum tantum, alter tantum damnum sentiret, quamque Jurisconsulti nostri *leoninum* dixerunt: quippe in qua neque lucri neque damni ulla communicio est, l. si non fuerint 29. §. 2. ff. b. t. Extra quem casum reliqua omnia de lucri & damni partibus cuique cessurus ex libera sociorum dependent voluntate; quippe qui, licet tunc, cum nihil de partibus lucri damnique convenit, pro rata ejus, quod quisque contulit in societatem, partes lucri & damni ferant, §. Et quidam 1. instit. b. t. d. l. si non fuerint 29. pr. ff. b. t. junct. l. si societatem 6. l. quid enim 80. in fine ff. b. t. recte tamen paciscuntur, ut neglecta utrinque collatorum proportionem, alia cuique cedant lucri partes, non modo, ubi unus operam, vel præter rem operas confert, sed cum utrimque rerum collatio facta est; sic ut secundum collatorum proportionem alia, alia ex pacto lucri & damni divisio facienda sit, ac vi pacti plus ex lucro capiat, qui minus in rebus aut operarum præstandarum æstimatione contulit; minus lucratur, qui contulit plus. Si enim non nisi pro ra-

ta, qua operæ ex uno latere collatz valent, disparitas pacto speciali induci potuisset, nihil sane prodesset pactio; quippe extra quam ex ipsa juris dispositione pro rata rerum aut operarum in societatem collatarum, lucra & damna cuique acquiri ac quemque gravare debent: neque tunc satis apte Imperator inter se opposuisset juris communis dispositionem, & pacta specialia societati apposita, quibus id jus commune immutatur, cum ait, si nihil de partibus lucri & damni nominatim convenerit, æquales partes in lucro & in damno spectari: quod si expressa fuerint partes, has servari debere, §. 1. Instit. b. t. uti pro hac sententia argumentatur Vinnius select. quest. lib. 1. cap. 53. Quam & moribus hodiernis invaluisse post alios allegatos ibidem in fine testatur; nec satis jura commerciorum & societatis inter mercatores intellexisse illos, qui hic aliam fovent opinionem, scripsit Hugo Grotius inter Responsa Jurisc. Holl. part. 3. vol. 2. consil. 303. revera 203. numer. 3. pag. mihi 541. Cui consequens est, ut pactum sustineri debeat, quo id agitur, ut unus duas lucri partes ferat, damni unam; ut alter conferat operam, alter pecuniam, lucrum commune sit; vel ut unus conferat operam, alter pecuniam, lucrum & damnum commune sit, atque ita periculum sortis per unum collatz ad eum quoque spectet, qui operas confert, denique ut unus ferat lucri partem, de damno non teneatur. Quo casu postremo licet conventio videatur prima specie tantum lucri non vero damni communionem inducere, contra naturam societatis; non tamen ita est, eo quod isto in casu non aliud in lucro esse intelligitur, quam quod superest pensato omni damno, ac proinde idem ille, qui secundum verborum corticem a damni onere videri poterat immunis esse, tamen interveniente hac lucri cum damno pensionatione, damni quoque communionem re ipsa subit, §. 1. 2. 3. Instit. b. t. l. si non fuerint 29. pr. & §. 1. l. 30. ff. b. t. Abr. a Wessel de connub. societ. tract. 2. cap. 3. num. 11. 12. 13. Et licet forte per speciales hujusmodi a jure communi recedentes de lucro & damno actiones subinde sociorum alteruter lesionem quandam sustineat, & conditione meliore in societatem admittatur, qui pro collatorum proportionem vel parvis vel deterioris debuisset conditionis esse, non tamen eo superiore evertitur probata a Justiniano paciscendi licentia; cum ratio nulla sit, cur non in societate æque, ac in emtione, permutatione, similibusque aliis liceret contrahentibus in pretio, aut rebus permutandis, se invicem circumvenire, convenienter l. in causa 16. §. idem Pomponius 4. ff. de minor. 25. annis. Dummodo id unum caveatur, ne enormis alterutri socio ex tali actione, a jure communi remota, læsio inferatur; quippe quo casu locus foret remedio l. 2. C. de rescind. vendit. ut illo titulo latius dicendum erit. Nam &, si in arbitrium tertii certi in societate contrahenda partium lucri & damni determinatio collata fuerit, quod utique per leges licet, sed arbitrium arbitri ita pravam sit, ut manifesta iniquitas ejus appareat, corrigi debet iudicio bonæ fidei, l. societatem mecum 76. 77. 78. 79. 80. ff. b. t. Et secundum hæc cum Hugone Grotio inter Responsa Jurisc. Holl. part. 3. vol. 2. consil. 303. revera 203. num. 2. 3. pag. mihi 541. & Arnoldo Vinnio d. lib. 1. cap. 53. in fine, accipienda videntur Ulpiani verba in d. l. 29. §. 1. cum ait, ita

denum valere conventionem illam (ut nempe lucrum commune sit, de damno alter non teneatur) si tanti sit opera, quanti damnum est, non quod aequali & mathematicam proportionis aequalitatem inter socios praeae exigat, sed quod nimiam inaequalitatem reprobet, in qua manifesta iniquitas & laesio enormis appareret. Societatem quidem donationis causa non recte contrahi, ab eodem Ulpiano admonetur, in *l. societates* 5. §. ult. ff. b. r. Sed & idem docuit, venditionem non valere, quoties in totum venditio donationis causa facta est, *l. si quis donationis* 38. ff. de contrab. emi. Ceterum, uti venditio valet, si quis rem donationis causa minoris vendat, teste eodem Ulpiano in *d. l. 33.* ita, cur non in societatem socius quoque plus conferens deteriore conditione donationis causa admitti desideret, ratio diversitatis sufficiens in promptu non est.

9. Ex hoc contractu actio pro socio nascitur, utrimque directa & ob dolum aut culpam latam infamans, §. ex quibusdam 2. Instit. de pana temere litig. l. 1. ff. de his qui not. infam. quae plerumque quidem finita demum societate locum habet adeo ut renunciandum sit societati, quae nondum extincta erat, si quis hac velit actione experiri, imo unusquisque, dum hac contendit pro socio actione, eo ipso intelligitur societati renunciasse, arg. *l. tam diu* 5. C. b. r. Ant. Matth. de auct. lib. 2. cap. 8. n. 10. Quod tamen non aliter verum est, quam si iudicium pro socio per unum sociorum ideo dictatum fuerit, ut societas distrahatur, *l. actione* 65. pr. ff. b. r. cum alioquin nihil vetet, quo minus etiam manente societate pro socio agatur, dum & in publica vectigalium & in privata societate propter varios contractus aliasque causas neutri sociorum expediat recedere a societate, *d. l. actione* 65. §. pen. ff. b. r.

10. Datur hac actio socio contra socium, heredi & in heredem, quippe qui, licet socii non sint, tamen emolumentum successores sunt, *l. verum est* 65. §. in heredem 8. ff. b. r. Non tam ad ipsarum rerum communium divisionem, quam potius ad praestationes personales, *l. 1. ff. communi divid.* Cum enim actio pro socio tantum in personam sit, tendere non potuit ad ea, quae non obligationis, sed juris in re, effectus sunt. Etenim, quisque rerum communium desiderat divisionem, non aliud petit, quam ut sibi soli rem suam, hactenus cum alio pro indiviso communiter habitam, in posterum pro diviso habere liceat; atque ita tantum vindicat suam partem ex re communi, ad quod apprime conducebat actio communi dividendo, mixta, primario in rem ac pro rei vindicatione comparata, ut latius expositum *tit. finium regund. num. 4.* Unde &, cum in rerum ipsarum communium divisionibus semper per adjudicationes negotium explicandum esset, sive res tota indivisa uni cederet, sive singulis rerum divideretur partes ex divisione obvenirent, in actione tamen pro socio adjudicationes reprobatae sunt, & definitum, solum nominum, id est, obligationum & praestationum personalium rationem habendam esse, *l. si actum tit. 45. ff. b. r.* Ac proinde actio pro socio in eo quidem cum actione communi dividendo juris ejusdem ac potestatis est, quod ubique personalium praestationum persecutio fiat, *l. pro socio arbit. 39. §. 1. ff. b. r.* quo etiam solo intuitu actionem commu-

ni dividendo in personam esse, probatum est, *tit. finium regund. num. 4.* ideoque una ex his intentata alteram perimit, quatenus is, qui primo egit actione communi dividendo, atque ita modo rerum divisionem, sed & praestationum personalium partem obtinuit, postea agens actione pro socio tanto minas consecutus est, *d. l. 33. §. 1. d. l. 1. si actum tit. 45. ff. b. r.* sed in ceteris dispar harum actionum ratio & effectus est, quod nempe per iudicium communi dividendo praeter praestationes personales amplius rerum ipsarum divisio impetretur; non item per hanc pro socio actionem. Nec repugnat *l. 2. ff. communi divid.* utpote quae reddens rationem, cur necessarium fuerit communi dividendo, iudicium, quia scilicet pro socio actio magis ad personales invicem praestationes pertinet, quam ad communium rerum divisionem, non aliud vult, quam, actionem pro socio nequitiam tendere ad rerum communium divisionem; cum alioquin ista ratione non potuisset evinci necessitas actionis communi dividendo; quippe, quam nemo recte necessariam dixerit, si & actione pro socio communium divisio potuisset obtineri; eoque sensu vocem magis in iure nostro sapientius usurpari, patet ex *l. si forte* 6. §. haec autem 3. ff. si servit. vind. l. si quis absentis 5. §. si quoque 3. ff. de oblig. & act. §. si quoque 1. Instit. quid. mod. re contrab. obl. §. pen. Instit. de oblig. qua quasi ex contr. l. si vera non 12. §. cum quidam 12. ff. mandati. Confer Vinnium select. quest. lib. 1. cap. 56.

11. Ad praestationes autem personales, in hoc pro socio iudicium venientes, pertinet, ut socius reddat rationes administrationis, si quid societatis incuitu ab eo gestum sit, aut geri debuerit, eumque in finem ipsum quoque librum rationum edat *l. quadam sunt* 9. pr. ff. de edendo. Hecior Felicius de societate cap. 38. nu. 41. 42. Responsa Juris. Holl. part. 3. vol. 2. consil. 127. sive solus omnia tractaverit, sive plures partitis per varias regiones aut tabernas operis seorsim singuli curae partem subierint; quo casu adeo ad reddendas sibi invicem rationes obstricti sunt, ut nullus ab altero eas exigere queat, si non & ipse reddiderit, aut saltem obtulerit rationum redditionem, arg. *l. Julianus* 13. §. offerri 8. ff. de act. emi. l. cum proponas 21. C. de pactis. Hecior Felic. d. tract. de sociis. cap. 37. num. 11. 15. 16. Wassenaar praef. jud. c. 10. num. 15. Quam etiam, licet finita societate remitti socio liberum sit, ad exemplum tutorum, arg. *l. Aulus* 28. §. 3. & 4. l. ult. §. Titia 2. ff. de liberat. legata; tamen ab initio, tempore eo quo societas initur, remissionem talem fieri non magis socio posse, quam tutoribus cum ad tutelae gestionem vocantur, merito visum est, tum arg. *l. ut autem* 5. §. Julianus 7. ff. de admin. & peric. tut. tum quia nulla conventionem dolus in futurum remitti potest; quod tamen feret, si a rationum redditione statim ab initio immunes essent, arg. *l. si unus* 27. §. illud nulla 3. ff. de pactis. Hecior Felic. d. tract. cap. 37. num. 17. Et quamvis, durante societate, non singulis momentis socius administrator rationum solemniter reddendum onere ac necessitate gravandus videatur, sed magis finita societate, vel ea durante singulis annis aut talibus temporibus, quibus id ex usu mercatorum aut regionis fieri assuevit; tamen si bona fide & sine calumnia socii reliqui frequentibus inquirant, quo loco societatis res sint, sum-

matim id iis videtur explicandum. Vid. Heft. Felic. d. tract. de societ. cap. 37. num. 59. 60.

12. Præterea inter personales præstationes hac actione petendas & illud est, ut socius socio lucra communicet, damna reparet, non tantum dolo & lata, sed & levi, non item levissima culpa vel casu, societati illata, §. ult. Instit. b. t. l. cum duobus 52. §. 2. 3. 4. ff. b. t. cautionem quoque de damno vel lucro imminente communicando interponat, dum societatis occasione adhuc lucra sperantur, damna metuantur, obligationes societatis intuitu contractæ, ex quibus societati debetur vel ipsa debet, ex incerta conditione suspensæ sunt, l. omnia ad alienum 27. l. 28. ff. b. t. Nec interest, utrum res communis sua culpa corruperit aut perdiderit socius, an conditione acquirendi usus non sit; cum & ad lucrum captandum societas ineatur. Mudæus ad l. nemo ex sociis 68. §. 1. ff. b. t. Ant. Matthæus de obligat. disp. 23. thes. 13. in fine. Non etiam refert, an sola socii negligentia culpæ possit, an vero, cum in quibusdam negligentior fuisset, in plerisque aliis diligentia summa auxerit societatem; eo quod non placuit, hic diligentæ cum negligentia compensationem fieri, sed magis ex negligentia socium omnino teneri, l. de illo 23. §. 1. l. non ob eam 25. l. 26. ff. b. t. Quæ licet hodie mutata velit Groenewegius ad l. 23. §. 1. ff. b. t. tamen, cum nulla certa æquitas ratio pro hac militet mutatione, magis juri Romano standum puto cum Ant. Matthæo de obligat. disput. 23. thes. 15. Quin imo, si socium suis in rebus diligentissimi patrisfamilias officia implere solere in aperto sit, vix dubium esse potest, quin & in rebus societatis ad exactissimam diligentiam præstandam obstringatur, dum fraude non caret, minorem rebus alienis curam adhibens, quam suis, arg. l. quod Nerva 32. ff. deposit. Idemque est, si non simplicem operam sed artificium socius promiserit ad societatem promovendam, arg. l. item queritur 13. §. si gemma 5. l. si mercor 25. §. qui columnam 7. ff. locati. Quod & Ulpianum, tametsi verbis obscurioribus, velle puto in l. cum duobus 52. §. utrum 2. ff. b. t. cum tractans de eo, qui artem operamve pollicitus est, dum pecus in commune pascendum, aut agri politori (fundos excolere & polire solito) dati erant in commune quærendis fructibus, ait, nimirum ibi etiam culpa præstanda est, puta, omnis, tanquam quid singulare præter communes societatis regulas inductum; addita ratione, quia pretium operæ artis est velamentum, hoc est, ut ego existimo, quia artis velamentum, accedens operæ, est, seu augeat pretium operæ, adeoque, quia pretium operæ ex uno latere collatæ, dum altera ex parte fundus colendus aut pecora pascenda conferebantur, hoc ipso pluris fuit, & rerum collatarum utilitati magis respondens, quia non nuda opera, sed artis professione ac pollicitatione munita atque velata, considerabatur per eum, qui pecora pascenda agrumve in commune colendum dabat, quique non fuisset alteri rem suam in communem commissurus utilitatem, si nuda tantum opera qualis qualis fuisset ab eo præstanda, nullumque insignis ex artificio & peritia, operæ conjuncta, sperasset societatis seu latri augmentum. Atque ita nulla opus est hujus legis emendatione, quam plerique varie tentant, ut videri potest apud Gothofredum in not. ad l. 52. §.

2. ff. b. t. & Ant. Fabrum in rational. ad eandem legem.

13. Petitur insuper hac actione, ut socius indemnus pro rata servetur ratione damni, quod casu fortuito suis in rebus societatis occasione perperussus est, ut ante dictum, l. cum duobus 52. §. quidam 4. ff. b. t. eique refundantur impensæ, quas sociorum unus supra suam partem fecit, sive in rerum communium conservationem erogaverit; (quo casu etiam, si socius alter intra menses quatuor, ex quo ad restitutionem condemnatus est, non reddat, victori jure Romanum permisit rem totam, in quam impensum, pro impensis retinere ac suam facere, si id sibi expedit putet, l. cum duobus 52. §. idem respondit. 10. ff. b. t. l. si ut proponis 4. C. de edific. privat. quod tamen una cum aliis ponis legalibus, aliquem privantibus jure suo, desuetudinem abisse, monet Groenewegius ad l. 4. §. 4.) sive ultra suam partem societatis intuitu; solvere extraneo societatis creditori coactus fuerit, l. 1. §. ult. & l. seqq. ff. de exercit. act. arg. l. omnia ad 27. ff. b. t. una cum usuris, quas aut erogavit, nummos impendendos mutuos accipiens, aut ex propria pecunia depensa potuisset redigere, l. si unus 67. §. pen. ff. b. t. Considerandum enim (ut aliquantulum digrediamur) socium unum quandoque a societatis creditoribus ultra suam posse partem conveniri. Quod ut manifestius appareat, inspicendum erit, utrum omnes socii communiter & per se societatem pro indiviso exercent, an vero unj ex suo numero, vel etiam institutori extraneo, demandaverint totam societatis curam ac administrationem; an denique partitis per partes aut regiones operis pro diviso singuli susceperint societatis tractationem. Si per se omnes communiter & pro indiviso societatem exercent, adversus singulos non nisi pro rata parte, qua socii sunt, actio videtur danda; exemplo eorum, qui sine magistri opera navem per se exercuerunt, quos tantum pro portionibus exercitationis conveniendos esse, quia invicem sui magistri non videntur. Ulpianus tradidit, l. si tamen 4. pr. ff. de exercit. act. Sin plures socii unum de suo numero, vel extraneum quempiam, societati præferant, & ita elegerint in magistrum societatis, (de quo l. item magistrum 14. ff. de pæbitis, & Siginus de antiquo jure cio. Roman. lib. 2. c. 4. post med.) magis est, ut is, societatis nomine ac intuitu contrahens, non modo semetipsum in solidum obligatum reddat, juxta l. si unus 67. pr. ff. b. t. sed & reliquos socios, qui ipsum præferunt, in solidum singulos creditori societatis efficiat obnoxios; eo modo, quo & plures navem simul exercentes, si unum de numero suo, vel extraneum navi præposuerint, ex ejus contractibus navigationis intuitu initis in solidum tenentur, l. 1. §. ult. l. 2. l. si tamen 4. §. sed si plures 1. ff. de exercit. act. aut plures unius tabernæ domini ex institutoris conventionibus in solidum singuli possunt conveniri, l. habebat 13. §. ult. l. 14. ff. de Inst. act. Idemque est, si omnes quidem tractant societatis negotia, sed pro diviso, seu separatim, per partes aut regiones distributa administratione: cum enim tunc singuli in partibus, sibi per reliquos socios demandatis, sibi invicem magistri vel institores esse videantur, consequens est, ex unius, tanquam instititoris, contractu reliquos in solidum obligari. Quæ ratione, si plures vectigalium

socii partes vestigalium separatim administrent, alter ab altero minus idoneo in se transferri portionem jure desiderat, *l. locatio 9. §. socii 4. ff. de publicanis*, quod frustra fieret, si non ultra suam partem singuli vestigalium socii ex conductione devincti essent. Nec est, quod cum Ant. Matthæo *de quæstion. lib. 2. cap. 6. num. 5.* existimes, non idcirco, quod singuli in solidum obligentur, sed quod idoneus pro non idoneo conveniri possit, hanc desiderari partis translationem, dum pro partibus quidem obligantur singuli, si uterque socius idoneus sit, sed si alter inidoneus sit, idoneus oneratur. Quamvis enim verum sit, tunc cum delictum perpetratum, cum plus justo per publicanos exactum est, cum multi fraudem fisco fecerunt, singulos quidem pro parte tantum teneri, sed unius inopia gravari ceteros, *l. si multi 6. ff. de publicanis l. auferitur 46. §. ult. ff. de jure fisci*, non tamen ab obligatione ex delicto ad eam, quæ ex conventionione descendit, argumentatio recte fit, nam & ex delicto magistri exercitores singuli pro ea tantum parte, qua navem exercent, devincti sunt, *l. ult. §. si plures 5. ff. navia cap. nabal. ut recept. restit.* quos tamen ex contractu magistri singulos in solidum obligari certum est, *d. l. 1. §. ult. ff. de exercit. act.* Ex usu interim hodierno inter mercatores dicendum forte, etiam tunc, cum plures socii unum ex suo numero vel extraneum velut institorem societati præferunt, singulos pro rata tantum parte ex ejus contractu teneri; ad similitudinem exercitorum, in quibus a jure Romano, eos in solidum singulos obligante, hæcenus recessum est, ut monui *t. de exercit. act. n. 5. & t. de institor. act. n. 2.*

14. Porro (ut & hoc addam) præter primam hanc differentiam inter eos, qui per se communiter ac pro indiviso, quique ex adverso per unum ex suo numero, aut per institorem extraneum, vel partita inter se societatis administratione, sibi invicem institores sunt, insuper & altera est: puta, quod si plures societatem pro indiviso simul exercuerint, jure societatis per socium ære alieno socius non obligetur, nisi in communem arcam pecuniæ versæ sint, cum neque socium alterum fecerit institorem, neque cum eo contrahi jussit, ac proinde non ultra ex facto ejus obligetur, quam quatenus inde ad ipsum pervenit, idque secundum jus commune, quo nemo sine sua voluntate ex alieno contractu obligatur, nisi locupletior inde factus sit, arg. *l. quod si verops 3. §. sed si sic 9. ff. de in rem verso*, ac de hoc casu plurimum simul & pro indiviso negotia societatis curantium puto intelligendum esse Papinianum in *l. jure societatis 82. ff. b. t.* cum ex adverso reliquis in casibus, quibus vel unus sociorum, vel extraneus, vel socii sibi invicem partitis societatis curis & gestione institores sunt, parum referat ad socios singulos in solidum obligandos, utrum pecunia aut res aliz societati creditum sociis reliquis communicata, ac ita in arcam communem versæ fuerint, nec ne; sed sufficiat, societatis intuitu pecuniam bona fide creditam fuisse, cum societas tali credito indigeret, si jus Romanum spectet; (ex usu autem hodierno forte, etiam si non ita evidenter ea crediti necessitas appareret, si modo bona fides credentis adsit) arg. *l. 1. §. unde quaris 9. ff. de exercit. act.* Confer *t. de mercis. act. n. 6.*

15. Sed & tertio illud interest, quod, si plures socii communiter & pro indiviso transaverint negotia societatis, unus pro sua conventus parte ab extraneo societatis creditore, non possit suam societatis partem cedendo ac proderelicto habendo ab illa liberari actione; eo quod jam non ex alieno sed proprio contractu quem communiter cum aliis sociis inivit, ad solvendum interpellatur, ac æquum est, præstari in universum eam debiti partem, in quam quis ex propria capiti conventionione cum extraneo societatis creditore celebrata teneri. Contra vero, si sociorum unus conveniatur ex contractu non suo, sed institoris societati præpositi, vel alterius socii, qui velut institor, secundum superius proposita, nomine societatis contraxerat, ex moribus hodiernis ita jus est, ut liberari possit suam societatis partem derelinquendo; idque propter rationes easdem, ob quas usu obtinuit, exercitores liberari ab obligatione ex magistri contractu nata, si partes suas, quas in navi habent, derelinquere parati sint. Jacobus Coren observ. 40. n. 17. 18. 19. Christinaus vol. 1. decis. 165. num. 10. 11. 12. 13. Junge *t. de exercit. act. n. 5.* Plane socium illum, qui nomine societatis ipse cum societatis creditore contraxit, liberari derelinquendo suam societatis portionem, cum ex proprio contractu conveniatur, iniquum foret, Christinaus *d. vol. 1. decis. 155. n. 7. & seqq.* Sed &, si sociorum unus non societatis sed proprio nomine contraxerit, socios reliquos ne ab initio quidem in solidum, aut ulla ex parte, obligatos reddit, arg. *l. si unus 97. §. si unus 1. ff. b. t. Ant. Faber C. lib. 4. t. 27. defin. 1. Neostadius Curia sup. decis. 6. Carpovius defin. forens. part. 2. consr. 17. defin. 12. In pr. De hac questione, an & quo usque socium extraneo obligare possit, vide varie sentientes Heff. Felicium de societate cap. 30. Christianum vol. 3. decis. 52. n. 2. 3. 4. Vinc. Carocium decis. 118. Andr. Gayl. lib. 2. observ. 24. n. 8. 9. Ant. Matthæum de auction. lib. 2. cap. 8. n. 5. Carpovium defin. for. part. 2. consr. 17. defin. 12. Brunnemannum, ad *l. 82. ff. b. t. Responsa Jurise. Holl. part. 1. consil. 283.* ibique plures cit.*

16. Uti autem repetit socius hac actione quod supra suam erogarat partem, ita, si quid supra partem suam ex rebus societatis vel ejus occasione consecutus sit, hac actione restituere compellitur. Idemque est, si forte debitor societatis uni sociorum debitum solverit in solidum. Quamvis enim socii singuli ex contractu societatis nomine inito in solidum agere nequeant, sed tantum pro sua parte, adversus eos, qui quid societati debent, nisi sint correi credendi, *l. cum se in Gallia 9. C. si cor. pot. vel inter argentarios societas sit, l. si unus 27. pr. ff. de pactis*, vel is agat, qui solus contraxit & ita actionem sibi quesivit, ceteris deinde communicandam, arg. *l. 1. 2. 3. ff. b. t. d. l. 9. Cod. si cor. petatur*, Heff. Felic. de societate d. cap. 30. num. 39. & seqq. Quamvis etiam toties, quoties unus socius in solidum agere nequit, debitor quoque non satis tuto uni socio solidum præstet, Zoërius ad Pand. b. t. num. 47. tamen si solidum societatis intuitu sociorum unus sibi oblatum acceptaverit, eum id reliquis sociis communicare velut societatis pecuniam, aut certe societatis occasione quesitam, æquum est; quod longe magis convenit eorum opinioni, qui de-

bitorem societatis unisolidum solventem liberari arbitrantur, inter quos est Hæst. Felic. *de societate d. c. 30. num. ult.* Pyrrhus Maurus *de solution. c. 5. num. 2.*

17. Illud non satis expeditum est, an & quando socius ob id, quod pecuniam societatis intuitu possedam, ac sociis reliquis restituendam aut communicandam, penes se retinuit, aut suos in usus convertit, ad usuras teneatur? Distinctione opus esse existimo: aut enim pecuniam ipsius societatis per socios collatam, aut lucrum jam communicatum non restituit, aut penes se retinuit vel suos in usus erogavit lucra, quæ per eum societatis quidem intuitu acquisita, sociis tamen reliquis necdum communicata fuerant. Si societatis ipsius communem pecuniam, ad usuras omnino obligatus est, sive de ea restituenda interpellatus moram fecerit, sive sine mora ex persona, seu necdum a sociis ceteris interpellatus, in suos usus proprios eam converterit: quippe quod exigit natura iudiciorum bonæ fidei, in quibus usuras ex mora deberi certum est, *l. mora fieri 32. §. in bona 2. ff. de usuris*, & aperte respondit Papinianus in *l. 2. §. 1. ff. de usuris*, in qua dum usuras dicuntur omnimodo, etiam mora non interveniente præstanda, id accipiendum de mora ex persona, quæ per interpellationem induci solet: nam quin potius communem invadens pecuniam, aut suos convertens in usus, re ipsa moram faciat, dubitari nequit, in quantum fur & prædo semper moram facere intelliguntur, *l. in re furiva 8. §. 1. ff. condic. furs. l. merito 19. in fine ff. de vi & vi armata*. Neque ratio ulla apparet, cur non idem quod in mandato, negotiorum gestione, ac pignoris distracti pretio placuit, in societate quoque servaretur; in quibus gestorem, procuratorem, creditorem ad usuras teneri, si pecunias domini, aut pignorum venditorum pretia, in suos usus converterit, vel in his reddendis moram fecerit, docet *l. qui sine usuris 38. ff. de negot. gestis, l. idemque 10. §. si procurator 3. ff. mandati, l. quamvis 6. §. 1. l. 7. ff. de pignor. act.* Nec hisce addatur *l. si unus 67. §. si unus 1. ff. b. t.* secundum quam, si socius particularis pecuniam communem foveraverit suo nomine, adeoque suos in usus converterit, usuras inter socios non partitur, sed sibi retinet. Et enim, licet usuras, quas ita exegit, sibi servet, non tamen id impedit, quo minus ipse sociis reliquis usuras ex societatis natura præstet, sive majores, quam ipse consecutus est, sive minores, prout mos regionis induxerit in graves aut leviores usuras mora dampnari, quod & post Accursium notat Ant. Faber in *rationes ad d. l. 67. §. 1. ff. b. t.* Neque in jure nostro similes de usuris definitiones desunt. Nam &, si procurator nummos domini, quos domini mandato ac nomine credere tertio debuerat, suo nomine ac periculo crediderit, atque ita usuras consecutus sit, ab Ulpiano (qui Paulo auctori *d. l. 67. cozanæus*) responsum fuit ex Labeonis sententia, cessare in *usu actionem mandati, l. idemque 10. §. si mandatoro & ff. mandati*. Cessat scilicet mandati actio quantum ad usuras illas, quas procurator exegerat, cum suo nomine atque periculo pecunias domini feneratori dedisset, quia, cum fortis periculum sustinuerit, oportebat eum sortis istius usuras retinere, ex Pauli ratiocinio in *d. l. 67. §. 1. ff. pro socio*. At non

ideo ab omni usurarum præstatione procuratorem suo nomine nummos domini credentem immunem esse, sed ad usuras ex mora regionis conveniri posse, idem Ulpianus in eadem *l. 10. §. si procurator 3. fere in fine*, aperte definit, dum ait, *quod si non exegit pecuniam* (nempe nomine & periculo domini, ut mox explicabitur) *sed in suos usus converterit, in usuras convenitur, quæ legitimo modo in regionibus frequentantur*. Convertit autem procul dubio nummos dominicos procurator in suos usus quando eos suo nomine atque periculo feneratori dat, atque ita suum gerit negotium, sibi quæ nomen acquirit. Sed nec absimilis plane facti species est, quam idem Ulpianus proponit in *l. si remunerandi 6. §. apud Julianum 6. ff. mandati*, ubi cum procurator ex domini voluntate nummos domini suo periculo in fenerator posuisset, ea tamen lege, ut nomine istius pecuniar certas ipse usuras domino penderet, responsum fuit, procuratorem ipsum lucraturum, si plaris potuerit feneratorare. Fatendum quidem, pectum domini de usuris certis sibi per procuratorem præstandis fuisse interpositum: sed & in jure evidens est, ac constitutum ut in bonæ fidei iudiciis, quod ad usuras attinet, tantum possit officium arbitri, quantum stipulatio, *l. Lucius Titius 24. post mod. ff. de positiis*, ut proinde nulla inde diversitatis ratio peti possit. Denique etiam in tutore, cui pater permiserat pecunias pupillares in suos usus convertere, si modo unciarum usuram pupilli rationibus inferret, Scævola respondit, defungi posse tutorem præstando id, quod testator voluisset, nec cogendum, ut usuras, quas suo nomine credens stipulatus fuerat, utrumque majores, pupillo restituat, *l. Titum & Marium 47. §. præfatus 4. ff. de admin. & peric. tut.* Restat tamen ratione responsionis ad *l. 67. §. 1. ff. pro socio*, difficultas in eo, quod Ulpianus scripsit, procuratorem meum, *si pecuniam meam feneratori dederit, usuras consecutus sit, debere præstare quantumcumque emolumentum tenuit, sive ei mandavi sine non*, quia bonæ fidei hoc congruit ne de alieno lucrum sentiat, *d. l. idemque 10. §. si procurator 3. ff. mandati*. Sed animadvertendum, procuratorem ibi nummos dominicos non suo; sed domini nomine feneratorasse, quo casu æquum erat, ne & emolumentum feneratoris quantumcumque domino cederet, sive is mandasset feneratori nummos, sive non. Nam si mandasset, certo certius periculum nominis ad eum pertinebat; cui consentaneum erat, ei quoque usuras quæcumque nominis istius acquiri. Rursus, si mandatum deesset, tamen & tunc periculum nominis ad dominum spectabat, adeoque & usure, cum negotiorum gestor non teneatur, si sine mandato pecuniam domini bene collocaverit, & casu fortuito, sine culpa gestor, is, cui credita, solvendo esse desinat, *l. si inter contracta 37. §. 1. ff. de negot. gestis (vide tit. de reb. creditis num. 7.)*. Quod autem procurator in *d. l. 10. §. 3.* domini nomine seu in domini utilitatem nummos foveraverit, id inde patet quod in verbis demum frequentibus *dicta legis 10. §. 3.* Ulpianus incipit tractare de eo, qui pecuniam domini in suos usus convertit, (qualis secundum ante dicta & ille est, qui eam suo nomine foveravit) de quo etiam ait, ipsam teneri ad usuras, *quæ legitimo modo in regionibus frequentantur*, ut jam supra exposuimus. Hæc tamen de socio, qui in pecunia communi societatis restituenda moram fecit, aut eam in suos com-

vertit usus. Ex adverso, si socius non ipsis rebus societatis communibus, sed eo, quod ex societate lucrificet, reddendo moram adhibuerit, vel ante interpellationem a sociis factam in suos usus converterit, ad usuras non tenetur, sed demum, si utrumque concurrat, id est, & in reddendo moram fecerit, & in suos simul usus converterit: quo tamen ipso casu ad usuras, non quasi usuras, sed quod socii intersit moram non fuisse factam, teperi socium moratorem, Pomponius ex Labeonis sententia scribit, *l. socium qui 60. ff. b. tit.* ait enim: *socium, qui in eo, quod ex societate lucrificaret, NB. reddendo moram adhibuit, cum ea pecunia ipse usus sit, usuras quoque prestare debere*: adeoque ad id, ut usurarium obligatio nascatur, hac duo iunctim exigit, ut in reddendo moram adhibuerit, & ea pecunia ipse usus sit: quorum si unum desit, socium ad usuras in illa facti specie non teneri, non modo per argumentum ex verbis illis a contrario elici potest, sed & apertissime in verbis sequentibus per oppositionem declaratum est, dum mox subiungitur; *sed si aut usus ea pecunia non fecerit, contra esse*: perinde ac si diceret, si alterutrum ex superioribus deficiat, adeoque socius aut usus ea pecunia non sit (licet forte moram fecisset) aut moram non fecerit, (licet forte pecunia illa usus esset) *contra esse*, seu socium talem tunc ad usuras non teneri. Rigidius scilicet agendum videbatur cum socio, qui pecuniam societatis non ex asse suam, sed communem, & ita pro parte alienam, in suos usus converterat, aut in ea reddenda moram fecerat, quam si circa suam propriam pecuniam, tametsi alteri debitam, tale quid commisisset; quod posterius est in casu *d. l. 60. ff. b. t.* ubi socius lucrificerat ex societate, & ita sibi soli acquisiverat, non sociis reliquis, quibus tamen iure societatis id tenebatur communicare, & ita commune efficere, juxta *l. si quis societatem 74. ff. b. t.* Nec turbare debet, quod emtor, quamvis pretii debiti ex asse domus, in usuras tamen teneatur venditori, si modo moram fecerit, licet in usus suos non erogaverit, sed otiosum forte penes se retinuerit, *l. curabit 5. Cod. de act. emt.*, *l. Julianus 13. §. veniunt, 20. ff. de act. emt.* Quod enim illic ita placuerit, ejus hanc ratio est, quod emtorem omnes emta rei fructus omnisque utilitas statim ab emtione perfecta sequitur, quia venditor emtori statim ad rem tradendam obligatus est; ut proinde æquum fuerit, usuras vicissim per eum prestari, ne aliquin idem & fructus rei & pretii utilitatem sentiat, *d. l. 13. §. 20. 21. d. l. 5.* cum ex adverso socius, qui lucrificet, non ita certo reliquos socios sibi vicissim devinctos habeat in vicem eorum, quæ iis ipse debet: unde & difficilior onere usurarum, vel ejus quod interest, gravandus fuit. Confer Ant. Fabrum in *rationes. ad d. l. 60. ff. b. t.* Atque hinc etiam post mortem socii nulla salis estimatio ex facto heredi facienda est, quia morte socii dirimitur societas, ut habent verba *d. l. 60. in fine principii ff. b. t.* hoc est, heres socii ne quidem ad usuras velut interesse damnandus est ex proprio facto, seu ex eo, quod post mortem socii, dum ex antegesto pendentia ad finem perducit, aliquid lucratum est, & lucrum illud non communicavit, sed moram fecit, simulque suos in usus convertit; quia morte socii extincta est societas, nec heres socii socius est. Ea licet verum sit, heredem socii ex bono & æquo obstructum esse ad communicanda lucra illa,

quæ ex antegesto pendentia suo facto percipit, quia vicissim emolumenti quoque per reliquos quæsitus successor est; tamen hoc totum non ex jure societatis fuit, quippe quæ morte extincta fuit, sed tantum ex bono & æquo fit. Secus quam obtineret, si socius ipse adhuc vivus in lucris communicandis moram fecisset, & simul ea in suos usus convertisset, atque ita cepisset ad usuras, quasi ad interesse, devinctus esse, tunc enim obligatio ex facto defuncti nata, etiam adversus heredem socii continuanda esset, utpote ex jure societatis adhuc durantis initium habens. Quod autem in *d. l. 60.* usura non quasi usura, sed tantum id quod interest, dicuntur præstandæ, ejus hanc puto rationem esse, quod usura proprie debeantur, ubi principaliter res fungibiles debitz sunt; at in casu *d. l. 60.* socius ad factum magis, quam ad rem devinctus fuit, ad lucrum illud, quod perceperat, in arcam quasi communem inferendum, & sociis reliquis communicandum, dum illud ipso jure commune non sit, *d. l. si quis societatem 74. ff. b. t.* Hæc de legis perdifficilis sensu ac ratione dixisse suffecerit, aliam ab usuris demum a tempore Labeonis in bonâ fidelis iudicii ex officio iudicis ceptis deberi petitam rationem eruditam communicavit Clariss. Collega D. Nodt, quæ propediem typis vulganda, plenius ab eo adstructa videri poterit; neque enim inventa aliena pro meis orbi literato propinare, animus aut consuetudo fert.

18. Denique & ad id hæc actio pro socio competit, ut socius patiat, socium alterum uti re communi ad eos fines, ad quos illa ab initio comparata fuit sociorum voluntate, *l. cum duobus 62. §. item Mela 13. ff. b. t.* ac vice versa ab iis absteineat circa rem communem agendis, quæ nova sunt ac primæ repugnant sociorum destinationi, arg. *l. si fundus 39. ff. b. t. l. Sabinus 28. ff. communi divid.* adde *d. l. communi divid. numer. 7.* etiamsi forte id tunc uni ex sociis minus expediret; eo quod semper in societate non id, quod privatim interest unius ex sociis, sed quod societatis expedit, servari solet, *l. actione 65. §. Labeo autem 5. ff. b. t.* Et generaliter, ut sociorum quisque præstet ea, quæ nominatim in se recepit: quo pertinet *l. cum societas 69. ff. b. t.* cuius hæc species facti videtur: quod inter plures nundinarum tempore contracta societate convenerit, ut unus eorum reliquis simul operam impensuris epulas præberet suis sumtibus; qui cum legi seu conditioni isti de epulis suo sumtu præstandis non pareret, quaritur, quæ ob id actio competat; ac respondetur, actionem pro socio dandam, scilicet sociis reliquis, ut ab epularum solutione ipsi immunes habeantur ab eo, qui epularum præstationem suo sumtu se præbiturum promiserat: dandam & ex vendito actionem, nempe epularum venditori, qui epulas ex istius socii voluntate secundum conventionem societati appositam paraverat, & ita socii istius fidem secutus erat. Quam explanationem a verbis aut mente Jurisconsulti longius recedere, tunc credam, cum id non affirmari simpliciter, sed probari videro; ait enim Ulpianus, *cum societas ad emendum coiretur, & conveniret, ut unus reliquis nundinas, id est epulas præstaret, eoque a negotio dimiseret, si eas eis non solverit, & pro socio, & ex vendito cum eo agendum est.* Nundinas pro epulis nundinalibus dici, ipse Jurisconsultus monet, ut id probatione ulteriore non indigeat. Convenerat

vero, ut ille unus epulas præstaret, *eosque a negotio dimitteret*, puta, ab illo negotio epularum, adeoque efficeret, ut reliqui liberi & immunes essent ab obligatione solvendi pro rata istas epulas, quam communiter assumpturi essent: ita enim *dimittere*, est etiam alium ab obligatione dimittere & liberare, eoque sensu ambitiosa dicuntur ac rescindenda decurionum decreta, quibus largiti sunt, aut *aliquem debitorem dimiserunt*, secundum eundem Ulpianum in *l. ambitiosa* 4. ff. de decretis ab ordin. fac. Cum ergo socius ille unus reliquos ab illo epularum negotio non dimisisset immunes, adeoque epulas quidem præstitisset, sed *eas eis non solvisset* secundum pactiorem, qua solus onus illud epularum solvendarum subire obstrictus erat, recte a Jurisconsulto generaliter definitum est, & *pro socio & ex vendito cum eo agendum esse*, non per eundem, sed diversos, per socios quidem *actione pro socio*, per venditorem epularum *actione ex vendito*, ut jam dictum est. Alii aliter. Confer Ant. Dadinum Alteserram ad *d. l. 69. post tract. de feliionibus Juris*, Cujacium *lib. 4. observat. 17. Ant. Fabrum conjest. lib. 5. cap. 4. Wissenbachium ad Pand. vol. 1. disput. 33.*

19. Salarium seu honorarium quod attinet, licet rarior ejus in societate, quam quidem in mandato, usus sit, dum partes lucri singulis obvenientes sufficiens operæ pretium sunt; nihil tamen impedit, quo minus uni socio, negotia societatis forte potissimum aut unice tractanti ac promoventi, cum ad illam operam supra ceteros præstandam ex conventionione non teneretur, vel ab initio salarium aliquod assignetur, aliis ob viri boni arbitratum adjudicetur, idque ex vel postea potius magistratus cognitione, quam ordinaria pro socio actione intentata, argumento eorum quæ de salario in mandato interveniente dicta sunt. Quod & moribus hodiernis conveniens esse, patet extraordinaria responso Jurisconsultor. & mercatorum inter Resp. Jurisc. Holl. *part. 5. consil. 252.*

20. Sciendum autem, singularia quædam in hac actione pro socio recepta esse: etenim primo quidem socius, hoc condemnatus judicio, competentis beneficio munitus est: non modo in universali sed & in particulari societate, secundum Ulpianum in *l. verum est* 63. *pr. ff. b. i. Qui non videtur sibi contrarius, cum in l. sunt qui 16. ff. de re judic. inter eos, qui in id quod facere possunt conveniuntur*, enumerans & *socios*, subjungit, *socium autem omnium bonorum accipiendum est*. Nam ut sileam, non deesse qui totam istam periodum non Ulpiani, sed imperiti interpretis esse putant, propter Latinitatis corruptionem, dum scribendum fuisset, *socius accipiendus est*, Ant. Faber in *rational. ad d. l. 63. ff. b. i.* dici etiam potest, dissensum fuisse de particulari socio inter Sabium aliosque, Ulpianum autem in *d. l. 16.* tantum brevem recensentem catalogum eorum, quibus competentis beneficium indultum erat, proposuisse societatem universalem, de qua nullum dubium erat; de particulari vero in *d. l. 63.* post discussionem plenior probasse Sabini sententiam; unde propterea supplendum, quod *d. l. 16.* deest. Caret tamen hoc beneficium, si se socium esse per mendacium negaverit, *l. si unus 67. §. ult. ff. b. i. vel dolo fecerit*, quo minus solidum præstare possit, sua erogando, non item, occasionem acquirendi omitendo, *l. verum est* 63. §. hoc quoque 7. *l. nemo 68. §. illud quæritur 1.*

*ff. b. i. nec competit heredibus socii aut fidejussoribus*, aut patri vel domino, in cujus patria vel dominica potestate socius est, si hi consenserint in societatem, *d. l. verum est* 63. §. 1. 2. *ff. b. i. l. exceptiones, qua 7. ff. de exception.* imo jure hodierno sociis omnibus, in universum hoc beneficium denegari, vult Groenewegen ad §. 38. *Inst. de action.* alique ibidem allegati: licet pro hoc beneficio adhuc a pluribus Hollandiæ Jurisconsultis responsum sit, Resp. Jurisc. Holl. *part. 3. vol. 2. consil. 70.*

21. Illud quoque singulare est, quod, si pluribus ex sociis unus egerit contra socium ex societate obligatum, & damni reparationem pro sua parte in totum obtinuerit, deinde reliqui, pro sua quoque parte agentes, solidum consequi ob socii conventi inopiam non possint, is, qui solidum acquisivit, pro rata reliquis communicare teneatur, quod vigilando sibi servaverat; quas iniquum sit, ex eadem societate alium plus, alium minus consequi, *l. verum est* 63. §. cum tres 5. *ff. b. i. contra communem regulam*, qua jura vigilantibus dicuntur scripta, meliorque occupantis conditio inter eos, quibus eadem ex causa debetur, *l. pen. infans qua in fraud. cred. facta sum, ut rest. l. inter eos 19. pr. ff. de re judic.* Sed & vice versa, si sociorum unus quid supra suam partem impenderit, & quidam ex reliquis sociis solvendo non sint; idoneos reliquos gravabit id, quod ab aliis ob inopiam eorum servari non potest: quia, cum societas contrahitur, tam lucri quam damni communio initur; in damno autem societatis intuitu superveniente & illud est, quod depensum non possit a quibusdam pro rata servari, *l. si unus 67. pr. b. i.*

22. Denique & illud, si non singulare, saltem observatu dignum est, si unus ex sociis foro cesserit, cum jam ultra suam partem, quæ ei jure societatis competeat, quacunque ratione consecutus esset, in reliquis rebus hac creditis societatis potiorum fore causam sociorum reliquorum, quam creditorum aliorum istius socii foro cedentis. Cum enim unusquisque non ultra socius sit, aut jus in rebus societatis habeat, nec amplius quicquam jure societatis percipere possit, quam quatenus in societatem contulit, collatumque reliquit, seu necdum recepit; neque reliqui socii pati teneantur, ut is, qui jam multa ex societate percepta sibi retinuit, quicquam ulterius sibi deducat, nisi postquam & ipsi tantundem ex rebus aut creditis societatis pro rata perceperint; consequens est, tunc, cum foro cedens plus quam suam partem consecutus est, nullam amplius ei partem ex rebus aut creditis societatis deberi, sed quicquid in societate reliquum invenitur, reliquorum sociorum proprium esse, ac inter eos solos oportere pro rata dividi portione. Quod autem socius ipse foro cedens percipere non potuit, id nec creditores ejus bona ipsius possidentes exigere aut sibi arrogare possunt, rationis est: quippe jus omne suum metientes ex capite socii foro cedentis, eumque representantes. Hæc Felicius de societate c. 31. n. 24. 25. Responsa Jurisc. Holl. *part. 4. consil. 6.* ibique plures comprobationes.

23. Finitur societas morte unius socii, non tantum respectu mortui ipsius, sed & inter reliquos socios superstites, eo quod fieri non raro solet, ut uno perente utilis esse desinat, vel saltem longe minus proficiat reliquorum industria aut rerum collatio, *arg. §. illud non 10. Inst. de leg. Aquil. l. adeo morte 59.*





adscitus non sit) *omne emolumentum societatis ad eum pertinet, simili modo & damnum agnoscit, quod contingit, sive adhuc vivo socio vestigialiter, sive postea* (id est, cujus causa sive vivo sive mortuo socio existit) *quod non similiter in voluntaria societate observatur; quæ voluntaria societas est privata societas, cum opponatur vestigialium societati, quæ non ita voluntaria est, quippe continuanda præcise in tempus illud, ad quod usque vestigialium conductio facta fuit, nec resolvenda sociorum arbitrio ac voluntate, uti quidem societas privata. Estque ratio singularitatis in vestigialium societate in eo, ut opinor, posita, quod in omnem eventum heres socii publicani succedat in conductionem vestigialium ad heredes transitoriam, & suam possit exercere partem in vestigialium exactione, adeoque, licet non socius, attamen particeps sit lucri & damni ex ea conductione provenientis. Quia vero heres socii in societate privata in lucra & damna, quæ ex ante gesto pendent succedit, hinc etiam est, quod ea, quæ per defunctum inchoata sunt, per heredem explicari debeant, in quibus & dolo per eum præstandus est, & culpa levis, l. heres socii 40. junct. l. actione 65. §. morte 9. ff. b. r. seu culpa talis, qualem & defunctus socius præstare debuit, l. & acti 36. junct. l. 35. ff. b. r. Nec huic obest, quod heres tutoris in perficiendis illis, quæ in tutorem inchoata erant, non nisi ex dolo inveniat obligatus, l. 1. ff. de fidejussor. & nominat. & hered. tut. Et enim diversitatis illa ratio est, quod socii heres ex implemento inchoatorum a defuncto lucrum quoque sperat, ut proinde æquum sit ex generali juris regula eum de levi culpa teneri, tanquam in negotio in quo utriusque utilitas vertitur: heres vero tutoris neque tutor est, neque ex perficiendis emolumentum sentit, ut proinde nec muneris intuitu nec lucri sperati contemplatione ex culpa levi videretur condemnandus. Quod si, integris omnibus unus ex sociis ignorans mortem socii negotia communia bona fide gesserit, lucrum & damnum ex bona fide gestis commune erit: non item, si sciverit, l. actione 66. §. item si alius 10. ff. b. r.*

24. Quamvis autem socius ita se nequeat societati subducere, ut alium suo loco substituat, saturnum deinceps socium, & a reliquis volentibus, nolentibus, admittendum; quia socios sua nequit efficere voluntate, ut is mihi socius sit, quem ego socium esse noli, cum societas consensu contrahatur, l. qui admittitur, 19. ff. b. r. usque adeo ut ex eadem ratione ne pater quidem adrogator per adrogationem, modum acquirendi domini universalem, socius fiat, & in filii adrogati societatem subintrat, d. l. actione 65. §. societas 11. ff. b. r. renunciatione tamen per unum facta, licet invitis ceteris, societatem dissolvit placuit, l. societatem 4. §. 1. ff. b. r. §. manet autem 4. Inst. b. r. sive expresse, sive rebus ipsis & factis renunciatur, veluti separatim negotiando, actionem pro socio intentando ea mente, ut a societate discedatur, ut supra dictum, l. verum est 63. §. ult. l. 64. l. 65. ff. b. r. Si modo renunctio neque fraudulentè neque intempestive facta sit. Nam si callide quis in hoc renunciaverit societati, obveniens aliquod lucrum solus habeat, veluti si totorum bonorum socius, cum ab aliquo heres esset relictus, in hoc renunciaverit societati, ut hereditatem solus lucrifecerit, cogitur hoc lucrum

communicare, si ea lucrosa sit, sin damnosæ, damnum ad solum eum pertinet, qui renunciavit. Si quid vero aliud lucrifaciat, quod non captaverit, ad ipsum solum pertinet. Et vero, cui renunciatum est, quicquid omnino post renunctiam societatem acquiritur, soli conceditur, §. manet. 4. Inst. b. r. l. actione 65. §. diximus 3. ff. b. r. Simili modo, si societatem invenerimus ad aliquam rem emendam, deinde renunctaveris societati, ut solus tibi emereres, teneberis nihili quanti mea interest: quod non obtineret, si ideo renunctaveris, quia tibi displicebat emptio; eo quod hic nulla fraus est, d. l. actione 65. §. item si societate 4. ff. b. r. Grotius manu dicit ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 21. n. 41. Quod si ad certum tempus societas coita sit, eam ante tempus renunctando socium a se, non se a socio liberat, ideoque si quid compendii postea factum fuerit ab altero socio, ejus partem renunciatus haud fert; at si dispendium, æque præstabit portionem; nisi renunctio ex necessitate quadam, veluti imminente diuturniore absentia reipublicæ gratia, aut alia justa ex causa facta fuerit; neque enim tenebitur pro socio, qui ideo renunciavit, quia conditio quadam, qua societas erat coita, ei non præstatur; aut quia socius adeo rixosus, injuriosus, ac damnosus est, ut non expediat eum pati; vel quia ea re frui non licet, propter quam negotiatio suscepta est, d. l. actione 65. §. item qui 6. junct. l. si convenerit 14. & seqq. ff. b. r. aut quia socius ad egestatem delabatur, l. societatem coire 4. §. 1. ff. b. r. arg. l. ubi adhuc 29. C. de jure dotium. Hector l'elicius de societate cap. 34. n. 26. Dummodo sciamus, non videri societatem ad certum tempus initam fuisse, si id tantum convenerit, ne intra certum tempus communis res dividatur, d. l. 14. ff. b. r. Ceterum societatibus ad certum tempus initis accendenda quoque vestigialium societas, cum ipsa vestigialium conductio certo temporis spatium circumscripta sit; cui consequens est, ut intempestiva dicatur hujus societatis publicæ vestigialium renunctio, quamdiu ipsum conditionis tempus elapsum non est, Ant. Matthæus de auction. lib. 2. cap. 8. n. 8.

25. Modum renunciandi quod attinet, non ipse tantum socius, sed & curator ejus renunciare potest, si socius ipse furere cõperit, l. ult. C. b. r. uti & procurator socii, sive ad id speciale mandatum habeat, sive generale cum libera, quoties ei dominus non specialiter prohibuit renunciare, d. l. actione 65. §. renunciare 7. ff. b. r. Nec tantum socio, sed etiam procuratori ejus recte renunciatur; si modo socius istam renunciationem suo procuratori velit ratam habere, quod totum ab ipsius arbitrio pendet, ac in potestate ejus est, d. l. 65. §. item scriptum 8. ff. b. r. Nec præsentem tantum, verum & absentem per epistolam aut nuncium renunciari potest, ut ita unumquodque eo dissolvatur modo, quo colligatum est. Si tamen absentem renunciata societas sit, placuit, quoad is sciverit, cui renunciatum est, in commune redigi quod is acquisivit, qui renunciavit; detrimentum autem solius ejus esse, qui renunciavit. Sed quod ab aliis acquisivit, ad eum solum pertinere; detrimentum ab eo factum commune esse, l. sed & socius 17. §. 1. ff. b. r. An autem renunctio privatum facta sufficiat, an vero publice denunciandum sit, non æque expeditum est. Sociorum quidem ipsorum intuitu privata sufficere videri potest ad id, ut in poste-

rum sua quisque lucra ac damna ferat. Diversum forte dixeris, si de iis, qui cum socio nomine societatis contraxerunt, & ita socios reliquos ex conventionione unius vel in solidum vel pro parte solent sibi obligatos habere, quæstio sit; quippe qui vel proscriptione vel saltem denunciatione certiorandi videntur, finem societati factum esse, ne ignorantes decipiantur, contrahentes cum uno ex sociis nomine societatis, atque ita sequentes fidem societatis, quæ iam dissoluta est, arg. *l. sed si pupillus 11. §. 2. & seqq. ff. de institor. act.* Justam sane ignorantiam eorum, qui non muniti cum quondam socio post dissolutam societatem contraxerunt, ac crediderunt consueto more in usum societatis, ipsis damnosam esse, æquum non est, arg. *§. item si 10. Inst. de mandato, l. actione 65. §. item si alicujus 10. ff. b. t. l. cuicumque 5. §. idem Labeo 9. ff. de Inst. act.* qui si ex adverso eam scivissent dissolutam, de se queri & sibi imputare deberent, licet non solemniter admoniti essent; cum certiorari non debuerit, qui non ignoravit, arg. *l. 1. in fine ff. de act. emti.* Confer Gomezium *variæ. resolut. tom. 2. cap. 5. num. 6. fere in pr. Joh. Papon lib. 15. t. 2. in append. arrest. 7. Treutlerum vol. 1. dirp. 27. thes. 11.*

26. Finito quoque negotio societatem dissolvi uti & publicatione bonorum ac cessione, constat ex *§. item si alicujus 6. 7. 8. Inst. b. t. si modo bonis cedens, ant publicationem bonorum patiens, rem contulerit, non vero si opera; quippe quæ non minus post, quam ante cessionem aut publicationem, præstari possunt: ut proinde eo casu non deficiat materia societatis, atque ita etiam cesset ratio, cur finiretur. Quamvis negari non possit, quin velut ob supervenientem egestatem, secundum ante dicta, socius alter renunciare societati possit, ubi credit, eam sibi non expedire. Quemadmodum vice versa etiam societas, publicatione vel cessione perempta, redintegrari potest nova voluntate, ut forte operas conferat, qui ante publicationem fecerat rerum collationem, d. *§. 8. Inst. b. t. Quod si servus post coitam societa-**

tem alienatus, in eâ perseveraverit, nova societas cum novo domino contracta intelligitur, *l. si id, quod 53. §. ult. ff. b. t. aliter quam in eo servatur, qui ex patrefamilias fit filiusfamilias aut vice versa; utpote quia capitis diminutione non perimitur societatis jus, d. l. si id quod 53. §. si filiusfamilias 2. l. actione 65. §. societas 11. ff. b. t.*

27. Finita societate, res sociorum communes pro rata, qua collata, redeunt ad socios, seu, quisque quod contulit, pro rata deducit: excepta universali totorum bonorum societate, in qua virile singulis partes cedunt, si non aliud actum sit. Quod si unus operam, alter pecuniam contulerit, servandum quod convenit; si nihil convenierit, rem conferens eadem prius deducit, si opera collata tam levis sit, ut videatur cum usuris pecuniæ speratis compensanda. Sed si appareat, tanti operam valere, quanti valet ipsa ab altero latere collata sors, vix est, ut ei, qui rem contulit, concedendum fuerit eandem præcipere, ne manifesta inde inter socios inæqualitas oriatur. Quod latius docet Vinnius *select. quest. lib. 1. cap. 54. post Hug. Grotium de jure belli ac pacis lib. 2. num. 24. Confer Heft. Felicium de societ. cap. 9. num. 54. & seqq. & cap. 16.*

28. Quamvis autem socius in dubio non presumatur in re communi habuisse furandi propositum, si tamen cum contræfactione concurrens furti faciendi affectus probari queat, non tantum hoc societatis iudicio, sed & furti actione pœnali socius conveniri potest, nec altera instituta alteram tollit: cum altera rei tantum, altera mera pœna persecutio continueatur, *l. rei communis 45. l. merito 51. ff. b. t. Cui contrarium non est Javoleni responsum in l. si is, cui 71. ff. de furtis, cum ibi per actionem furti intelligenda sit conditio furtiva, quæ, cum rei persecutoria concurrens efficit, ut una prius intentata alteram tollat, arg. l. 1. Cod. de condit. furtiva. Quomodo etiam actio furti pro condictione furtiva accipitur in l. & ita 5. §. ult. ff. nauta caup. stabul. ut recepta restit.*

## LIBER OCTAVUS DECIMUS.

### TITULUS I.

De Contrahenda Emtione, & de Pactis inter Emtorem & Venditorem compositis, & quæ res venire non possunt.

#### SUMMARIA.

1. Emtione quid significetur in latissimo, minus lato, & stricto sensu? Quid sit imaginaria venditio? an valere possit tanquam donatio?
2. Quid operetur promissio de re justo pretio vendenda, vel si quis promiserit Titio, se rem nulli alii quam Titio venditurum?
3. Nemo invitus cogitur rem suam vendere, licet eam jam publice proscripserit. Recensentur casus excepti. Emtio consensu perficitur: nec scriptum Voet ad Pand. Tom. III.

ra opus. Quid juris, si id actum, ut in scriptis fiat venditio?

4. Obest consensui ebrietas, qua occasione de venditionibus in popina celebratis in Rhelandia alibi que.
5. Error facit emtionem nullam, si in toto corpore, vel in tota substantia, vel in qualitate, quam res habet a jure, vel intata materia erratum sit.
6. Qualis error non faciat venditionem nullam, sed tantum pretium diminui? & an tunc emptori præstandum sit id quod interest?
7. Error in quantitate nunquam facit emtionem nullam. An ob errorem talem pretium augendum vel minuendum sit? quando fundus ad quantitatem, quando ad corpus censeatur venditus?
8. Qui emere possint? an alius pro alio, quem nominaturus est? an venditor teneatur sequi fidem

- nominati? intra quantum temporis spatium nominatio moribus nostris facienda sit?
9. An, & quo modo tutor emere possit rem pupilli? Quid juris in procuratoribus, testamenti executoribus, aliena negotia gerentibus, Ecclesiarum aconomis?
  10. An milites & magistratus eorumque ministri emere poterint in ea provincia, in qua militant, aut cui præsunt? An bodie iudex, qui venditionem publicam decrevit, aut graphiarius, aut apparitor, aut præco, & alii auctionis ministri?
  11. An quis possit domum emere ad destruendum? An Monasteria aut Ecclesia moribus nostris emere possint immobilia? An nobiles negotiari? An moribus donatim merces per peregrinos vendi? An pæna loco interdicti negotiatio possit, vel invito imponi?
  12. Emere prohibetur nec per interpositam personam id potest.
  13. Quales res vendi possint? An & fructus nascantur? frumentum in herba? & quid si nihil nascitur? quid si venditor fructus nascituros vendens, promiserit, se præstiturum si quid vi aut tempestate factum esset? An a.e.a. sper emi? sper emta videtur, si emtum jus deducendi metalla ex fodinis.
  14. Res aliena vendi potest, socius suam tantum partem in re communi: fidei tamen rem totam.
  15. An vendi res sacra & similes? An bodie, & quo modo, præbenda & canonicatus? An res per testatorem vel legem vel pactum alienari velina; & cur aliud jus sit in alienatione per pactum prohibita, quam si testamento vel lege prohibita facta sit?
  16. Quid juris, si res furtiva sint emta, aut pecora a militibus aut prædonibus abacta, aut materia adium per hostes aut milites dejectarum?
  17. De purpura a privati non vendenda, servis Christianis Iudæo non distrabendis, & de fundis Principis patrimonialibus.
  18. De Romana gentis eumuchis, venenis malis, libris improbata lectionis, de coto, armis, vino, ferro, frumento, ad hostes aut Barbaros non transvovendis. An tempore belli impediatur iure, ne populi neutri parti studentes, merces ullas ad hostes debeant? ubi & de pactis plurimum populorum hac de re. An si ex conventionem res licita cum illicitis ad hostes ferantur, licita aut navis una cum illicitis capta publicentur?
  19. Quibus ex causis iustum sit etiam alta pace prohiberi mercium importationem aut exportationem?
  20. Prohibitio importationis aut exportationis mercium strictam recipit interpretationem, quod exemplis docetur.
  21. Quid juris, si ante contractum emptionis res emta in totum aut per parte perierit, ignorans vel sciente alterutro vel utroque.
  22. Pretium meris respondere debet; & in pecunia consistere. Quid si pretium sit constitutum animo non exigendi? quid si portea remittatur? quid si aliud in solutum detur? quid si partim res, partim pecunia detur?
  23. Pretium debet esse certum. An instrumenta vel testibus probetur plene emtio, si non sit declarata quantitas pretii? An pretium conferri possit in arbitrium tertii, vel unius contrahentium? quid juris, si tertius nolit vel non possit arbitrari, vel iniquum arbitretur?
  24. Quando perfecta sit venditio? quid si res ad gustum sit vendita, vel sub conditione, vel ad pondus, numerum aut mensuram?
  25. Emioni accedere possunt arrha; explicatur materia arbarum.
  26. Recensentur pacta quadam præcipua, quæ possunt vel non possunt adijci emtioni. 1. e pacto, si res emtori placuerit, intra quantum tempus voluntas declaranda sit? an ad heredem transeat facultas declarandi voluntatem? De pacto, ut equi venales experiundi dentur, &c. ut res venalis apud emtorem relinquatur, quo possit peritioribus ostendi; & cujus periculo tunc res venales sint apud emptiorem constituta, vel jussu ejus ad venditorem relata, & inierversa? De pacto, ne ad præteritas pensitationes emtor teneatur.
  27. Pacta dubia quo modo recipiant interpretationem? an contra emptiorem, an contra venditorem?
  28. Recensentur pacta varia dubia, quæ ab ipsis legibus receperunt interpretationem.
1. **EMtioni** verbo lex duodecim tabularum omnem alienationem complexa videtur, adeo ut & legatum eo contineatur, teste Pomponio & Marciano in l. statuliberi 29. §. 1. post med. ff. de statuliberis, l. sicut re 8. §. venditionis 11. ff. quib. mod. pign. vel hyp. solvitur. Razardus l. 4. variorum cap. 12. Strictius acceptum, locationem comprehendit, in quantum veteres emtionem dixerunt & eam, quæ proprie locatio erat, uti pretium pro mercede; quod latius docet Cujacius lib. 9. observ. 15. Gothofredus in not. ad l. 20. ff. de act. emti. Ant. Matthæus de auction. lib. 1. cap. 2. num. 6. Hic vero, prout a locatione distinguitur, est contractus bonæ fidei consensus constans, quo id agitur, ut merx certo pretio permutetur. Cujus tria sunt requisita substantialia, consensus, merx, & pretium; quorum unum si desit, emtio non est. Et quamvis imaginariæ venditiones, quæ uno interveniente nummo peragebantur, atque adeo sine pretio (dum nummus unus vulgo pretium non est, sed pretio aut mercedi opponitur, l. si quis ante 10. §. ult. ff. de acquir. vel amitt. possess. l. si quis conduzerit 46. ff. locati, l. imaginaria 16. ff. de reg. juris.) non modo apud antiquissimos Romanos in emancipatione liberorum, testamento per as & libram, nuptiis coemptione factis, adhibita fuerint, sed & jure civili recentiore usum subinde insignem præstiterint, veluti in restituenda dote, cum usufructus in dotem datus esset, l. si usufructus 66. ff. de jur. dot. nec reprobatæ fuerint, si quis eas celebrare voluerit, quoribus neque legibus publicis, neque tertio per hujusmodi imaginarias venditiones fraus sit; sciendum tamen, eas non tam venditionis, quam potius donationis effectum sortiri, l. si donationis 3. C. de s. sic ut usucapio ex hisce non pro emtore, sed magis pro donato procedat, l. ult. ff. pro donato, neque subsistant inter eos, inter quos iura donationes prohibuerunt, l. si quis donationis 38. ff. de s. Et ex hisce explicandum puto, quod a Paulo scriptum est; *nudum est imaginariam venditionem pro non facta esse, & ideo nec alienationem*

ejus rei intelligi, l. nuda 55. ff. b. t. scilicet pro non facta est, in quantum valere nequit tanquam venditio, quia, deficiente pretio, emptio in sui deficit substantia, secundum d. l. 3. C. b. t. & vendere non videtur, qui in venditione pretium rei ponit, donationis causa non exactus, l. cum in venditione 36. ff. b. t. ac ideo etiam alienatio ejus rei non intelligitur, ut habet d. l. 55. ff. b. t. puta, ex illo titulo venditionis; sed quod dominium non transibat ex venditione, ex donatione tamen, quae imaginariae finest venditioni, transferebatur mediante traditione, d. l. 3. C. b. t. uti usucapiebatur, si res aliena sic traderetur, de l. ult. ff. pro donato.

2. Distat autem ab hoc venditionis contractu promissio de re justo pretio vendenda: cum enim necdum de pretio certo convenerit, deficit etiamnum emtionis substantia, magisque emptio inchoata aut preparata, quam perfecta est. Vide Berlichium decis. 142. Nec dubitem, quin is, qui ita justo pretio se emturum aut venditurum promittit, recedere impune ab ea conventionem possit, dum alter cariore pretio vendendi, alter viliori emendi votum habet, atque ita inter eos post contentionem & disputationem de justis pretii quantitate consensus in certum pretium tandem haud sequitur, arg. pr. Inst. b. t. junct. l. si voluntate 8. in mod. C. de rescind. vendit. Si tamen ad hujusmodi pacificationem de re vendenda sine ulteriori tractatu de pretio, alter rem tradiderit, alter certam numeraverit pecuniae quantitatem, venditionis contractus intercessisse intelligitur, consensu non verbis sed rebus ipsis & factis in mercem ac pretium abunde declarato. Uti enim non minus re, quam verbis societatem colri non placuit, l. societatem 4. ff. pro socio, ita ratio non est, cur non idem in emtione probetur. Fachineus contr. lib. 2. cap. 5. Quod si quis promiserit, se nulli alii, quam mihi rem certam venditurum, nullo quidem modo ex illa conventionem ad rem vendendam constringi potest, sive jus Romanum, sive mores hodiernos spectet; sed si deinceps eam alteri distaxerit, actio mihi competit ad id quod interest, pacto paritum non esse, si modo secundum jus civile pactum tale emtionis alteri anteriori vel alteri simili bonae fidei negotio in continentis adjectum fuerit, l. si sterilis 21. §. sed & si 5. ff. de act. emt. hodie vero, etiamsi nudum fuerit, nulli alteri contractui appositum, cum tunc ex nudo pacto actio producatur. Plane, si post talem conventionem interpositam promissor rem vendere velit, suffecerit, quod ei, cui id promissit, denunciet suum vendendi propositum; qui si intra menses duos rem non emat, nullam in posterum actionem habet ob id, quod illa deinceps tertio distracta sit, l. qui Roma 122. §. coheredes 3. ff. de verb. obligat. & argumento eorum, quae de emphyteuta post duos menses, ex quo denunciationem domino directo jus protimesios habenti fecit, emphyteusis extraneo distrahente traduntur in l. ult. C. de jure emphyteus. facit l. quod si nolis. 31. §. si quid ita 22. ff. de adilit. edito. Guido Pap. decis. 369. n. 2. 3. Tiraguelius de retract. gentil. §. 1. gloss. 9. n. 114.

3. Ante omnia secundum generalem omnium contractuum naturam consensus ad emtionem requiritur, neque quisquam invitatus ad emendum vel vendendum compelli potest, l. inuitum 11. C. b. t. et-

iamsi forte res suas, tanquam venales, jam proscilisset, & auctionis publica dixisset diem, Ant. Matthaeus de auction. lib. 1. cap. 8. num. 27. 28. Nisi aliud suadeat favor sepulturae, l. si quis sepulchrum 12. pr. ff. de religionib. aut libertatis, §. ult. Inst. de donation. l. duobus 30. ff. de liberali causa, aut publica utilitatis in casibus l. si locus 14. §. 1. ff. quemadmodum. seroit. amitt. l. venditor 15. §. 1. ff. commun. praed. tam urb. quam rust. l. 1. 2. & tot. tit. C. ut nemini liceat in coemitione specierum se excusare, ibique Perezus, vel malitia domini re sua contra publicam utilitatem abutentis, §. ult. Inst. de his qui sui vel alieni juris sunt, vel individuae rei fiat adjudicatio, l. Julianus 13. §. idem Celsus 17. ff. de act. emt. l. communi 7. §. si debitor 13. ff. communi divid. vel creditori aut fidejussori, qui pignus emit, oblatio fiat soluti per posteriores creditores aut debitorem, de quo latius tit. quod pos. in pignore, l. fidejussor, 2. l. cum secundus 5. l. 6. ff. de distract. pignor. Consensus determinato ad mercem & pretium interposito, nihil ultra ad emtionis perfectionem desideratur, adeoque neque verba, neque traditio, neque scriptura, tit. Inst. de obl. ex cons. nisi nominatim ab initio inter contractus id actum fuerit, ut in scriptis venditio celebretur; quo casu non aliter perfectam esse venditionem placuit, quam si & instrumenta emtionis fuerint conscripta, vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta, a contrahentibus vero subscripta, & si per tabelliones fiant, completiones acceperint, & fuerint partibus absoluta: donec enim aliquid deest ex his, & penitentiae locus est, & potest emptor vel venditor ab emtione sine poena alia, quam amissione arrharum datarum, aut duplicata acceptarum restitutione secedere, pr. Inst. b. t. l. contractus 17. C. de fide instrument. Grothius monoduct. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 14. num. 57. 58. 59. & seqq. Neostadius de pactis amempt. observ. 19. post mod. Ant. Faber. C. lib. 4. tit. 15. definit. 23. Fachineus contr. lib. 2. cap. 97. Responsa Jurisc. Holl. part. 4. consil. 276. (vel 286. pag. 517.)

4. Obest consensui metus & dolus, de quibus actum lib. 4. tit. 2. & 3. obest gravis, quaeque hominem bruto similem ac rationis expertem reddit ebrietas. Quae dum in tabernis & popinis praesertim dominatur, hinc Rhenolandiae consuetudine obtinuit, ratas non esse venditiones ruri in tabernis potatorum celebratas, nisi horarum viginti quatuor lapsu confirmatae fuerint, data medio tempore utrimque penitendi licentia sub arrharum & symboli amissione: non enim a serio & deliberato contrahendi consilio, sed magis a nimia oris liberalitate, nimiove vini impetu atque calore profecta creduntur istiusmodi conventiones, ut aequum non fuerit, protinus his quemquam obstringi, nisi perseverantia mentis apparuisset, arg. §. 1. Inst. de militari testamento, l. quicquid in calore 43. ff. de reg. jur. l. perspicuendum 11. §. delinquitur 2. ff. de panis. Hugo Grothius monoduct. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 14. num. 7. 8. Leeuwen cons. for. s. lib. 4. cap. 19. num. 3. Quod & in Flandria jus esse, tradit Burgundus ad consuet. Flandria in prologo num. 5. & Kennetmariae oppidum, aliisque nonnullis Hollandiae borealis locis, datum fuisse, docet Leeuwen de loca.

5. Obest & error, l. si per errorem 15. ff. de iuridict. l. nihil consensui 116. §. ult. ff. de reg. juris, qui quandoque emtionem nullam facit, quandoque non. Ipso jure nulla ob erroris interventum venditio est, si erratum sit in toto corpore, l. in venditionibus 9. ff. b. t. Vel in substantia, dum pro vino venditum est acetum quod nunquam vinum fuit, vel pro puero puella, d. l. 9. §. inde queritur 2. l. alioquin 11. §. 1. ff. b. t. Vel in qualitate, quam res habet a jure, dum sacra, sancta, religiosa, & similia distracta sunt, §. ult. Inst. b. t. licet scienter emens talem rem ab ignorante teneatur ad pretium, arg. l. domum 57. §. simili 2. ff. b. t. & ignoranter emens a sciente petat actione ex emto id quod interest; sic ut hæctenus emtio, que nulla est, intercessisse intelligatur, ac prosit ad agendum, l. & liberali 4. l. qui officii 62. §. 1. ff. b. t. d. §. ult. inst. b. t. uti nullum est pignus alienæ rei, & tamen inde pignoratitia ad id quod interest a lege datur, l. si rem 9. ff. de pignor. act. Nulla insuper emtio est, si in pretio erratum sit, quoties nulla apparet summa concurrens, in quam emtor venditorque consentiat, d. l. 9. ff. b. t. alioquin, si tu vendas aureis quinque, ego aureis decem eam emtam putem, valitura esset venditio, non in decem, sed in quinque; quia venditori in quinque consentienti nulla sit injuria, & liberationi magis favendum, quam obligationi, ac in ambiguis id, quod minimum est, eligendum venit, arg. l. si decem 52. ff. locati, junct. l. semper in obcuris 9. ff. de reg. juris. Nullam denique facit venditionem error in tota materia, si forte æs pro auro distractum sit, d. l. 9. §. 2. l. quid tamen 14. ff. b. t. Nec huic contrarium est, quod Marcianus scribit, eum, qui vas aurichalcum pro auro vendidisset ignorans, teneri, ut aurum, quod vendidit, præstet, l. Labeo 45. in fine ff. b. t. cum tamen aurichalcum quondam fuerit separata metalli species, nihil cum auro commune habens, ut docet Pancirollus memorabilium lib. 1. de rebus deperditis c. 8. Nam cum idem auctor, & ad eum Salmuthus in notis, probent, jam Plinii tempore metallum istud dudum desisse reperiri, vix est, ut Marcianum de ejus venditione egisse credamus: quin potius de auro & ære simul mixto, ut vox aurichalci parte priore Latina, posteriore Greca, a Χαλκός, satis demonstrat, cujus generis aurichalcum, id est, æs auro mixtum, Marciani tempore procul dubio repertum fuit, non modo in ære Corinthico, de quo idem Pancirollus d. lib. 1. cap. 34. sed & alias frequenter, dum aurum æri semel mixtum nulla potuit tunc temporis arte separari, l. idem Pomponius 5. §. 1. ff. de rei vindicta. uti quidem argentum ab ære, l. lacus 12. §. 1. ff. de acquir. rer. domin. Quamvis & ex auro ac argento mixta species de cetero peculiare electri nomen sortita sit; ut pluribus videri potest apud Revardum lib. 1. varior. cap. 19. ac notabile, quod aurichalcum & electrum auro opponuntur in l. 1. si quis in 4. ff. de legatis 1. quasi hæc utraque mixta species ex auro & ære vel auro & argento non debeat auri legati appellatione venire. Quibus consequens est, in d. l. 45. non in tota materia, sed tantum in parte ejus erratum fuisse, ac proinde venditionem non fuisse nullam, quia auri aliquid habuit aurichalcum, quod pro auro distractum erat, arg. d. l. 14. ff. b. t. Non etiam adversatur, quod pignus valeat, ubi æs pro auro obligatum fuit; qui tamen

contractus æque, ac emtio, bonæ fidei negotiis accessus est, ac consensum æque requirit, l. 1. §. ult. ff. de pignorat. act. Considerandum enim, initio inspecto non subsistere æris pro auro pignori dati obligationem, idque ob defectum ordinati consensus; sed magis errore dolove dantis comperto convalescere, dum creditor ratum nihilominus habet æris pignus, satius ducens, æri saltem incumbere, quam nullam habere in re securitatem; eo fere modo, quo & emtio, cui dolus causam dedit, etsi ab initio nulla sit, rata tamen haberi potest per eum, qui dolo ad contrahendum inductus fuerat, si sibi eam non obstante dolo profuturam opinetur. Quod autem Paulus tradidit, sustinere stipulationem, qua quis id, quod aurum putabat, cum æs esset, stipulatus fuit, l. si id quod 22. ff. de verbor. oblig. ejus illa ratio est, quod stipulatio stricti juris sit, ac propterea qualiscunque sufficiat in corpus ipsum consensus ad validitatem ejus; atque insuper stipulanti, qui vicissim haud obligatur, præstet aliquid quam nihil recipere.

6. Ex contrario subsistit venditio, non obstante errore, si error tantum sit in qualitate rei venditæ accidentali; que tamen casu vel actioni quanti minoris, vel ex emto ad pretii diminutionem locus est; veluti si ancilla ut virgo distracta fuerit, cum jam mulier esset, l. alioquin 11. §. 2. ff. b. t. vel acetum pro vino, quoties vinum fuit sed acuit, l. in venditionibus 9. §. 2. ff. b. t. Idemque est, si in parte materiæ erratum sit, dum aurum forte dividendum, quod emtor optimum existimabat, cum esset deterius, l. vitæ 10. ff. b. t. vel secundum ante dicta æs aliamve materiam viliores haberet admixtam, vel velut aureum distractum fuisset, quod tantum inauratum erat, l. quid tamen 14. ff. b. t. (adde tamen Grotium manud. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 14. num. 6.). Cui non contradicit Julianus, cum ait, nullam esse emtionem, si mensam argento coopertam mibi ignorans pro solida vendidit imprudens, l. cum ab eo 41. §. mensam 1. ff. b. t. Non enim illic in parte materiæ, sed magis in tota materia erratum fuerat, cum mensa tantum argento cooperta esset, nulla sui parte argentea: quo modo etiam Papinianus distinxit inter mensas argenteas, & argenteo inclusas, l. legata 9. §. supellectilis 1. ff. de supell. legata. Nec his in casibus præstandum emtori amplius id quod interest seu damnum, quod ex eo contigit, si modo venditor justam habuerit errandi causam, l. Labeo lib. 45. ff. b. t. l. Julianus 13. pr. ff. de act. emti; nam si sciverit vel supina aut affectata in venditore ignorantia appareat, magis est, ut nihilominus ad id quod interest damni debeat, d. l. veluti si vitæ ejus & artis ac instituti sit, ut ignorare non debuerit istam rei a se venditæ qualitatem; quo de casu accipienda videtur l. si sterilis 21. §. quomodo 2. ff. de act. emti. Eo modo, quo & in locatione, ratione ejus quod interest inter locatorem, rei vitium scientem, & ignorantem, distinctio adhibetur, veluti in pascuis elocatis, in quibus herba mala nascebatur; & tamen tenetur ad id quod interest, qui dolia vitiosa ignorans locavit, si vinum efflaxerit, non alia, ut opinor, de causa, quam quia doliorum locator, tanquam artifex, non debuerat istius vitii doliorum ignarus esse, l. sed addes 19. §. si quis dolia 1. ff. locati.

7. Si in quantitate erratum fuerit, valet quidem venditio, nec ullo in casu ipso jure nulla est; sed ap-

pretium pro rata quantitatis majoris minorisve, quam adesse credebatur, repertæ augendum vel minuendum sit, nec ne, distinctione terminandum est. Nam si, verbi gratia, fundus ad quantitatem distractus sit, augendum vel minuendum esset pro rata pretium, prout amplior angustiorve inventus fuerit agri modus, quam contractu expressus est, *l. qui fundum 40. §. qui agium 2. ff. b. t. l. 2. pr. l. si servum 4. §. 1. ff. de act. emti. l. qui liberta. is 69. §. ult. ff. de evictione*. Idemque est, si quantitas quidem, quæ designata est, inveniatur, sed non talis naturæ vel bonitatis, qualis expressa fuit; ut decem jugera in pratis, decem in vineis dicantur esse, & duodecim in pratis, octo tantum in vineis deprehendantur: minuendum namque tunc foret pretium pro bonitate, quæ abest, si modo non minima, sed notabiliter quædam qualitatibus aut bonitatis portio desit, *d. l. 4. §. 1. l. si duorum 42. ff. de action. emti.* Quin imo, si Paulo fides, tenebatur olim venditor in duplum quantitatis ejus, in qua mentitus erat, Paulus recipere. *sent. lib. 2. t. 17. §. 4.* videtur autem eo casu, quo ad quantitatem res vendita est, ita jus esse, ut, si quidem minor inveniatur mensura, quam expressa est, arbitrio venditoris permitti debeat, an pretium pro rata remittere aut refundere, an mensuram, quæ deest, supplere malit: sin major deprehendatur, emtoris electio sit, an pretium augere pro rata velit, an magis id, quod amplius est, venditori relinquere, ne aliquin invitus emere compellatur. Hugo Grotius *manud. ad jurispru. Holl. lib. 3. cap. 14. num. 80.* Neostadius *Curia Holl. decis. 18. in fine*. Pinellus ad *l. 2. C. de rescind. vend. pari. 3. cap. 2. num. 18.* Quod si ex adverso non ad quantitatem, sed ad corpus res fuerit dividenda, inventus major minorve rei modus nequaquam minuet augebitve pretium, nisi concurrat in super dolus venditoris consulto mentientis, *l. Julianus 13. §. si Titius fundum 45. ff. de act. empti. arg. l. qui fundum tradiderat 45. ff. de evictione*. Ceterum non ad quantitatem, sed magis ad corpus facta intelligitur venditio, si nulla prorsus sit facta quantitatis mentio, veluti si quis simpliciter *fundum Cornelianum* vendat, vel *fundum Cornelianum qualis est*, vel *salem qualem ipse hactenus possedit*, vel *qualem colonus nunc habet, tenet, colit*. Vel si quantitatis quidem sit facta declaratio, sed adjecta protestatione, dum quis, verbi gratia, vendit *fundum centum jugerum aut quanto plus minusve continebit*; seu ut tamen isti noli adstringi quantitati. Vel denique quantitatis quidem sit facta mentio, veluti, *vendit fundo centum jugerum*, sed simul etiam monstrati fuerint fines fundi, arg. *d. l. 45. ff. de evictione*. Ut tamen in casibus duobus posterioribus, si notabilis admodum sit diversitas quantitatis expressæ, & re ipsa inventæ, sic ut in finium monstratione videatur erratum pretium, adhuc pro rata augendum vel minuendum foret, aut emtor traditione quantitatis expressæ teneretur ex bono & æquo contentus esse. Groenewegen ad *d. l. 45. ff. de evictione*, & ad hunc forte casum reducenda ac restringenda, quæ occurrunt apud Hug. Grotium *manud. d. lib. 3. cap. 14. num. 80.* & Neostadium *Curia Holl. decis. 18. circa fin.* majoris scilicet minorisve modi inventi, quam dictus erat, rationem habendam, si jugeri unius quantitatem excedat: quandoque scriptum est apud Jac. Coren *observat. 19 lit. g.* & Sim. van Leeuwen *cons. for. part. 1.*

*lib. 4. cap. 19. n. 19.* ex locorum quorundam consuetudine suppleri minuive oportere pretium, si minor majorve quantitas inventa superet centum, vel quinquaginta decempedarum mensuram, *101. verisimil on-trent de quantitey is moncedo bouenkat of hond vel boren hond of baft*. Contra, ad quantitatem facta censi debet fundi distractio, quoties vel decem jugera fundi Cornelianus venduntur, vel simpliciter *fundus Cornelianus*, sed pretio in singula istius fundi jugera constituto, Jacob Coren. *d. observ. 19. in fine, in nota subjuncta*. Responsa Jurisc. Holl. *part. 1. consil. 263.* Confer de errore in quantitate Pinellum ad *l. 2. C. de rescind. vend. pari. 3. cap. 2. n. 5. & seqq. Jac. Coren d. observ. 19.* Neostadium *d. decis. 18.* Gomezium *variar. resolut. tom. 2. cap. 2. num. 16.* Responsa Jurisc. Holl. *part. 1. consil. 207. & 263. & part. 2. consil. 313.* Groenewegen ad Grotium *d. lib. 3. cap. 14. num. 80. & ad d. l. 45. ff. de evictione*. Brunnemanum ad *l. ult. ff. de peric. & commod. rei vend.*

8. Emere possunt quilibet non prohibiti, quisque pro se, nemo pro alio, nisi procurator sit, *l. Julianus 13. §. si procurator 25. ff. de act. emti.* alioquin neque sibi, neque ei, pro quo sine mandato emit, actionem acquirit; sed dominus fiet is, cui ex his duobus rem venditor tradiderit, *l. mulum interest 6. in fine C. si quis alteri vel sibi*. Quamvis insertum venditionis instrumento nomen alienum non impediatur, quo minus actionem habeat, cui se non alieno, sed suo nomine, emisse probat, *l. mancipia 3. 4. 5. 6. C. si quis aliter vel sibi sub alterius nomine*. Si quis pro se & Titii mandato fundum emerit, nihil Titio, sed ubi totum fundum acquirit, *l. fundum ille 64. ff. b. t.* Sed &, si quis rem emat pro eo, quem postea nominaturus est, quasi alter in præsentem nolit tanquam emtor innotescere, aut nomen suum instrumentum inscribi non patiat, juxta *l. pupillus 5. §. sane ff. de auctor. tut.* quod & moribus frequens est; ipse, qui emit, obligatur ut emtor, nec liberatur nominatione facta, nisi venditor sponte sua velit nominatum ut emtorem agnoscere, eoque contentus esse; neque enim venditor credendus est alterius incerti & ignoti, sæpe etiam minus idonei, fidem secutus esse, sed potius istius hominis certi, quocum contraxit, ejusque novit vel saltem novisse debuit conditionem, arg. *l. qui cum alio 19. ff. de reg. jur.* ac fieri facile posset, ut qui nominaturo vendidit, nominato non fuisset venditurus, Ant. Faber *C. lib. 4. t. 34. defin. 1. & t. 42. defin. 28. in fine*, Joh. Papon *lib. 18. t. 6. arrest. 15.* Estque nominatio hæc vel electio, pro quo emtum dicitur, intra certum tempus statutis aut usu probatum facienda, ne alias nova magis venditio videatur. Quadraginta dies habet Ant. Faber *d. lib. 4. t. 34. 1. 2.* in Hollandia propter quadragessimam pretii fisco pendendam ex edictis. Ordinum anterioribus sex septimanarum spatium erat; at ex edicto anni 1623. solummodo triduum; quippe quo elapso, velut ex repetita venditione rursus quadragesima alia fisco inferenda foret, vol. 1. *placit. pag. 1596. art. 9.* idque plenius stabilitum edicto de vigesima & quadragesima 23. Julii 1664. *art. 9. vol. 2. placit. pag. 3171.*

9. Tutorem quod attinet, is palam in actione publica emere potest rem pupilli, *l. cum ipse 5. C. b. t.* uti & a contutore, si bona fide geratur negotium, *l. pupillus obligari 5. §. item ipse 2. ff. de auctori. tut.*



non vero clam, nec per interpositam personam, nec mala fide; quibus tamen in casibus, si suæ ætatis factus pupillus comprobaverit emtionem, contractus valeret, *d. l. 5. §. 2. 3. 4. ff. de auct. rat.* Ant. Matthæus *de auct. lib. 1. cap. 10. num. 1.* Groenevegen *ad d. l. 5. C. b. t.* Neque obstat *l. tutor rerum 56. ff. de admin. & peric. tutor.* Eo enim ipso, quo tutor rerum pupilli venditionem bona fide fecerat, & emtoribus pretium non solventibus, res apud se retinebat, pretiumque pupilli rationibus accepto tulerat, eas non a pupillo, sed ab ipsis emtoribus in pretii solutionem deficientibus emisse videtur. Quæ vero de tutoribus cauta, eæ quoque in curatoribus, procuratoribus, testamentorum executoribus aliisque similibus, qui aliena gerunt negotia, probanda sunt, *l. si in emtione 34. §. ult. ff. b. t.* Et quamvis oeconomicis jure Romano in universum interdicta videatur emtio rerum ad istam Ecclesiam pertinentium, *auth. quibuscunque C. de sacrosanct. Eccl. moribus* tamen nostris idem, quod in tutoribus, servari monet Groenevegen *ad d. l. 5. C. b. t. in fine.*

10. Militibus prædia comparare in ea provincia, in qua militant, exceptis paternis a fisco distractis, interdictum fuit, *l. militib. prohibentur 9. ff. de re militari.* Magistratibus quoque & eorum domesticis a ministris per se vel interpositam personam, sive palam sive clam, in ea provincia, cui præsent, emere permissum non est; eo quod emtio per hos facta, non tam a libera provincialium voluntate profecta, quam metu potentis & auctoritatis extorta crederetur, & magis ereptio, quam emptio esse; constituta in eos, qui contra fecerint, pœna quadrupli & amissionis rei emte, si ex officio emerint, id est, si emerint, dum ipsi suo fungentes officio eam vendiderunt aut vendi jusserunt, atque ita ipsi emtores simul ac venditores essent, *l. non licet 46. ff. b. t.* Et quamvis in urbanis magistratibus ac administratoribus ita jus fuerit, ut impetrato speciali rescripto Principis ad rerum emtionem accedere potuerint, *l. un. pr. C. de contrah. judicium*, in provincialibus tamen contra statutum, non valere factam per eos emtionem, etsi Princeps permisisset, *d. l. unic. §. 2. & 3.* Quæ lege eatenus mutatum fuit, quod generalius de consensu Principis Marcianus adnotaverat in *d. l. 46. in fine ff. b. t.* Quod si magistratus alique similes extra officii limites quid comparassent ibi, ubi officium gerunt aut administrationem, in pœnam ejus privantur pretio, quod fisco cedit, re venditori restituta, *l. auferitur 46. §. quod a præside 2. ff. de jure fisci.* Nisi venditor a præside apertum metum passus fuisset & impressionem; tunc enim pretium non fisco cedere debebat, sed ipsi venditori metum passo, *l. pen. C. de his, quæ vi metus causa, idque jure singulari, cum alioquin in actione quod metus causa is, qui rem recuperat, vicissim pretio carere debeat.* Cujacius *lib. 16. obs. 13.* Excipiuntur tamen & hic prædia paterna, uti & res ad victum & amicum pertinentes, ad quarum emptionem placuit magistratus mitti posse, *d. l. unic. C. de contrah. judicium, l. qui officii 62. pr. ff. b. t. l. solent 8. §. ult. ff. de offic. procur. & legari, arg. d. l. 9. ff. de re militari.* Confer Revardum *lib. 2. varior. cap. 20.* Jacobum Gothofredum *ad l. 5. C. Theodor. de iur. qua administrantibus distracta sunt.* Ant. Matthæum *de auct. lib. 1. cap. 10. num. 2. & seqq.* ubi ulterius ex usu ho-

dierno exponit, an judex, qui venditionem publicam decrevit, an grapharius, an apparitor distrahens, an præco aliique auctioni publicæ ministrantes, an licitationem accedere possint, & licitando vincere.

11. Nullus quoque emere potest domum cum in finem, ut destruat, constituta dupli fisco inferendæ pœna; ita tamen, ut venditor emtori, duplum fisco solventi, reddere teneatur pretium acceptum, *l. senatus censuit 52. ff. b. t.* quo fit, ut effectu inspecto emtor & venditor simpli singuli mulctentur, *l. ult. ff. de damno infecto.* Ant. Faber *in rational. ad d. l. 52.* Vetitum quoque moribus hodiernis, ne monasteria vel Ecclesie emant, aliove titulo acquirant immobilia, sive allodialia, sive feudalia, *Edict. Caroli V. 19. Octob. 1520. vol. 3. placit. Holl. pag. 396.* Nobiles atque potentiores quod attinet, emere quidem poterunt usus sui gratia, quin & mercaturam liberalem exercere sine dignitatis læsione, cum id nupiam iis interdictum sit; sed minutim merces vendere non poterunt, seu ultimi negotiatores esse, ut habet *l. ne quis 6. C. de dignitat.* quippe quo inter plebejos ementes ac mercatores minutim vendentes difficultius redderetur emendi vendendique commercium, dum per potentiores illos plebei opprimerentur; adeoque ad istud minutim negociandi genus restringenda dispositio legis *3. C. de commerc. & mercatoribus, arg. d. l. 6. C. de dignitat. l. si cohortalis 12. C. de cohortalibus principibus.* Adde Groenevegen *ad d. l. 3.* Scilendum denique nonnunquam propter publicam utilitatem interdictum esse negotiationi; quæ ratione prohibita ab Hollandiæ Ordinibus, ne quis navigio, aut vehiculo, vel alio modo, per urbes ac pagos vagetur, & domatim merces venales offerat; quia id genus mercaturæ non modo probatis obest mercatorum collegiis, sed & fraudationi vestigialium occasionem præbet, ac vulgo *Venijagery* appellatur, *Flac. Ord. Holl. 16. Martii 1679. vol. 3. placit. pag. 806. & 30. Martii 1679. & 6. Aprilis 1680. d. vol. 3. pag. 802.* Sed & infrequens non fuit etiam per sententiam judicis interdicti negotiationi per modum pœnæ, *l. moris est 9. sunt autem 9. & 10. ff. de pœnis, l. 1. §. pen. ff. de offic. præfecti urbi, uti exposito damnatio quoque ad id aliquando facta fuit, ut quis cogeretur negotiari, d. l. 9. §. interdicti 10. ff. de pœnis.*

12. Quisquis autem per se emere prohibetur, etiam per interpositam personam emtionis effectum obtinere nequit, quippe quo ipso fraus legi prohibenti sit, *l. unic. Cod. de contrah. judicium, l. non licet 46. ff. b. t. l. pupillus obligari 5. §. sed si 3. ff. de auct. rat.* Gothofredus in notis *ad l. 46. ff. b. t.* Ant. Matthæus *de auct. lib. 1. cap. 10. n. 13.*

13. Circa res generalem regulam tradit Jurisconsultus in *l. si emtionem 34. §. 1. ff. b. t.* omnium scilicet rerum, quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditionem recte fieri; quas vero natura, vel gentium jus vel mores civitatis commercio exuerunt, earum venditionem nullam esse. Nec interest, utrum illæ res, quæ commerciis hominum exentæ non sunt, præsentæ, an futuræ sint, veluti annui redditus, sive in numerata pecunia, (quæ tunc ut corpus seu merx consideratur) sive in fructibus annuatim præstandis consistant, *novell. 160. cap. 1. novell. 72. c. si vero habeat 7. in med.* Adhuc fructus nascuntur, frumenta quæ adhuc in herbis sunt, *l. nec*

emio 8. l. fustulas 76. §. ult. ff. b. t. idque vel simpliciter, vel etiam pacto addito, venditorem praestitutum, si quid vi aut tempestas factum esset; quali conventionem tantum insolita & immoderate tempestates comprehensae videntur, non illa, quae secundum consuetudinem temporariae, id est, secundum tempus anni, quo contingunt, oriri ac nocere solent, d. l. fustulas 78. §. ult. ff. b. t. junct. l. ex conducto 15. §. si vis 2. l. si mercor 25. §. vis major. 6. ff. locati. Et quamvis in Frisia frumenti in viridi stantibus venditio interdicta sit, teste Sande decr. Frisic. §. tit. 4. defin. 7. ac varia olim eam in rem prohibitoria edicta ab Hollandiae Comitibus promulgata fuerint, Neostadius Curia supr. decr. 61. illa tamen usu dein abolita fuisse, atque adeo ius Romanum servari hac in parte tum in Hollandia, tum Ultrajecti, docet Groenewegen ad d. l. 78. §. ult. ff. b. t. Parens. p. mem. Paulus Voet. ad pr. Instit. de contrah. emt. nu. 7. Quod si simpliciter venditis anni sequentis fructibus nati fuerint, nec emtio substituta est: contra, si incertum fructuum nasciturorum, atque adeo spes emta esset; nam & spem, aleam, jactum reus emi posse placuit, ut spes fungatur vice rei, l. nec emtio 8. §. 1. ff. b. t. l. si jactum 12. ff. de act. emt., arg. l. nam hoc modo 11. ff. de hered. vel act. vendit. Ant. Faber C. lib. 4. tit. 42. defin. 26. Carpuvius defin. for. part. 2. consis. 37. defin. 25. Ad qualem spei emtionem etiam merito retuleris redemptionem metalli fodinarum, dum Princeps ius metallorum ex fodinis educendorum pretio interveniente concessit, sive multum supra expectationem, sive praeter expectationem parum aut nihil educatur, Ant. Matthaeus de aucr. lib. 2. c. 4. n. 9. 10. 11.

14. Parum insuper refert, propriae res sint an alienae, l. rem alienam 28. ff. b. t. arg. l. si eis, qui pro 15. §. ult. ff. de usucap. in quantum venditor obligatur ad rem illam aliunde redimendam ac praestandam, ni malit in id quod interest damnari, si sciens vendiderit alienam, l. rerum 30. §. si sciens 1. ff. de act. emt. Nam si bona fide sit, nihil praeter vacuum possessionem praestare tenetur; nec ad id quod interest aliter obstrictus est, quam si res evicta fuerit, l. 1. ff. de rerum permutatione. Quod autem alibi dicitur satis illicita rei alienae venditio, l. 1. C. de commun. rerum alienat., & non jure facta, l. mater tua 3. C. de rei vindic. id ad venditionem non consensu perfectam, sed traditione consummatam spectat, dum nullo jure venditor rem alienam a se distractam sciens emtori tradit, antequam dominium rei nactus esset, ut ex ipsis legibus abunde patet. Unde & liberum est vero domino rem vindicare, quamdiu illa necdum per usucapionem emtori jure domini quaesita est, d. l. 28. ff. b. t. d. l. 1. mod. commun. rer. alien. Si res communes sint, dominorum quisque non ultra suam dividit partem aut tradendo in emtorem transfert, d. l. 1. l. 2. C. de commun. rer. alien. l. nemo 63. ff. pro socio, ex-

cepto fisco, qui ex privilegio rem sibi cum alio communem in solidum dividere datum est, quo magis quoque facilius res fiscales emtorem inveniunt; ut tamen pretium pro rata partis, ad socium fisci pertinentis, ei refundendum sit, l. multum interest 2. C. de commun. rer. alienat. Peregrinus de jure fisci lib. 6. t. 4. num. 23. Appendix decisionum pars responsa Jurisc. Holl. part. 3. vol. 1 pag. 21. Adde tit. communi divid. num. 7.

15. Non tamen subsistit venditio hominis liberi aut rerum sanctarum, religiosarum, sacrarum, ne sub conditionem quidem, l. sed Celsus 8. pr. l. hanc legem 22. §. seqq. l. si in emtione 35. §. liberum 2. ff. b. t. exceptis paucis casibus, recensitis t. de rerum divir. num. 6. extra quos si quis sciens aut ignorans res tales emerit, quid juris sit, jam supra monitum num. 5. Et, quod attinet venditionem praebendam ac canonicatum quibusdam in locis receptam, eam statim quidem ratam esse obtinuit, si ab eo, qui sanus est, resignatio facta sit; at, si ab infirmo ac aegrotante, non aliter, quam si resignans totis viginti diebus de momento in momentum a solemnem resignationem computandis supervixerit, de quo laurus Abr. a Wesel ad novell. cons. Ultrajecti. art. 16. (\*) Sed & ipso jure nulla est venditio rerum, per testatorem fideicommissum gravatarum, vel per legem alienari prohibitarum, quo in numero sunt res immobiles inestimatam dotales, adeo ut alienatas vindicare possit tum heres fideicommissarius, tum uxor aliique, ad quos soluto matrimonio dos reverti debet, l. ult. §. sed quia 2. 5. C. communia de legatis, pr. Instit. quibus alien. licet vel non. Secus, si ex solo pacto contractui adjecto descendat prohibitio alienationis; quippe quo casu subsistit ac rata manet venditio contra pactum facta, ac tantum venditori, qui contra pactum erat, personalis actio seu conditio datur ad id quod interest, l. ea lege 3. C. de condit. ob causam dator. l. si ita quis 145. §. ea lege 3. ff. de verbor. obl. arg. l. pen. ff. de pactis. Resp. Jurisc. Holl. part. 3. vol. 2. consil. 338. reversa 259. pag. 692. §. seq. nisi secundum mores hodiernos pactum de non alienandis rebus immobilibus solemnem earum traditioni factam coram lege loci, appositum fuerit. Groenewegen ad d. l. 3. C. de condit. ob causam datorum. Lex enim prohibens, nec non voluntas testatoris, quae pro lege servatur, rem ipsam sua efficiunt prohibitionem, quae proterea rem alienatam comitatur, & vindicationi locum facit; at pacto persona sola obligatur, res ipsa affecta non est. Scilicet, uti pacto citra traditionem non transfertur rei dominium, l. traditionibus 20. C. de pactis, ita nec pacto effici debuit, ut res pacto alienata prohibita ipso jure citra traditionem reverteretur ad venditorem, postquam contra conventionem alienata est. At & contrario, ut ex testamento rei dominium ipso jure sine traditione aut apprehensione transit in eum, cui illa relicta est, l. a Titio 64. in fine ff. de

(\*) Nescio quid haec Auctor de praebendarum et canonicatum venditione obganizit; haec! ne vulnere impressa a praetensis Reformatorebus Ultrajecti refricemus. Canonici ac praebendas olim ad Capitula Catholicorum pertinentes divulgant, alio licitantibus obtruderunt, et in commercio ad venalia cetera reque-

runt, ut vero sibi jus vendendi veluti civilis census retinerent, tantum voluere, ut sanus qui veller, venderi potius esset, aegrotus vero nonnisi viginti post alienationem diebus supervixerit, illa sacrilega nundinatio perceret.

*furti*, l. cum barethes 25. ff. de acquir. vel amit. possess. ita quoque facta prohibitio alienationis per ultimam voluntatem efficere potuit, ut eodem modo citra traditionem ipso jure dominium, contra prohibitionem alienatum, ad eos rediret, quorum in gratiam prohibitio facta fuit.

16. Circa rerum furtivarum venditionem accurata Pauli distinctio est; si enim & emtor & venditor sciat furtivum esse quod venit, a neutra parte obligatio contrahitur: si emtor solus sciat, non obligabitur venditor; nec tamen ex vendito quicquam consequitur, nisi ultro quod convenerit præstet. Quod si venditor scit, emtor ignorat, utrinque obligatio contrahitur, scilicet ad id, ut venditor accepto pretio rem furtivam tradat liberatam a vitio furti, aut alioquin id quod interest præstet, exemplo ejus, qui rem alienam sciens distraxit, l. si in emione 54. §. item si 3. ff. b. t. Grotius *manuduct. ad jurispr.* Holl. lib. 3. cap. 17. numer. 5. Ubi autem furtivis merito adnumeraveris frumentum publici canonis vel exercitui missum, si quis illud distrahat, adeo ut etiam capitale supplicium adversus ementes viliores propositum fuerit, l. pen. & ult. C. qua res venire non possunt; pecora quoque, exemplo pessimo rusticis amicis ac sociis per milites erepta, quorum & ideo superiori seculo emptio interdicta fuit sub comminatione pœnæ arbitrarie, ac restitutionis ejus quod emptum sine pretii redditione. *Edicto Philippi Hisp. Regis* Holl. Comit. 23. Julii 1573. vol. 2. placit. Holl. pag. 2115. in fine. Uti & ferramenta ac tigna soluta ædium ruri per prædones aut hostes dejectarum, constituta in ementes dupli pœna & alia arbitrarie. *Edicto Philippi* 18. Octob. 1574. d. vol. 2. pag. 2119. quæ & Belli Gallici anno 1672. inchoati occasione pluribus exsequitur Abrah. Wesel de remissione mercedis cap. 11. numer. 25. & mult. seqq.

17. Insuper purpuræ commercium privatis interdictum fuit; licet nunc seculi luxur aurea, purpureaque adulterini coloris, dum verus periit, quibusvis venalibus, & in usus privatos, permittat. Vide l. 1. 2. C. qua res venire non possunt, tot. tit. C. de vestibus holobris & auratis, & de distinctione sacri muricis, Pancirollum *serum memorabil. lib. 1. de rebus deperditis* t. 1. 2. ibique Salmuthum in notis, Cuiacium lib. 12. observ. 24. Sim. van Leeuwen *cons. forens. part. 1. libr. 4. cap. 19. num. 25. vers. quadam.* Nec Judæus, hæreticus, aut paganus, mancipium Christianum comparare potuit, tot. t. C. ne mancipium Christ. Iudæus vel hæret. vel pagan. habeat possideat &c. Prædia quoque Principis patrimonialia in commercio non sunt, nec vendi privati possunt, nisi jussus Principis accesserit, l. cum servus 39. §. ult. ff. de legatis 1. *Edictum Ordinum Hollan.* 15. Sept. 1620. vol. 3. placitor. Holl. pag. 734.

18. Adhuc Romanæ gentis eunuchos vendi Romanis displicuit, l. 2. C. de eunuchis. Idemque in venenis malis obtinuit, quoties nullo modo adjectione alterius materię usui nobis esse possunt, l. quod sæpe 35. §. veneni 2. ff. b. t. nec non in libris improbatæ lectionis, arg. l. decere 3. §. quoniam 5. C. de summa Trinitate, l. quicumque 8. §. ult. l. 1. Martichæis 16. §. ult. Cod. de heres. Sed nec cos, arma, oleum, vinumve barbaris vendi possunt, l. 1. 2. Cod. qua res exportari non debeant, Placitum Ord. General. 12. Octob. 1524. vol. 1 placit. Hollan.

pag. 1116. nec hostibus ferrum, frumentum, sales, cos, aliaque similia, l. cotem. 11. ff. de publicanis, Brissonius *select. an iq. lib. 4. cap. 4.* in quam rem plura extant Ordinum Generalium, vol. 1. Placit. Holl. a pagina 1076. ad pag. 1130. & vol. 3. pag. 252. ad pag. 252. Quin imo, hostibus omne rerum omnium denegari commercium a ratione alienum non est. Uti enim is, cui renunciatum est societati, non amplius socio tenetur ad ea quæ jure societatis præstanda forent, l. actione 65. §. item qui 6. ff. pro socio, ita quoque, dum hostes bellum inferendo renunciant humanæ societati, merito iis ea negantur omnia, quæ alioquin jure societatis humanæ ac mutuatorum officiorum viderentur permittenda, inter quæ precipuum est jus commerciorum; adeo ut Princeps non suis modo subjectis interdiceret queat, ne quid hostibus suppeditetur, sed & amplius neutri bellantium parti studentes impedire, ne vel arma vel alium aliud mercis genus ad hostem devehant, aut inde vehant; quippe ea ratione juvantes hostem, instruendo necessariis, superfluis acceptis utiliora præstando, & generaliter commerciis ob lucrum & commodum institutis augendo ac promovendo eorum utilitates, quos opprimere uti jure belli possumus, ita ab aliis juri merito impeditum. Licet enim durum videri possit, neutri parti studentes excludi ab omni commercio cum hoste nostro, cujus ipsi hostes non sunt; durius tamen & nullo præscriptum jure, aliquem pati debere, ut hostes instructiores reddantur & ad bellum diutius trahendum nocendumque potentiores; maxime, cum eatenus, quatenus hostem juvant, dici nequeant neutri parti addicti esse, sed magis hostium loco habendi sint. Confer decretum Ordinum Generalium 26. Junii 1630. quod impressum post. Resp. Jurisc. Holland. part. 3. vol. 1. in appendice decisionum pag. 54. & seqq. Nisi aliud pactis publicis cautum inveniat, pro varia populorum utilitate & temporum ratione. Qua de re videri possunt variz conventiones inter Hispanos & Belgas fœderatos 17. Decembr. 1650. art. 4. 5. 6. 7. vol. 1. placit. Holl. pag. 109. 110. 111. inter Suecos & Belgas 13. Martii 1676. vol. 3. pag. 357. 358. & 12. Octobris 1679. art. 14. & seqq. vol. 3. pag. 1393. & seqq. inter Gallos, Belgas, & urbes Anseaticas anno 1655. & 1657. vol. 2. pag. 551. & seqq. inter Anglos & Belgas 1. Decembr. 1674. art. 2. & seqq. vol. 3. pag. 351. inter Gallos & Belgas 27. Aprilis 1662. art. 27. 28. 29. & seqq. vol. 2. pag. 2913. 10. Augusti 1673. art. 15. & seqq. d. vol. 3. pag. 371. Confer Grotium de jure belli ac pacis libr. 3. cap. 1. num. 5. Marquardum de mercatura lib. 1. cap. 26. Responsa Jurisc. Holl. part. 2. consil. 121. Ant. Matthæum de criminibus lib. 43. tit. 2. cap. 2. n. 19. Groenewegen ad l. 2. Cod. qua res exportari non debeant. Quibus positus inter plures populos pacificationibus, si quæ illicitæ vehantur merces cum aliis licitis, solam illicitarum waren van contrabaade publicationem aut interceptionem fieri placuit, licitis & ipsa navi suo domino reddendis; licet jure Romano, ipsa quoque navis publicanda fuerit, nisi absente domino a magistro, vel gubernatore, aut prœfeto, nautave, merces illicitæ fuissent impositæ, l. cotem 11. §. dominus 2. ff. de publicanis, Separatam Artichel nopende de Commercio zusschen Spangien en de Vereenigde Nederlanden den 4. Febr.

1648. vol. 1. *Placitorum* pag. 107. *Tractat de Marino* *russchen* *Urunkryk en de Anzeijden* 1655. art. 2. in fine vol. 2. *placis*. *Holl.* pag. 555. item *russchen* *Engeland en de Vereenigde Nederlanden* 1674. art. 7. vol. 3. pag. 354. item, *russchen* *Sweden en de Nederlanden* 1675. art. 7. d. vol. 2. pag. 353. item *russchen* *Urunkryk en de Vereenigde Nederlanden* 1978. art. 21. d. vol. 3. p. 472.

19. Rebus ad hostes non exportandis accedunt proxime res extra belli considerationem etiam pacis tempore exportari prohibita, de quibus pro temporum opportunitate plura extant *Ordinum Belgii* placita, subinde etiam mutatis postea temporibus pro publica aut privata civium utilitate sublata. Quamvis enim insignis plerumque commercii liberi utilitas sit, dum Gentium atque nationum velut commune quoddam vinculum est, atque ita eas sociat, ut, quod gentium uspiam, id apud omnes natum videatur; & remotissimis quibusque & locis advectum ita populo cuique representetur, quasi ea ipsa in regione productum esset; jure tamen meritoque nonnunquam vetatur, aut restringitur personis modis, temporibus, importandi potestas & commerciorum usus, quoties id Reipublicæ expedire videtur & ex adverso libertas nimia deprehenditur damnosam esse. Neque enim dubium, quin magistratui cuique jus sit, omnes suorum civium actum regendi suis in territoriis ad suæ civitatis civiumque utilitatem, licet per consequentiam extranei læderentur, si modo nullum iis adimatur quasitum jus. Exportari sane optima ratione vetantur ea, quæ civibus necessaria, & ex quorum exportatione justus immineret pecuniaria metus. Contra, importari recte prohibentur merces illæ, quibus vel officia nostra, & artificium industria minuitur, dum abundans eorum alias vacaturorum copia est, vel opes nostræ, ac maxime parata pecunia, nimis in exterarum gentium sinum derivatur; vel cives ad luxum magis quam virtutem & avitam invitantur frugalitatem; vel denique emtores turpiter decipiuntur, dum spuria, aut deterioris notæ inerces investæ miscentur aliis genuinis probis, ac pari cum hisce pretio ignorantibus distrahantur. Quibus fere fundamentis nisi Ordinum nostrorum placita, importandi prohibitionem continentia, facile quisque ex eorum tenore cognoscet. Confer *Puffendorhium de jure natura & gentium lib. 3. cap. 3. numer. 11. 12. Maxium ad jus Lubecense lib. 3. t. 6. art. 7. & mea ad t. de justit. & juro numer. 18.*

20. Considerandum tamen, leges illas, quibus restringitur libertas commerciorum, & importandi exportandive jus, strictam recipere interpretationem, ne extendatur ultra res eas, quarum mentio lege prohibente comprehensa est. Qua ratione, si vetita fuerit frumenti exportatio, licet farinæ etiam ac spicarum & panis exportatio interdici credatur, ne fraus legi fiat, arg. l. adeo 7. §. cum quis 7. in fine ff. de acquir. rer. domin. Menochius de arbit. jud. lib. 2. casu 585. numer. 11. Ant. Matthæus de auction. lib. 2. cap. 4. num. 4. non tamen leguminum, veluti fabarum, seminis lini, similiumque; arg. l. frugum 77. ff. de verb. signif. multoque minus liquorum, veluti vini, olei &c. & viceversa. Responsa Jurisc. *Holl. pars. 2. consil. 9. Marquardus de mercatura lib. 1. cap. 16. numer. 33.* Quin & sub vino acetum non contineri, si vinum ab initio non

fuerit, verius est, arg. l. in venditionibus 9. §. ult. ff. b. t. l. si qui vinum 9. §. 1. 2. ff. de tritico, vino vel oleo legato. Nec sub lana linum aut pilos comprehendi, colligi potest ex l. si cui lana 70. §. linum 10. ff. de legatis 3. & docet Ant. Matthæus de auction. d. lib. 2. cap. 4. numer. 4. Ac denique prohibitio exportationis non videtur porrigenda ad res illas, quas quis non promerit, sed tantum proprii usus gratia exportat, arg. l. universi 5. C. de velig. & commissis, Christinaus ad Leg. *Mecklin. in preludis num. 22.* Parens p. m. Paulus Voet de statutis rebl. 7. cap. 3. numer. 5.

21. Sine re autem, quæ veneat, nulla emptio, nulla venditio est, l. nec emptio 8. ff. b. t. Unde si res vendita perierit in universum ante contractum, ignaris contrahentibus, nihil utrumque actum intelligitur: sed si pro parte, si quidem minore, subsistit contractus, pretio pro rata diminuendo; sin pro majore, adeo ut minor tantum pars ex re vendita supersit, emptioni stare emptor non tenetur, l. domum emi 57. pr. ff. b. t. Idemque est, si id, propter quod quis ad rem emendam processit, in ea absumtum sit: veluti, si quis fundum emerit ob villam impositam aut arbores in eo plantatas, ac ante contractum, ignaro utroque, villa exusta fuerit, aut arbores vento dejectæ vel igne absumptæ, l. arboribus 53. ff. b. t. sive privatim, sive auctione publica solemniter distractio facta sit, Ant. Matthæus de auction. libr. 1. cap. 8. numer. 23. Quod si emptor sciverit rem interisse, venditori id ignoranti totum tenetur pretium persolvere, sive in pœnam doli, sive quod lex eo casu concipiat donandi præsumptionem, d. l. domum 57. §. simili 2. ff. b. t. junct. l. cujus per errorem 53. ff. de reg. juris. Uti ex adverso venditor sciens interitum rei emptori ignoranti ad id quod interest obligatus efficitur, d. l. 57. §. sin autem 1. ff. b. t. junct. l. & liberi 4. l. 5. l. qui officii 62. §. 1. ff. b. t.

22. Pretium, quo scilicet res æstimatur, quodque ad emtionem est necessarium, l. inter patrem 2. §. 1. l. pacta conventa 72. ff. b. t. primo quidem debet esse justum, ac meriti respondens, etiamsi naturaliter liceat contrahentibus in pretio sese per quamdam solertiam modice circumvenire, l. in causa 16. §. idem 4. ff. de minor. 25. annis, junct. l. si voluntate 8. C. de rescind. vendit. Debet & consistere in pecunia numerata, de qua l. 1. ff. b. t. non item in aliis rebus, §. 2. instit. b. t. arg. l. si ita fidejussorem 42. ff. de fidejussoribus. Licet de eo dissensus fuerit inter Jurisconsultos veteres, d. §. 2. cujus & vestigium est in l. si debitor 39. §. 1. ff. b. t. ubi fructus olivæ certa olei ponderatione venditus proponitur; quis illic venditionem interpretari malit per locationem, dum emtionis vocabulum latius acceptum & locationem conductionem comprehendit, ut in pr. *busus rituali* monitum. Emptio certe non erit, sed magis donatio, si pretium dicis tantum causa, & animo non exigendi, constituitur, l. cum in venditione 36. l. si qui donationis 33. ff. b. t. junct. l. ult. ff. pro donato, l. si sponsor 5. §. circa 5. ff. de donat. inter vir. & uxor. Secus, si ab initio pecunia quidem intercessit, sed postea consentienti venditori pecora, vel quid aliud in solutum datum sit; emptio enim manet, cum initium contractus spectandum sit, l. pretii 9. C. de rescind. vend.

Jacobus Coren observo. 35. circa med. numer. 2. 2. 3. & seqq. Idemque est, si ab initio quidem pretii exigendi animus fuerit, sed postea illud emtori nova remittatur voluntate, arg. l. si tibi habitationem 5. ff. locati, d. l. si sponsus 5. §. circa venditionem 5. ff. de donation. inter vir. & uxorem. Si partim pecunia, partim res alia pro re detur, inspiciendum, quæ fuerit contrahentium mens, emendine, an permutandi, arg. l. juris gentium 7. §. quod fere 12. ff. de pactis, de qua si haud constet, a potiori faciendi denominatio; ut, si plus sit in pecunia, minus in aliarum rerum datarum pretio, censi debeat contracta venditio; contra vero, si plus sit in re data, quam pecunia, arg. l. 1. C. de rerum permutat. l. tenetur 6. §. si vendidi 1. ff. de act. emi. l. fundi partem 79. ff. b. t. Confer Abr. a Wesel de contrub. bonor. societ. tract. 2. cap. 1. n. 59. 60. 61. 62.

23. Insuper, certum esse pretium in emtione, necesse est; usque adeo, ut ne agi quidem possit ex instrumentum emtionis, in quo certa pretii quantitas non continetur; cum ita de contractus substantia non satis doceatur; nisi pretium solum esse instrumento declaratur; vel adversarius hanc instrumentum non opponat exceptionem; vel instrumentum antiquum sit. Andr. Gayl. lib. 2. observo. 13. Hoesius ad Pand. b. t. n. 36. Quid, quod nec testes emtionem satis plene probant, nisi simul de conventionne super pretio ac certa ejus quantitate deponant. Andr. Gayl. d. lib. 2. observo. 13. n. 8. Fachineus lib. 2. controvers. cap. 34. Pinellus ad rubric. C. de rescind. vend. part. 2. cap. 1. n. 7. Mantica de tactis & ambiguis convent. lib. 4. t. 19. n. 60. 61. Perezius ad Cod. b. t. n. ult. Certum autem est pretium vel per se, vel per relationem ad aliud, veluti, quanti res emta fuit, aut quantum in arca esset; si modo pretium aliquid in arca reperiatur, cum alioquin deficiat substantia venditionis, l. hac venditio 7. §. hujusmodi 1. l. si quis fundum 37. ff. b. t. junct. l. inter patrem 2. §. 1. l. pacta conventa 72. ff. b. t. vel denique per arbitrium tertii: pretium enim in tertii certi arbitrium conferri posse, receptum est; adeo ut inutilis futura sit emtio tanquam ab arbitrii conditione dependens, si tertius ille noluerit vel non potuerit arbitrari, l. ult. C. b. t. §. 1. Instit. b. l. l. si mercas 25. ff. locati. In tertii plane incerti voluntatem conferri pretii determinationem, merito displicuit; cum in eligendo certo possent in perpetuum dissentire, d. l. nisi contractus alius validus, veluti pignoris, præcesserit, l. si fundus 16. §. ult. ff. de pign. & hypoth. Quod si iniquum arbitrer interposuerit arbitrium, id ipsum bonæ fidei iudicio, id est, iudicis officio secundum naturam negotiorum bonæ fidei ex bono & æquo corrigendum est, l. an. de si Nerva 79. ff. pro socio. Manifesta autem videtur apparere arbitri iniquitas, si pretii determinatio ex parte venditoris aut emtoris læsionem ultra dimidium contineat; saltem ex quo condita fuit lex secunda C. de rescind. vend. In emtoris aut venditoris arbitrium non recte pretium confertur, l. quod sæpe 35. §. illud contras 1. ff. b. t. arg. l. in vendendis 13. C. b. t. l. a Titio 104. §. nulla promissio 1. ff. de verbor. obligation. Unde & ea fuit improbatæ conventio, ut unus contrahentium eligeret tertium, pretia definiturum.

Pinellus de rubric. C. de resc. vend. part. 2. cap. 1. n. 6. in fine.

24. Interposito consensu super merce ac pretio, perfecta est venditio, sic ut ab ea recedi nequeat, pr. Inst. b. t. nisi id actum fuerit, ut in scriptis emtio celebretur, ut ante dictum, aut aliud quid vi pacti specialis intercedere debeat, & aliquid ex his adhuc supersit agendum, d. pr. Inst. b. t. l. contractus 17. C. de fide instrument. vel res ad gustum emta sit, quatenus conditio degustandi prohibet ad hoc, ut improbare liceat, l. si in emtione 34. §. alia causa 5. ff. b. t. De cetero conditionalis venditio, & ea, qua res veneunt fungibiles, licet perfecta non sit, nisi cum conditio extiterit, aut tales res venditæ appensæ fuerint, vel admensæ, vel adnumeratæ; medio tamen tempore penitentis locus non est, d. l. si in emtione 34. §. alia causa 5. ff. b. t. arg. l. necessario 8. ff. de peric. & commod. rei vend. Tiraquellus de retractu gentilit. §. 1. gloss. 2. n. 27.

25. Venditioni accedere possunt arrhæ, possunt & pacta. Arrham quod attinet, Isidorus quidem eam lib. 5. origin. cap. 25. in med. descripsit, quod sit primum, quod pro re bona fidei contractui emta ex parte datur, & postea completur: ess enim arrha complenda, non auferenda; unde qui habet arrham non reddit sicut pignus, sed desiderat plenitudinem, & dicta arrha a re pro qua traditur. Sed Jurisconsultis paulo alia arrhæ consideratio est: primo enim vel in pecunia numerata, vel in rebus aliis consistere potest; si in pecunia, nihil vetat, quo minus ab emtore venditori data penes accipientem remaneat, pretio imputanda; sin aliis in rebus, post impletum emtionis venditionis contractum id, quod arrhæ nomine datum fuerat, actione ex emto vel condictione sine causa per dantem repeti posse, constat ex l. ex emto 11. §. si, qui vina 6. ff. de act. emi. Sed & secundo arrha sæpe quidem data fuit in signum emtionis contractæ, ac perfectæ, & ulterius utroque ex latere implendæ, ut ita evidentius probari posset, de pretio convenisse, l. quod sæpe 35. pr. ff. b. t. pr. Inst. b. t. quandoque tamen etiam in indicium emtionis inchoatæ, ac ulterius in scriptis aut aliter secundum partium voluntatem perficiendæ, d. pr. Inst. b. t. post. mod. l. contractus 17. in finem C. de fide instrument. Posteriore casu recedi ab emtione inchoata potest sub dispendio arrharum, quas quis dederit, vel restitutione duplicatarum, si acceperit, d. pr. Inst. b. t. d. l. 17. C. de fide instrum. At casu priore penitentia omnis secundum dicta in præcedentibus exclusæ est, licet quis arrhas datas perdere, vel acceptas reddere duplicatas paratus sit, arg. l. non idcirco 12. C. de rescind. vend. l. sicut initio 5. C. de oblig. & act.

26. Pacta quod spectat, venditionibus apponi possunt honesta, licita, substantiam venditionis haud evertentia; ex quibus, magno sparsim numero occurrentibus, pauca recenseri fuisset; puta, ut venditor rem venditam certa mercede conductam habeat, l. qui fundum 75. ff. b. t. ne emtor in loco emto monumentum extruat aut aliud quid ædificet, l. ult. C. de pactis inter emm. & vend. ut, si intra certum diem res emta displicuerit emtori, inemta sit; vel vice versa sit emta, si intra certum placuerit, l. si res ita 5. ff. b. t. §. pen. Inst. b. t. Die certo pacti non addito intra duos menses voluntatis de-

clarationem oportere fieri, non in perpetuum, probabile est, arg. l. quod si nolis 31. §. si quid ita 22. ff. de adiut. edict. Covarruvias varior. resolut. lib. 1. cap. 9. num. 1. Videturque arbitrium illud declarandi voluntatem personale esse, ideoque morte ejus, qui velle debebat, evanescere, nec ad heredem emtoris transmitti, qui proinde nec perfectam venditionem sua voluntatis declaratione infirmare, nec imperfecta & ex conditione suspensa perfectionem petere aut eam sua voluntatis significatione perficere potest, arg. l. si ita legatum 65. §. illi 1. ff. de legatis 1. l. si ita expressum 69. de condit. & demonstrat. l. locatio 4. ff. locati. Neostadius Curia sup. decisi. 45. Responsa Jurisc. Holl. parti. 2. consil. 15. Sed & amplius id agi potest, ut venditor res, veluti equos venales experiendos det, ea lege, ut reddere liceat, si in triennio proximo dispendierint; & ut, emptione non secuta, in dies singulos aliquid praestetur. Quo casu experiri licet; desultoris autem partes agere, & praemii causa in iis currere non licet; de cetero periculum eorum magis ad venditorem pertinet, si necdum perfecta emptio, sed ex tali conditione suspensa fuerit, l. apud Labonem 20. pr. & §. 1. ff. de praescriptis verbis Praeterea, cum vestimenta aut quid aliud mobile mihi venditurus esset, conveniri potuit, ut ea apud me relinqueret, ut peritioribus ostendum; quo pacto posito, si vi ignis aut alia vi majore perierint, periculum ad me non pertinet, quasi & tunc imperfecta venditione: ut tamen ad custodiam obstrictus sim. l. si gratuitam 17. §. si cum mihi 4. ff. de praescriptis verbis. Nam &, si, cum emere argentum vellem, vascularius, id est, qui vasa facit argentea, illum ad me detulerit & reliquerit, egoque, cum displiceret mihi, servo meo referendum dederim, & id sine dolo meo ac culpa perierit, vascularii detrimentum fore responsum est; ita tamen, ut & hic culpa eorum, quibus id custodiendum perferendumve dedi, per me praestanda sit, l. apud Labonem 20. §. ult. ff. de praescriptis verbis. Confer t. de commodato n. 6. Contra vero reprobatur est pactum, ne rei venditae dominium in emtorem transeat, l. pen. §. ult. ff. b. t. ad praeteritas pensationes publicas & tributa teneatur emtor fundi; licet verum sit, venditorem quoque obligatum manere, si forte in emtorem minus idoneum fundus translatus sit; nec ad praeteriti temporis pensationes teneri emtorem, ubi fiscus ipse pretium distraxit ob tributorum cessationem, tot. t. C. sine censu & reliquis fundum comparari non posse, l. 2. & tot. t. C. si propter publicas pensationes venditio fuerit celebrata, l. inter debitorem 42. ff. de pactis, Groenewegen ad l. 1. C. sine censu & reliquis &c. Vinnius de pactis cap. 18. n. 1. Illicitum denique pactum omne, quod monopolii interdicti speciem sapit, l. unis. C. de monopoliiis.

27. Quod si pacta quaedam emptioni addita ambigua atque obscura sint, ad eorum interpretationem faciendam huc ea recte traduxeris, quae de legum interpretatione monui t. de legibus n. 20. praesertim, cum & pacta contractibus legem dent. Quae si credenda paciscentium menti non sufficiunt, dicendum generaliter videtur, contra eum faciendam esse pactorum dubiorum interpretationem, qui ea apposuit, quippe suae debet impurare imprudentiae, quod aper-

tius locutus non sit. Ac proinde, si a venditore pactio profecta fuerit, adversus eum illa de causa interpretationem fieri aequum est, l. Labeo scripsi 21. l. cum in lege 33. ff. b. t. l. veteribus 59. ff. de pactis, l. in contrahenda 172. ff. de reg. juris, arg. l. cum quaeritur 26. ff. de reb. dubiis, l. quicquid astringenda. 99. pr. ad ff. de verbis. oblig. Ex adverso, si quam emptor venditioni adjecerit conventionem, magis est ut & contra ipsum pacti ambigui explicatio adhibeatur, quippe in cuius jam potestate fuit, apertius pacisci, l. si in emptione 34. ff. b. t. arg. d. l. quicquid 99. pr. versu, nec rursum ff. de verbis. obligat. Nec hic repugnat, l. si quis intentione 66. ff. de iudiciis, cum diversa in libellis atque iudiciis ratio, sit ut plenius dictum t. de edendo num. 3. Adde Vinnium de pactis cap. 20. n. 4. 7. 8.

28. Interim pacta quaedam, etsi per se dubia, certam tamen a legibus receperunt interpretationem, quam iudex in iudicando sequatur. Ita, si lege fundi venditi dictum fuerit, aquam accessuram esse, etiam venditor iter aquae concedere debet seu spatium, per quod rivus aut canalus aquae ducenda causa fiat, l. qui fundum 40. §. in lege 1. ff. b. t. junct. l. Quintus Mucius 15. ff. de servit. praed. rustic. Si dolia domini fundo accessura esse pactum sit, etiam ea, quae servus, qui fundum coluerat, emisisset pecuniaria, emtori cessura constat ex l. 40. §. pen. ff. b. t. Si scriptum sit, fustulas emtori accessuras, etiam castellum, ex quo fustulis aqua duceretur, placuit emtori acquiri, l. fustulas 73. pr. ff. b. t. Lacu vendito cum decem pedibus circa illum lacum, si lacus ante traditionem creverit, non ob eam rem latius emtorem debere possidere quam emit, sed decem pedes circa illum lacum praestandos esse, quatenus tunc fuit lacus, cum veniret, a Proculo responsum est, leg. Ruilius Polla 69. ff. b. t. Et si in venditione fuerint pacto exceptae lapidinae, ea tantum exceptae intelliguntur, quae erant tempore contractus, non quae postea repertae sunt, l. in lege fundi 77. ff. b. t. Denique, si manu sata lege contractus exempta fuerint, non vites aut arbores exceptae censebuntur, licet manu satae, neque etiam seges, quae ex stipula enascitur, sed tantum illa sata, quae singulis annis de novo seri solent, l. qui fundum 40. §. fundi venditor 3. l. cum manu 80. ff. b. t.

## TITULUS II.

## De in diem additione.

## SUMMARIA.

1. Additio in diem aliquando puram, aliquando conditionalem venditionem facit. Qui utriusque diversi effectus sint?
2. Sine speciali pacto post additionem adjectiones non fiunt, nisi fiscus vendiderit, jure singulari.
3. Qui possint conditionem meliorem offerre? an & emtor, aut unus ex pluribus venditoribus? quibus modis melior offeratur conditio? an ex eo, quod fructus interim percepti penes venditorem mansuri sunt?
4. Oblatus meliorem conditionem, an venditor rejicere possit, & emtorem priorem retinere? Denuncianda emtori primo conditionis melioris obligatio. An prior liberetur, si secundo rei addita, & is

*solvendo non sit? An res sapius aliis meliorem conditionem offerentibus in diem addici possit? Quid si venditor finxerit, alium meliorem conditionem obtulisse?*

5. Quibus actionibus venditor rem secundo additam repetat a primo emtore? quo in statu rei, & que una cum re sint restituenda? qua emtor primus repetere vicissim possit?
6. Recensentur casus, quibus cessat melioris conditionis oblatio.
7. Quid iuris, si plures domini eandem rem uni in diem addixerint, & oblata conditione meliore quidam primum emtorem, alii secundum preferant?
8. Quid si rei dua duobus separatim sint addicta, denis singula, & tertius pro utraque simul triginta offerat?

**I**nter pacta emtioni apponi solita occurrunt duo insigniora, puta, in diem additio & lex commissoria; quibus & eam ob causam tituli peculiares tributi sunt. In diem additio est venditio ea lege facta, ut firma fiat, vel firma maneat, si alius intra certum tempus meliorem non obtulerit conditionem. Talis namque venditionibus in continenti adjecta lex easdem aliquando puras facit: aliquando conditionales, pro formularum diversitate; ut colligi potest ex l. quoniam 2. & l. ubi autem 4. §. cum igitur 5. ff. b. t. Puras si faciat, medio tempore periculum, & interventu traditionis dominium rerum venditarum, ac jus easdem pignori obligandi, aut, si alienæ sint, usucapiendi facultas in emtorem transit & accessiones emtor fructusque suos interim facit, l. 2. §. 1. l. 3. l. 4. §. sed & Marcellus 3. l. item quod 6. l. Imperator 16. ff. b. t. quin & rem ipsam, si forte possessionem amiserit, vindicare potest aut Publiciana petere in rem actione, l. si quis hac lege 4t. ff. de rei vindic. arg. l. sed & si 7. §. Marcellus 2. l. si ego 11. §. idem Julianus 4. ff. de publiciana in rem act. Atque etiam experiri interdictio quod vi aut clam, si quid in præjudicium rei sic venditæ factum sit, l. ubi autem 4. §. idem Julianus 4. ff. b. t. Quod si conditionales ex in diem additione venditiones sint, nihil eorum, quæ commemorata sunt, obtinet, nec quicquam interim in emtorem censetur translatum, l. ubi autem 4. pr. ff. b. t. ac ne periculum quidem, si medio tempore res tota perierit, secus, si pro parte tantum pendente conditione extincta aut deterior reddita esset, l. necessario 8. ff. de peric. & commod. rei vend.

2. Quamvis autem regulariter, rebus emtori simpliciter addictis, adjectio ultior, seu melioris conditionis per alium facta oblatio, emtionem rite perfectam infirmare nequeat, quoties id nominatim pacto actum non est; jure tamen singulari id fisco, non item civitatibus datum fuit, quod res suas emtionibus prioribus simpliciter divenditas auferre possit, & aliis intra certum tempus meliorem conditionem offerentibus addicere, nisi priores tantundem præstent, l. Lucius Titius 21. §. ult. ff. ad municipalem, l. ult. ff. de jure fisci, l. si tempora 4. C. de fide & jure panti fiscali.

3. Meliorem offerre conditionem possunt non extra nos modo, sed & unus eorum, quibus res prima in diem additione vendita erat, l. cum in diem 18. ff. b. t. & unus ex pluribus venditoribus: licet enim

volgo emtio rei suæ nulla sit, l. neque pignus 45. ff. de reg. juris, tamen, quo minus cum tota re etiam nostram emamus partem, nihil vetat, l. quod si uno 13. §. verum est 1. ff. b. t. Toties autem melior censetur offerri conditio, quoties id a posteriore offertur, quod ad majorem venditoris utilitatem pertinet; sive pretio quid additum sit, sive nihil quidem pretio adjiciatur, sed vel facilius vel maturius vel loco opportuniore faciendi offeratur solutio, vel idoneo fidejussore aut pignore oblato securior de pretio venditor fiat; vel levioribus secundus emat conditionibus, remissa forte satisfactione aliisque, quæ emtori priori præstanda, venditori erant gravia in priori emtione, etiamsi tunc ne eodem quidem sed viliori pretio posterior emat, l. ubi autem 4. §. ult. l. 5. ff. b. t. Non tamen ex hoc solo æstimanda conditionis melioris oblatio, quod posteriore tantundem offerente, ac re a priore advocata, fructus medii temporis apud venditorem remanent, qui priori cessissent emtori, si emtio prior mansisset rata, l. si venditor 14. §. ult. ff. b. t.

4. Posita vero conditionis melioris oblatione, prior emtor hoc ipso non liberatur, nisi id actum sit; sed venditori liberum est oblata meliorem conditionem abjicere, ac sequi primam, quasi meliorem, l. Sabini 9. ff. b. t. nisi creditor pignus vendat, & is, qui adjecit, idoneus sit, eo quod tunc non suo sed debitoris juri renunciaret, nec videretur bona fide negotium geri, l. sed si 10. ff. b. t. Quin imo, denuntiatio conditionis melioris allata regulariter emtori primo quantocius facienda est, ut, si videatur, & ipse tantundem offerat, atque ita secundo potior sit; quo tamen casu fructus inter primam & secundam additionem sibi factam perceptos restituit, cum rem habeat ex nova emtione, nisi alia appareat contrahentium voluntas, l. item quod 6. §. 1. l. 7. l. 8. ff. b. t. Priore vero tantundem haud offerente, res secundo addici potest, si modo is neque filiusfamilias neque servus venditoris sit, l. si vend. 4. §. sed & si 3. ff. b. t. idque vel simpliciter vel rursus in diem, ut nempe res inempta sit, si tertius intra certum tempus adhuc meliorem obtulerit conditionem: neque enim leges impedimento sunt, quo minus eadem res sæpius in diem addicatur, si modo vel prima vel secunda vel tertia additione a venditore recedat, l. quod autem 11. ff. b. t. Estque secunde tertiæ additionis effectus, quod emtor priore eo ipso in universum liberetur, licet posterior solvendo non sit, vel servilis conditionis, cum eum venditor liberum crederet, vel in pupillari existens ætate sine tutore ad emendum processerit, l. si venditor 14. §. 2. §. ff. b. t. Mantica de tacit. & ambig. conven. lib. 4. c. 23. n. 30. 31. Groenewegen ad l. 9. ff. b. t. Plane si venditor finxerit, alium bona fide licitantem plus obtulisse, cum minus obtulisset, atque ita secundo addiderit, utrique in solidum obligatus erit, l. si venditor 14. pr. ff. b. t.

5. Dissoluta per additionem posteriori factam primæ emtione, res ipsa vendita venditori restituenda est, libera ac sine onere, si forte medio tempore pignori obligata sit, l. ubi autem 4. §. sed & Marcellus 3. ff. b. t. l. si res distracta 3. ff. quib. mod. pig. vel hypoth. solvantur. Data et in id vel rei vindicatione, si verbis directis hæc pactio concepta fuerit, veluti, ut res inempta sit, arg. l. ult. ff. de lego commissaria, vel ex emto aut præscriptis verbis personali actione, si



verbis obliquis id actum sit, ut *res revertatur*, arg. l. qui *ex lege* 3. C. de pactis in *er emt. et vend.* Atque insuper una cum re reddendi fructus inde medio tempore per emtorem percepti; ac cedendæ venditori actiones, si quæ forte rei emtæ intuitu emtori quæsitæ sint, d. l. 4. §. *idem Iulianus* 4. l. *item quod dictum* 6. l. *Imperator* 16. ff. b. t. Quemadmodum ex adverso emtor quoque non modo pretium, quod numeravit, repetere potest actione ex emto una cum usuris, arg. l. *illud sciendum* 29. §. *condemnatio* 2. ff. de *adit. edicto*, l. *Iulianus* 13. §. *veniam* 20. ff. de *act. emti*. Sed &, si quæ medio tempore necessario in rem emtam erogata probare possit, d. l. *Imperator* 16. ff. b. t. idque non secundo emtore, sed magis a primo venditore, quocum ipse contraxerat, nisi solemniter intervenerit delegatio, aut cessio actionis, l. ult. ff. b. t.

6. Sunt tamen in iure casus, quibus locum non habet melioris conditionis oblatio ad id, ut prior emtio hoc ipso resolveretur; puta si mortuus sit venditor, nec ejus adita fuerit hereditas ante appositum additioni diem; quia melior conditio allata, quæ domino placeat, intelligi non potest, nullo scilicet rei domino existente, l. si *pradio* 15. ff. b. t. Vel si adjectio fiat tantum pro parte rei, cum ea adhuc integra superesset, ne invitus emtor prior cum secundo in communionem redigatur; secus si nihil præter illam partem in rerum natura sit, l. ubi *autem* 4. §. *idem Iulianus* eodem 2. l. *quod si uno* 13. ff. b. t. Amplius, si tota res principalis interim perierit, ac nil præter accessiones supersit; quia alterius rei, quam ejus quæ distracta est, non solet adjectio admitti, l. *quoniam* 3. l. 4. §. 1. ff. b. t. Denique si adjectio tantum fiat propter ea, quæ secunda emtioni accessura sunt, cum primæ non accessissent, si non minoris sint hæ accessiones, quam quo pluris potest res principalis venit, l. si *pradio* 15. §. 1. ff. b. t.

7. Si plures rem eandem addixerint in diem, & meliore allata conditione, primum quidam, alii secundum velint emtorem admittre; si quidem uno pretio res vendita sit, potior erit prioris emtoris conditio, quia una conditio est, quæ vel in totum conservanda, vel in totum infirmanda fuit, ne emtor in communionem minivitus trahatur: sin pretiis diversis, partes eorum, qui primum emtorem præstulerint, primo, reliquæ secundo cedere debent; cum separatæ venditiones sint, nec quisquam in communionem redigatur aliam, nisi in quam sese particulatim emendo sponte coniecit, l. *quod autem* 11. §. 1. l. 12. l. 13. ff. b. t.

8. Quin &, si duæ res duobus separatim denis singulæ aureis addictæ sint, & extiterit, qui pro utraque triginta promittat; refert, unius pretio decem, an singularum quina adiciat: priore casu ea sola res inempta erit, cujus pretio adjectio facta fuerit; posteriore res utraque ad posteriorem emtorem pertinebit. Quod si incertum sit, ad utrius rei pretium adjectio facta sit, a priore venditione non videbitur discessum esse, l. cum *duo* 17. ff. b. t.

## TITULUS III.

## De Lege Commissoria.

## SUMMARIA.

1. Quid sit *lex commissoria*, & unde dicta? An tantum puram, an vero etiam conditionalem possit facere venditionem?

2. Venditor eligit, an uti velit *lege commissoria*, nec ne? nec possit electionem variare potest. Quo modo tacite remittat hanc legem? Qua actione rem repetat, si hac lege uti velit?
3. An emtione resoluta emtor partem pretii, quam solvit recuperet? an & arbras aliaque impendia? an & medii temporis usuras?
4. An interpellatione opus sit, ut lex hac locum habeat? quid si *lex commissoria* sine die adjecta sit?
5. Quibus in casibus cesset vis legis commissoria? Quid agendum, si venditor præstans solutionem declinet? Quid emtor agere debeat, si ante diem additum fiat tutor liberorum venditoris?
6. De pacto, ut pretio intra certum tempus non soluto, res vendatur periculo primi emtoris.
7. De pacto de retrovendendo. Quale pretium reddendum sit? Qualis actio ex hoc pacto ad rem recuperandam competat? An fructus rei & usura pretii medii temporis restituenda sint? An duplicata debeantur laudemia ob redemptionem?
8. An ius redimendi ex pacto ad heredem transeat? Quid si quidam ex his redimere nolit? An & extraneo cedi possit? An huic juri præscribi? Si primus emtor rem alteri simpliciter vendiderit sine pacto redimendi, an primus venditor contra emtorem secundum agere possit?
9. De jure retractus conventionalis & legalis: legalis retractus strictam recipit interpretationem, nec habet locum, nisi doceatur, ius illud ex tali causa lege vel consuetudine loci, in quo sita immobilis, receptum esse.
10. De retractu conventionali ac pacto, ut, si emtor rursus vendere velit, non alii quam venditori vendat. Emtor tunc extraneo vendere volens denunciare id venditori debet, ut si is velit, intra duos menses declaret, se rem eodem pretio velle emtam habere. Facta hoc emtor non impeditur extraneo rem donare, legare, &c.
11. Ius retractus legalis competit domino directo emphyteusio; etiam emphyteuta, si dominus vandas dominium directum. Item domino directo feudi, etiam sub infeudanti, si vassallus feudum vendat, & emtor necdum investitus sit. Datur & sociis ad partem à socio distractam; & ei, cui census ex fundo debitus, si fundus vendatur. An & quatenus illis, qui ius pignori habent in re immobili, dominis pradii, unde redditus annuus debetur, dominis jurisdictionis, Bailivis, pratoribus? An fructuariis, vendita proprietate?
12. In omnibus fere locis viget retractus gentilitius; non tamen in Geldria aut in Transilvania. An ubique in Hollandia?
13. Ex juris Romani principiis potest fundamentum retractus gentilitii. Qua juris mutationes his inciderint?
14. Competit hoc ius cognatis masculis, feminis; non adoptivis. An naturalibus? an conceptis post venditionem? an debeant esse proximi ex illa linea unde res profecta? & quid in feudis retrahendis? An datur illis, qui ex statutis non vocantur ad successionem ab intestato? an naturalibus ratione fundi à linea materna distracti? an remotioribus jure representationis ad successionem venientibus cum alio proximioribus? An ius retractus regatur secundum ius successionis intestatæ?

15. *Hoc jus retractus ex lege competens alteri cedi nequit; nec quisquam pro alio, sed tantum pro se retrahit; quod & quibusdam in locis tenetur jurare.*
16. *Non retrahit, qui ingratu fuit in cognatum venditorem; nec qui huic juri renunciavit. An tacite renunciaverit, qui pro evictione fidejussit? Aut oblata sibi emptionem non accepit? Aut venditionis instrumentis subscripsit?*
17. *An filius venditoris, etiam in patris existens potestate, retrahere possit? An & heres venditoris? & quid si venditor promiserit, se rem praeiuturum liberam ab omni retractu?*
18. *An si cognatus & extraneus simul emerint, cognatus retrahere possit partem extranei? An maritus, si stante matrimonio rem emerit a cognato suo, vel retractaverit eam extraneo per cognatum venditam, & illa sic cesserit communionis jure uxori pro parte?*
19. *Si maritus stante matrimonio fundum emas & rursum vendas, retractum habent cognati uxoris & mariti, si fundus fuerit conjugum communis factus. Si pures vendiderint simul eundem fundum, an unus venditoris cognatus partem an totum retrahere possit?*
20. *Qua solemnitate retractus fiat in Hollandia? quid juris, si in forma peccatum sit?*
21. *Retractus tantum obtinet in immobilibus, & incorporalibus, qua immobilibus hodierno jure accensentur; in Hollandia fere in praediis tantum ruri, non in adibus in urbe sitis; sive avita sint, sive per venditorem ipsum prius emta; sive allodialia sive feudalita: & an in curia feudali lis de retractu agianda sit?*
22. *Si simul sint vendita res retractum admittentes cum rebus retractum repugnantibus, quo usque retractus tunc fieri possit?*
23. *Retractus tantum in emtione, & datione in solutum similibusque, ubi pretium apparet, locum habet. An in venditionibus subbustatione factis? Non in permutationibus, legatis. Quid si res partim vendita, partim donata sit?*
24. *An emtor & venditor mutuo consensu resiliendo ab emtione impedire possint jus retractus? An per adjectionem pacti, ut domum res sit vendita, si cognatus non retrahat? An per adjectionem pacti de retrovendendo? An per id, quod emtor intra tempus retractui praefinitum rursus eandem rem in extraneum alienavit? An tunc primi an secundi venditoris cognati potiores sint? Es quid tunc observandum sit ac reddendum per retractum?*
25. *De tempore intra quod retractus fieri debeat. An tempus illud currat a tempore venditionis, an a tempore traditionis? An currat ignorant, & an adversus lapsum temporis restitutio in integrum dari debeat? An sufficiat extrajudicialis interpellatio intra tempus factum, an in ius vocatio?*
26. *Qua per retractum emtori reddenda vel offerenda sint? An emtore ea non admittente depositio & consignatio necessaria sit?*
27. *Retrahens subintrat in locum emtoris. Quales fructus emtor retractanti restituit?*
28. *Retrahenti competunt dilationes emtori ab initio data. Venditor de pretio residuo non contra em-*

*torum, sed contra retractum agit, & vicissim retractanti actiones dantur contra venditorem. Reviviscunt emtori jura omnia, quae per emptionem extincta fuerant.*

29. *Onera rei imposita gravant retractum. Si dominus directus retrahat feudum venditum, imposita per vasallum servitutes durant, secus, si jure caducitatis feudum domino aperiretur. An retractans solvat laudemia & alia onera, a quibus emtor ex privilegio personali liber erat? In retractu legali semel tantum laudemia & alia debentur, velut ex una emtione.*
30. *In concursu quinam potiores sint in jure retractus quoties pluribus ex diversis causis, vel ex eodem jure, retractus competat?*

1. **I** Ex commissoria, in pignoribus improbat, at hic admissa, nihil aliud est, quam pactio emtioni in continenti adiecta, ut, nisi certo tempore pretium solvatur, res inempta sit. l. 2. ff. b. t. Quam commissoriam inde dici probabile est, quia, qui in talem legem seu pactum impingit, in universam impingit venditionem, sic ut deinceps vi hujus pacti venditio tota committitur arbitrio venditoris, aut rata futura, aut infirma, prout venditori visum fuerit. Magisque est, ut hac lege adiecta venditio pura censeatur quam conditionalis, quippe resolvenda potius per existentiam conditionis, quam per eam suspendenda, ubi id actum est, ut res inempta sit. l. 1. ff. b. t. l. 2. Sabinus 3. ff. pro emtore. Unde & periculum atque commodum rei, ac per traditionem dominium vel usucapiendi potestas, & fructuum percipiendorum jus, interim in emtorem transit, l. lege funde 5. ff. b. t. Nulla tamen ratio juris impedit, quo minus lex quoque commissoria conditionalem possit venditionem facere, concepta legis formula, ut si infra decem menses pretium solutum sit, res aureis decem emta habeatur. Sane & in diem additio, si formula vulgata concipiatur, aequae ac lex commissoria, puram venditionem efficit, ut patet ex l. 2. §. Sabinus 3. junct. §. 4. ff. pro emtore, & tamen titulo superiore probatum abunde, pro varia formulae conceptione vel puram vel conditionalem videri venditionem intercessisse. Firmumque pro hac opinione fundamentum est in l. statuliber 38. §. ult. ff. ad leg. Falcid. ubi dum Hermogenianus ait, sub lege commissoria distractum, item ad diem additum in dominio venditoris connumerari, hoc ipso aperte significat, conditionalem fuisse tunc venditionem ex lege commissoria vel in diem additione; cum utrobique toties, quoties pura venditio est, non in venditoris sed emtoris dominio interim res emta existat, l. ubi autem 4. §. sed & Marcellus 3. ff. de in diem additione, d. l. 5. ff. b. t.

2. Adicitur hac pactio in venditoris gratiam, qui proinde uti ea, vel non uti potest, l. 2. l. 3. ff. b. t. Ut tamen protinus post diei lapsum statuere de eo debeat; nec si semel alterutrum elegerit, mutare deinceps ultra possit; cum electione prima jus emtori in continenti acquiritur, quod ei venditoris variatione auferendum non est, l. fundus 4. §. eleganter 2. l. post diem 7. ff. b. t. arg. l. apud Aufidium 20. ff. de optione vel elect. legata. Elegisse autem videtur legis commissoria remissionem, si post diem, lege commissoria comprehensum, pretium vel usuram ejus ab emtore receperit aut exegerit, l. de lege 6. §. ult. l. 7. ff. b. t. l.

*commissoria 4. C. de pactis inter emt. & vend.* Sed si venditor declaret, se uti velle pacti hujus benefici, ipso jure contractus resolvitur, ac res cum fructibus & accessionibus ad venditorem redit, quia nihil penes eum resistere oportet ex re, in qua fidem fecerit, *l. lege fundo 5. l. 6. §. idem 1. ff. b. t. data venditori rei vindicatione, vel ex emto actione, utra ipse experiri maluerit, si verbis directis concepta fuerit lex commissoria, ut scilicet res inempta sit, l. commissoria 4. C. de pactis inter emt. & vend. l. ult. in fine ff. b. t. junct. l. si fundus 4. ff. b. t. l. sed Celsus 6. §. 1. ff. de contrab. emt.* Secus si verbis tantum obliquis id actum fuerit, ut pretio non soluto res reddatur, revertatur, ab emtione recedatur; quippe quo casu non vindicatio, sed sola ex emto vendito actio datur, *l. qui ea lege 3. C. de pactis inter emt. & vendit.*

3. Sed & vicissim venditori incumbit, ut eam, quam accepit, emtori reddat pretii partem; nisi id pacto actum sit, ut partem pretii solutam perdat emtor in mora poenam, quo casu vicissim quoque apud eum medii temporis manerent fructus; & de eo casu, quo pactum in id nominatum conceptum fuit, accipiendum puto, quod ab Ulpiano post Neratium est traditum in *l. si fundus 4. §. sed, quod 1. ff. b. t.* Nam ut extra conventionem specialem poenalem emtor soluta pretii parte caderet, admittendum non est, arg. *l. quod si minor 24. §. sed & si 4. ff. de minor. 25. annis, l. si vi vel metu 3. l. 4. C. de bis qua vi meturve causa.* Ne ea contingeret ratione, ut, quo quis in pretio solvendo promptior fuisset ac diligentior, eo magis puniretur; contra tanto minorem subiret iacturam, quanto fuisset negligentior in pretio numerando fideique implenda; atque ita diligentia damnosa evaderet, mora prodesset. Quod & in praxi docet Groenewegen ad *l. 6. ff. b. t. & ad Grotii manud. ad jurisprud. Holl. lib. 3. c. 14. n. 78.* Sane, si arrha data, aut quid aliud emtionis nomine per emtorem erogatum fuerit, veluti in symposium, instrumenti emtionalis confectionem, proxeneticum pararii, & si quae sint alia his similia, ea emtori perire, nec oportere restitui, rationis est; cum per emtorem factum fuerit, quo minus legi adjecta pareretur, nec permittendum ei fuerit impune fidem fallere, *l. de lege 6. pr. ff. b. t. junct. l. 5. in fine ff. b. t. l. sed & si 25. pr. ff. de petit. hered.* Quod enim specialiter pactum proponitur, ut pretio non soluto arrham emtor perderet, & inempta res esset, *l. ult. ff. b. t. ex eo non recte collegeris pacti necessitatem ad arrhae amissionem; cum novum non sit, pactionibus & illa inseri ex abundantia ac dubitationis tollenda causa, quae & citra pactum ex ipsa fluere juris communis dispositione, l. qui mutuum 56. ff. mandati. Quae ratione etiam de fructuum restitutione pactum speciale legi commissoriae adjectum proponitur in *l. sed Celsus 6. §. si fundus 1. ff. de contrab. emt.* quos tamen etiam, omissa pactione, reddi oportere non ambigitur. Sed nec pretii usuras emtori restitui æquum est, quippe quæ vel ex conventionem vel ex mora præstanda forent, quarum neutra interesset ex parte venditoris; sed magis emtoris ipsius culpa ac mora dissolutio emtionis secuta est, cui sua non debuit ad usuras persequendas mora proficere. Ut proinde alia hic quam in additione in diem, ratio sit, in qua neque per culpam neque per moram emtoris resolvi contractum expeditum est.*

4. Committitur regulariter hæc lex commissoria

per ipsum temporis ad effectum lapsus, neque venditoris interpellatione opus est ad id, ut in mora emtor constituitur, cum dies abunde pro homine interpellat, *l. si fundus 4. §. ult. ff. b. t. junct. l. magnam 12. C. de contrab. emt. & commiss. stipul.* Nisi pactum commissorium sine certi diei adjectione conceptum fuerit: (uti id fieri potest arg. *l. 3. ff. de contrab. emt.*) tunc enim, cum dies interpellare nequeat, hominis interpellatione opus est; quæ forte post sexaginta dierum lapsum fieri poterit, ut emtor in mora constituitur, arg. *l. quod si nolet 31. §. si quid ita 22. ff. de adilit. editio.*

5. Cassat tamen pactionis hujus effectus quoties non per emtorem, sed per venditorem statit, quo minus pretium sua die solutum sit; veluti si venditor ipse moram faciat in præstandis iis, quæ ex conventionem ante pretii solutionem præstanda erant, veluti fidejussionem pro evictione, aut quid simile, *l. ult. §. emtor prædiorum 1. in fine ff. de rescind. vend. vel fuscus aut alius venditoris creditor testato denunciaverit emtori, ne is venditori solvat, antequam sibi denunciantis satisfactum sit, l. ult. ff. b. t. Joh. Papon. lib. 12. tit. 10. arreso 2. vel nullum habeat emtor cui offerat, dum vel absens vel mortuus est venditor nec domi procuratorem reliquit, aut ejus defuncti hereditas adita non est, *l. si fundus §. ult. ff. b. t. arg. l. quod si nolet 31. §. in causa 23. ff. de adilit. editio. l. cum quidam 17. §. si pupillo 3. ff. de usuris.* Quod si præsens venditor sese subducatur ac solutionem defugiat, consignatione ac depositione opus est, ut juri suo emtor consulat, *l. si a te 7. C. de pactis inter emt. & vendit.* & si emtor defuncto venditore, liberis ejus impuberibus ante diem appositam tutor datus sit, non aliter vim legis commissoriae evitare potest, quam si vel reliquis pretium numeraverit contutoribus, vel illud rationibus tutelæ retulerit, *l. ult. in pr. ff. de rescind. vend.**

6. Legi commissoriae simile est pactum, quo id agitur, ut, pretio intra certum tempus non soluto, liceat venditori rem alteri vendere periculo primi emtoris, si postea minoris distrahatur, *l. si fundus 4. §. in commissoria 3. ff. b. t.*

7. Est & vicinum hisse pactum de retrovendendo, quo emtionibus adjecto id agitur, ut venditori liceat vel intra vel post certum tempus vel quandocunque redimere seu recipere rem, reddito pretio eodem, quod datum est, non eo, quod tempore redemptionis justum ac rei respondens videri posset, nisi aliud nominatum actum sit, *l. si vir 12. ff. de præscriptis verbis, l. si fundum 2. C. de pactis inter emt. & vendit. compari. is, l. si creditor 7. §. illud 1. ff. de distract. pign. & hypoth. l. si cum venderet 13. ff. de pignorati. act.* Ex quali pacto venditori recuperare volenti personalis ex vendito, aut præscriptis verbis actio datur *d. l.* non enim absurdum est, actione ex emto agi etiam ad emtionis ipsius prioris distractionem, *l. ex emto 11. §. si qui vira 6. ff. de act. emt.* Quamvis hic vere non tam ad venditionis prioris, omni ex parte jam impletæ, resolutionem, quam potius ad novæ venditionis factum seu interpositionem agatur. Ut tamen ad officium ejus, qui retro venditionem postulat ab emtore refractario, omnino pertineat, pretium oblatum, nec acceptatum, deponere consignatum, arg. *l. nec creditores 10. C. de pignorati. act. l. si a te 7. C. de pactis inter emt. & vendit. Sande decis. Frisc. lib. 3. tit. 4. defin. 18. Fachineus controvers. lib. 2.*

cap. 42. Plane rei vindicatio venditori hoc casu accommodanda non est; cum obligatio tantum ad factum, puta retrovenditionem, pacto ex quo agitur, comprehensa sit: nisi id actum fuerit, ut pretio intra certum tempus restituito, *res inempta sit*, vel *venditor rem recipiat*; tunc enim electio venditori competit, utrum oblato pretio rem vindicare, an actione venditi repetere malit, arg. *l. si cum venderes* 13. ff. de pignorat. act. dummodo secundum mores hominum in immobilium venditione pactio talis sollemni traditioni, coram lege loci faciendae, inserta fuerit; cum alioquin nullum pactum immobilia soleat afficere ullo jure in re. Groenewegen ad l. 3. C. de pactis inter emt. & vend. & ad l. 3. C. de condit. ob causam dat. Ceterum uti solum pretium emtori offerendum est ad redemptionem faciendam, non item usura ejus; eo quod venditor in cuius gratiam redimendi jus pacto inductum fuit, nullam videri potest moram commisisse; ita nec emtor venditori redimenti ad medii temporis fructus restituendos obstrictus est, sed tantum ad eos, qui post moram, seu oblato a venditore pretium, percepti sunt, d. l. 2. in fine C. de pact. inter emt. & vend. Magisque ex hujuscemodi pacto de retrovendendo nova venditio sequitur, quam venditionis prioris infirmatio sit, adeo ut & eam ob causam iterata laudemia aliaque onera similia praestanda veniant, velut ex repetita alienatione, uti plenius probatum sit. si ager vectigalis id est emphyt. pr. n. 31.

8. Agit autem ex hoc pacto non tantum venditor, sed & heres ejus, secundum ordinariam pactorum heredibus aequae ac ipsis paciscentibus proficientium conditionem, arg. *l. si pactum* 9. ff. de probation. l. veteris 13. C. de contrab. & commiss. stipulat. Berlichius part. 2. conclus. 40. numer. 70. 71. Carpovius defin. for. part. 2. constit. 32. def. 21. Leeuwen cens. for. part. 1. lib. 4. cap. 20. numer. 4. usque adeo, ut si quidam heredum redimere nolint, reliquis accrescat illud redimendi jus, Ant. Faber C. lib. 3. t. 25. defin. 2. Berlichius d. part. 2. concl. 40. numer. 71. Quid, quod & extraneo hoc jus ex pacto competens cedi possit; cum personale non sit, & omnis actio vendi cedique possit, quae nominatim excepta non est, arg. *l. ult. C. de hered. vel act. vendita*. Sande de cessione actionum cap. 5. numer. 29. Carpovius d. part. 2. constit. 32. def. 20. Berlichius part. 2. conclus. 39. numer. 53. Leeuwen d. loco. Neque huic juri redimendi praescribi potest ullo tempore, si in perpetuum redimendi licentia pacto comprehensa sit: non magis, quam juriliendi pignoris, quod latius adstructum *l. de pignorat. act. nu. 7*. Adde Andr. Gayl. lib. 2. observ. 18. numer. 4. 5. Si tamen primus emtor rem ea lege emtam rursus alteri simpliciter vendiderit, nullo retrovendendi pacto apposito, emtor secundus a venditore primo ad retrovenditionem compelli nequit, sed tantum adversus emtorem primum personalis actio ad id quod interest, peremptam alienando fuisse redimendi facultatem, intendi potest; cum pactum personam tantum obliget, at rem non afficiat, sic ut illa sine ullo onere in secundum emtorem translata sit, arg. *l. ult. §. Lucius Titius* 1. ff. contrab. emt. Ant. Faber C. lib. 4. t. 36. defin. 2. Berlichius pract. conclus. part. 2. conclus. 40. n. 55. 57. Nisi in prima venditione rerum immobilium sollemni tra-

ditionis coram lege loci factae instrumento pactio talis retrovendendi inserta fuerit, atque ita res ipsa devincta, arg. *l. si creditor* 7. §. ult. ff. de distract. pignor. quod & supra notatum ex Groenewegio ad l. 3. C. de pactis inter emt. & vend. & ad l. 3. C. de condit. ob causam dat. Adde Berlichium d. part. 2. conclus. 40. n. 59.

9. Juri redimendi, ex pacto competenti, proxime in multis, non tamen in omnibus, accedit jus retractus, quo qui gaudet, emtorem extraneum depellere potest, eodem oblato pretio, atque ita sibi rem emtam habere. Quale jus vel ex conventionione competere potest, vel ex juris communis aut municipalis dispositione. Dummodo meminerimus, neminem sibi arrogare posse jus retractus legalis, nisi doceat, lege vel consuetudine loci, in qua immobilia sita sunt, illud retrahendi jus ex tali causa, ex qua retrahere vult, aut saltem alia plane simili, firmitatem esse; cum utique hoc jus, depellens eum, qui legitimo modo rei dominium adeptus est, velut exorbitans a jure communi, contrarium rescripto Imp. in l. dudum proximis 14. C. de contrab. emtione, uti & libertati commerciorum, & a generalibus recedens justitiae commutativae praecipis, strictum videatur recipere debere interpretationem; etsi de cetero inficias iri nequeat, quin jus tale ipsi etiam juri divino originem debeat, ac non sine iustis rationibus inductum sit, Jac. Coren observ. 32. numer. 62. 63. 64. 65. 66. Carpovius defin. for. part. 2. constit. 31. defin. 2. & 22. Petrus Bort de feudis part. 5. t. 5. cap. 2. numer. 8. 9. pag. mibi 226. Leeuwen cens. for. part. 1. lib. 4. cap. 20. nu. 9. Responsa Jctor. Holl. part. 3. vol. 2. consil. 169. numer. 1.

10. Ex conventionione jus retractus inter alia competit, cum id pacto emtioni ad eam actum fuit, ut, si emtor rursus vendat, non alii, sed sibi (venditori) distrabat, *l. qui fundum* 75. ff. de contrab. emt. Quo casu, si emtor cum extraneo de re illa certo pretio vendenda convenerit, id ipsum venditori primo denunciare debet, ut is, si ita videatur, intra duos a denunciatione menses declaret, se rem eodem velle pretio emtam habere: qui si toto illo bimestri spatio voluntatem suam non declaret, vel iuri retractus nominatim renunciaret, ac consentiat in faciendum extraneo distractionem, non ultra deinceps vi pacti jus retractus exercere potest, arg. *l. qui Roma* 122. §. coheredes 3. ff. de verbor. obligat. l. ult. in fin. C. de jure emphyteut. Berlichius d. part. 2. conclus. 40. nu. 53. 54. 55. Andr. Gayl. lib. 2. observ. 19. numer. 8. Sande de cit. Frisc. lib. 3. tit. 4. defin. 4. Non tamen hoc jus retractus conventionalis, ex pacto in casum venditionis concepto descendens, locum habet, si primus emtor alio, quam venditionis titulo, rem in extraneum transtulerit, veluti ex permutatione bona fide facta, vel donatione, vel testamentaria dispositione, vel jure successionis intestatae, vel alia simili diversa ab emtione causa, Carpovius defin. for. part. 2. constit. 32. defin. 14. 16. 17. Berlichius d. part. 2. conclus. pract. 39. numer. 61. 62.

11. Ex legis dispositione rursus variis ex capitibus jus retractus descendere expeditum est. Sic enim domino directo ex vi domini directi datum est jus protimesis, quoties emphyteusin suam emphyteuta extraneo vendita, *l. fin. C. de jure emphyteut. de quo latius* *l. ff. si ager vectigalis id est emphyteut.*

peratur num. 12. Et quamvis jure civili cautum non inveniatur, emphyteutam gaudere jure protimesios cum dominus directus suum vendit directum dominium; probabile tamen est, ei hoc jus moribus hodiernis haud oportere denegari illis in locis, in quibus consuetudine receptum est, etiam dominum fundi censualis posse retractum facere, si is, cui census annuus debetur suum jus census extraneo distraxerit; (de quo mox) praesertim, cum effectui inspecto parum hodie census debitus distet a canone debito, & emphyteuses nostrates magis propter annui redditus seu canonis emolumentum, quam propter meliorationem faciendam, in agris etiam fertilissimis constituta sint, Responsa Jurisc. Holl. part. 4. caput. 138. Datum & hoc jus domino directo feudi, quin & ipsi subinfeudanti, quoties secundum mores hodiernos vassallus, aut subinfeudatus, utile distraxit feudi dominium, si modo dominus directus retractum exercere volens necdum autorem de feudo investiverit: eo quod investiturae interventu comprobasse videtur novum vassallum, quoque juri renunciassse, uti hæc prolixius prosequitur & explicat, ac in Brabantia quoque, qua parte Belgio federato paret, servari docet Petrus Bort tract. de feudis Holland. part. 5. i. 5. cap. 1. num. 2. & multis seq. pag. 217. & seq. Socii quoque ratione partis per socium distractæ & confinibus suis hoc retrahendi in Rhenolandia ac Delflandia alibi tributum esse, idque convenienter constitutioni Frederici in lib. 5. feud. i. 15. monet Grotius manu duct. ad jurispr. lib. 3. cap. 16. num. 9. 10. & Groenewegen ad h. 5. C. de commun. rer. alien. (vide tamen Jac. Coran observ. 32. num. 58. & seqq.) uti & Mechlinia, uti patet ex legibus Mechlin. i. 11. Adhuc variis in locis eum, cui census annuus ex fundo vendito debetur, hoc jure retractus uti in fundo censuali vendito, post alios allegatos tradit Ant. Matthæus de auction. lib. 1. cap. 16. num. 35. Illis præterea, quibus res immobiles pignori obligatæ sunt, earum etiam publice venditarum retractus per integras sex septimanas quibusdam in locis concessus invenitur, quoties viliori pretio venditæ sunt, quam ut inde creditoribus hypothecariis satisfaceri posset, Roseboon costumen van Amsterdam i. 35. art. 1. Quod & Haga consuetudine firmatum docet Leeuwen censur. for. part. 1. lib. 4. cap. 20. num. 8. vers. cujus beneficio. Ut vice versa domini quoque prædiorum, quibus reditus redimibilis vel non redimibilis impositus est, venditum extraneo reditum recte retrahunt in Hollandia, & Mechlin. Consuet. Mechlin. i. 11. art. 7. Grotius manu duct. ad jurispr. lib. 3. cap. 16. num. 17. Insuper jurisdictionis dominum (den Ambachtsheer) post lapsum anni, intra quem reliquus retrahendi jus est, totis sex septimanis ad retractum faciendum plerisque in locis admitti, testis est Neostadius Curia caput. decis. 29. in pr. Grotius manu duct. ad jurispr. lib. 3. cap. 16. num. 16. (si modo vendita sint allodialia: non item feudata, ut adstruit Grotius in Responsis Juris Holl. part. 3. vol. 2. consil. 201. male impresso 301. pag. 538.) Quod & Prætorii, seu Baillivo Rhenolandia eodem modo competere scribit Grotius d. cap. 16. num. 16. Aliis vero pagorum prætoribus in Rhenolandia jus tale non esse datum, licet quandoque per corruptelam ab iis usurpatum, decisum fuit; Appendix decisionum post responsa Jurisc. Holl. part. 3. vol. 1. pag. 43. post med. Confer Petr. Bort. de feud. vers. ad Pandect. Tom. III.

dis Holl. part. 5. cap. 1. n. 6. pag. 219. Sed nec fructuario jus retrahendi competit, si suam proprietariis proprietatem alienaverit: non enim inter proprietarium ac fructuarium connexio, aut fundamentum, ex quo talis fructuarii ante emtores extraneos prælatio profueret; cum usufructus, qui a proprietate separatus est, neutiquam dominii pars sit, l. reale dicimus 25. ff. de verb. signif. (quod late probatum i. de usufr. num. 5.) ac proinde nec ullum inter dominicos ac fructuarios consortium appareat, aut communionis vel societatis jus, Castillo Sotomajor de usufructu cap. 74. n. 37. & seqq.

12. Præcipue vero usu comprobatum jus retractus, quod ex jure sanguinis defertur, & gentilitium dici potest, ac in plerisque locis Germaniæ, nec non in Gallia, Hispania, Italia, Burgundia, Brabantia, Flandria, Frisia, Zelandia, alibi admissum esse testantur Andr. Gayl. lib. 2. observ. 19. in pr. Mynsingerus cens. 3. observ. 51. n. 1. Jac. Coran. observ. 32. n. 3. & seq. Carpzovius defin. for. part. 2. consil. 31. defin. 2. n. 9. ac collectis diligentem singularum regionum de retractu legibus, docet Sim. van Leeuwen cens. for. part. 1. lib. 4. cap. 21. Ultrajectinis tamen, atque etiam Gelria, ac Transisulania, neutiquam legalis, sed tantum conventionalis retractus placuit, Fredericus a Sande de feudis Gelria tract. 5. cap. 5. num. 11. in fin. vers. subinde item, Christian. Rodenburch (notans Sandium quantum ad tradita de moribus Ultrajectinis) de jure conjugum tract. præfatin. de statutor. diversis. i. 2. cap. 5. n. 17. in med. Leeuwen d. part. 1. lib. 4. cap. 21. 8. 9. In Hollandia quoque nunquam universalis consuetudine gentilitium retractum fuisse receptum, non uno in loco scriptum ab Hugone Grotio in Resp. IGtor. Holl. part. 3. vol. 2. consil. 143. num. 2. & consil. 201. pag. 538. Sed tantum municipalibus quarundam urbium ac regionum legibus, idque non eodem modo, sed varie, veluti in Rhenolandia, Delflandia, Kennemaria, & regione Voornana, uti videt idem Grotius manu duct. ad jurispr. lib. 3. cap. 16. num. 4. & Groenewegen ad h. 3. C. de commun. rer. alienat. Quod tamen de Kennemaria ac Delflandia negat Leeuwen d. part. 1. lib. 4. cap. 21. num. 5. & non passim in Delflandia jus hoc servari, scripsit Groenewegen in notis posterioribus ad Grotium d. lib. 3. cap. 16. num. 3. lit. B. 13. Retractus hujus gentilitii fundamentum vel ex ipsis Romani juris principiis erui posse, non facile ibi inficias, quisquis consideraverit illud Caji: Cum bona venientis debitoris, in comparationem extranei, & ejus qui creditor cognatusque sit, potius haberi creditorem cognatumque, l. cum bona 16. ff. de reb. auctor. jud. possid. vel vend. quodque ab Hermogeniano traditum, minorem adjectione pretii ab extraneo superatum, implorata in integrum restitutione audendum esse, si forte majorum ejus fuisset illa res, & id, quod ex licitatione accessit, ipse offerat venditori, l. si emptione 35. ff. de minorib. 25. annis, sed & a Constantino vel quo alio Imperatore legem generalem fuisse latam, qua cognati poterant extraneos ab emptione amovere, si fides conjecturae Jacobi Gothofredi ad l. 6. C. Theodor. de contrab. emt. Et quamvis hoc protimesios jure posteriore Imperatorum constitutione immutatum sit, neque ulla cognatis præ extraneis relicta prærogativa; dum in l. dudum 14. C. de contrab. emt. constituerunt: Dudum quidem proximis consoribusque

concessum fuisse, ut extraneos ab emptione removerent, neque homines suo arbitrio vendenda distraberent, sed quia gravis hac videtur injuria, quae inani bonoratis colora velatur, ut homines de rebus suis facere aliquid cogantur ipsius, superiore lege cassata, unumquemque supra arbitrium quæreret, vel probare posset emtorem; sic ut & illud jus protinusque ea lege sublatum videatur, quod ante consorti competeat, si pendente iudicio communi dividenda suam sociorum unius partem vendidisset, juxta l. 1. C. communi divid. postea tamen Frederici constitutione rursus agnatis sociisque jus illud restitutum fuit; l. 4. feudorum c. 13. quæ deinceps probabiliter consuetudinibus plebarumque regionum de retractu occasionem præbuit, licet non omni ex parte per eas hanc Frederici constitutionem fuisse probatam, in aperto sit.

14. Retractum hunc jure sanguinis habent cognati, legitimæ propositi matrimonii, aut legitimati; si-ve masculi, si-ve femina, cum & mulieres, licet familiaris sua caput & finis sint, l. pronuntiatio 195. ff. de verbor. signif. cognationis tamen & sanguinis visculo etiam post nuptias junctæ maneat. Adoptivis vero non competit; cum ex commento adoptionis non nascatur jus sanguinis, l. qui in adoptionem 25. ff. de adoptione 25. ff. de adoptione arg. l. fidei commissum a filiis 70. ff. de condit. & demonstrat. neque etiam naturalibus tantum, arg. l. 2. §. legitimæ 3. ff. de excus. tut. De conceptis post venditionem, variatum fuit, ut videri potest apud Joh. Papon lib. 11. tit. 7. art. 1. & ibi notat. De cetero, licet alibi illi cognati in jure retractus potiores sint, qui venditori proximiores sunt ex eo latere, unde res vendita profecta fuit; in Hollandia tamen sola sanguinis spectatur proximitas, adeo ut agnati proximi in retractenda re immobili, quæ a materna provenit linea, cognatis in specie per matrem junctis, sed remotioribus, in concursu potiores sint, & vice versa, Grotius manud. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 16. num. 7. In feudis tamen Hollandicis, uti in successione ab intestato cognati ultimi possessoris juncti ei ex illo latere, unde feuda proveniunt, potiores sunt aliis, alio ex latere defunctum contingentibus, licet gradus proximioribus; ita & eosdem potiores esse oportere in retractu faciendo, dicendum videtur: tum, quia tales potissimum per alienationem lasi atque fraudati sunt spe successionis; tum quia jus retractus fere regi solet secundum jus succedendi ab intestato; nisi aliud consuetudine induitum probetur, Jac. Coren obs. 32. n. 30. & seqq. Et in fine, Petrus Bort de feudis part. 5. c. 5. c. 2. n. 14. 15. 16. pag. 227. Responsa Jurisc. Holl. part. 2. consil. 208. Quo etiam fundamentum, quod nempe jus successionis imitetur jus retractus, sic ut pæo retractant, qui ab intestato non succedunt, quod præter Jacobum Corem & Petrum Bort passim probant interpretes, Damhouderus præxi civil. c. 265. n. 11. Tiraquellus de retractu gentili §. 1. gloss. 8. n. 6. 7. 8. & præcipue n. 13. Hugo Grotius manud. ad jurispr. Holl. lib. 3. c. 16. n. 7. & lib. 2. c. 30. in partem hanc haud immerito possit, illis in Hollandia locis, quæ jure Scabinko utuntur, ad retractum admitti non debere gradus proximæ ex linea paterna venditori junctæ, quoties patre vivo, matre mortua, is prædium distinxit, & remotiores supersunt linea materna agnati retractores volentes, aut vice versa; cum constet, eo jure nec parentem superstitem, nec superstitis cognatos,

sed sola parentis prædefuncti sanguine junctos ad venditoris talis successionem ab intestato vocari, si non aliud inveterata consuetudine receptum probetur. Cumque jus successionis ab intestato olim in Hollandia quarto gradu circumscriptum fuerit, ac propterea jus quoque retractus eo gradu invenitur limitatum, ut habet Grotius d. lib. 2. cap. 30. in partem, & d. lib. 3. cap. 16. num. 7. probabile omnino est, producta deinceps ad gradus ultiores successionis intestatæ facilitate, etiam remotiores a retractandi potestate haud removendos esse, quoties in contrarium non extat loci hujus aut illius usus. Quia imo, cum matri æque patrii succedant, ac legitime nati, ratio non est, cur ad fundi a matre venditi retractum haud forent admittendi, arg. l. si suspensio 29. §. 1. ff. de inoff. testam. l. si quis illustris 5. Cod. de senatus. Orsiciam. Tiraquellus de retractu gentili §. 1. gloss. 8. n. 6. 7. 8. Sed an & illi, qui, cum proximi natura non essent, jure tamen representationis cum proximioribus ab intestato vocantur, etiam in retractum cum illis concurrere possint, merito dubites; cum passim in statutis proximorum mentio fiat, & jus hoc retractus nostra lingua a proximitate naaringe denominatum sit.

15. Quia vero totum hoc jus retractus gentilitatis sanguinis contemplatione indutum fuit, adeoque propter peculiarem retractantis qualitatem, quæ in extraneis haud reperitur, consequens est, nec cessionis interventu id in extraneum posse transferri, sed omnino personalem esse eam cognationis & familiaris prærogativam, & quod in ceteris citra conventionem ex lege profluentibus retractus speciebus statuendum est, arg. l. ex pluribus 42. ff. de admin. & peris. tut. Tiraquellus de retractu gentili §. 26. gloss. 1. n. 1. Argentarius præxi de laudemis art. 37. Sæpe de cessione adition. cap. 5. n. 28. Zoësius de feudis c. 15. num. 25. 26. Carpzovius defin. for. part. 2. consil. 31. defin. 19. Petrus Bort de feudis part. 5. tit. 5. cap. 2. n. 19. pag. 228. Lecuwen cons. for. part. 1. lib. 4. cap. 20. n. 24. Sed nec cognatus ipse alteri, sed sibi soli, suamque in utilitatem retractare potest; adeo ut & multis in locis, desiderante emtore, jurare teneatur, se ibi suamque in commodum nummisque suis retractum facere; quamvis ceteroquin haud intersit, an sponte sua, an vero alieno hortatu impulsusque, an dudum in arca servatis, an creditis seu mutuis aut credendis sibi nummis, & ita vi mutui propriis futuris, emtorem jure retractus depellat, Damhouderus præxi civil. cap. 265. n. 15. Responsa Jurisc. Holl. part. 4. consil. 298. Ander. Gayl. lib. 2. oberv. 19. n. 10. Hugo Grotius manud. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 16. n. 13. 14.

16. Non etiam hoc jus retractus exercere potest secundum Frederici constitutionem, qui in cognatum venditorem gravem admisit ingratitudeis causam, lib. 5. feudorum tit. 13. in mod. aut renuntiavit juri retractus, si-ve expresse & propalam id fecerit, si-ve tacite rebus ipsis & factis; veluti si ipse emtori fuerit antea emtionis, aut pararius ac proxeneta inter emtorem & venditorem, vel pro evictione apud emtorem fidejusserit, arg. l. exceptio 12. C. de evictio. vindicamem 17. ff. cod. tit. Ex eo sane solo, quod ei emtio rei a cognato oblata fuerit, atque ipse tunc emere detractaverit, renunciatio retractus non satis colligitur; cum intervenire multa queant, quæ emtionem præsentem dissuadent, veluti minor in cognato quam extraneo emendi solertia, quo fit, ut saepius sit jam

emtionem retrahere, quam ab initio ad emtionem procedere, parata pecunia pœnaria, quæ tamen intra annum, retractui præfixum, conquiri aliunde potest, & alia plura. Tiraquellus *de retractu gentilis*. §. 1. gloss. 9. num. 145. Sed nec ex eo, quod venditioni præsens fuit, & silat: cum siluisse magis intelligatur, quia aciebat ius suum sibi integro anno vel alio tempore statuto durare, arg. l. sicut re 8. §. non videtur 15. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solo. & ita denum præsens ac sciens & tacens pro consentiente ac iuri suo renunciantem habendus sit, si ipso invito negotium, quod gerebatur, geri non possit; cuius contrarium in nostro casu est, in quo cognatus nulla retractus conservandi protestatione potest venditioni efficaciter intercedere, eamque impedire. Tiraquellus *de retractu gentilis*. §. 1. gloss. 9. n. 153. & reqq. Ant. Matthæus *de aucton. lib. 1. cap. 11. n. 61. in med.* Responsa Jurisc. Holland. part. 1. consil. 185. quest. 2. Quin imo, ne is quidem, qui emtionis instrumento subscripsit tanquam testis, per id iure retractus se privasse dicendus est; cum subscriptione ista deceptus videri nequeat emtor, quippe qui scire potuit, atque etiam debuit, ex lege loci, in quo res sit immobilis vendita, saluum cognatis retractum esse. Eoque facit l. Tria 34. §. Lucia 2. ff. de legatis 2. l. Gaius Sejus 39. ff. de pignorat. off. Sande decr. Frisic. lib. 3. tit. 5. defin. 8. Groenewegen ad l. 26. ff. de pignor. & hypoth. Quibus non adversatur, quod a Modestino scriptum est, filium, qui patris, mutuum ab extraneo accipientis ac scribere impediti, suasionem & nomine chirographam scripserat sua manu, sub commemoratione domas ad filium pertinentis pignori dandæ, hoc ipso consensum ei obligationi dedisse, l. fidejussor 26. §. parer 1. ff. de pignor. & hypoth. quodque traditum a Martino, creditorem hypothecarium in pignoris venditionem videri consensisse, si subscripserit in tabulis emtionis, l. sicut re 8. §. non videtur 15. ff. quib. mod. pign. vel hyp. soloitur. Etiam diversitatis ea ratio est, quod, ut dictum, emtor scire potuit ac debuit, rem immobilem ex lege situs retractui petere: at e contrario emtor scire nec potuit nec debuit, rem, quæ oppignorabatur, non patris, sed ipsius filii chirographam scribentis propriam esse, vel creditori hypothecario tabulis emtionalibus subscribenti devinctam; ut proinde emtor merito videri posset silentio filii chirographum pro patre scribentis, vel creditoris emtioni subscribentis, deceptus esse, nisi ex silentio tali concurrente cum scriptione vel subscriptione leges scribentis consensum præsumissent.

17. De cetero usque adeo ius retractus cognationi tributum est, ut & ipse venditoris filius, utcumque minorennis, atque adeo in patris potestate, retrahere fundum possit; non patri sed filio ipsi minoreni acquirendum, si modo legitima munus curatorum æquitate ad retractum accedat, cap. constitutus 8. extra de iuge. rertis. Sande decr. Frisic. lib. 3. t. 5. defin. 7. in fine. Joh. Papon. lib. 11. t. 7. art. 2. Tiraquellus *de retractu gentilis*. §. 1. gloss. 9. numer. 47. Boerius decr. 12. Responsa Jurisc. Holl. par. 1. consil. 155. Disent. de minore Chassenæus *ad consuet. Burgund. v. 10. §. 1. verbo Plomme ou femme num. 8.* Sed & venditoris iam defuncti heredem, sive filium, sive remotior cognatus fuerit, rem a defuncto distractam retrahere posse, verius est; (licet id Frisicis displicuisse, testetur Sande decr. Frisic. d. lib. 3. t. 5. defin.

7.) cum non quæ heres, nec ex defuncti capite, sed tanquam proximus venditoris cognatus, cui vivo adhuc venditore nec ullos heredes habente iam jus retractus ex lege vel more quæsitum fuerat, ius illud exerceat, nisi venditor insuper promississet, se rem ab omni retractu gentilitio immunem liberamque præstiturum. Quamvis enim heres venire non possit contra factum defuncti, nec res suas per defunctum alienatas revocare pro ea parte, ex qua heres est, ac defunctum representat, l. cum in iure 14. C. de rei vindicat. l. si Titio 29. ff. de pignor. & hypoth. regula tamen illa heredi non obstat in retractu faciundo, quoties venditioni promissa superior nominatio addita non est; eam retrahendo non intelligatur venire contra factum defuncti, aut illud impugnare, sed approbare magis ac confirmare, dum petit, se loco prioris emtoris substitui, atque ita venditionem non irritam constitui, sed magis in universum ratam habet, omni emtoris obligatione iureque in se translati. Tiraquellus *de retractu gentilis*. §. 1. gloss. 9. num. 47. & req. Christianus vol. 1. decr. 239. Danson *ad consuet. Turonum*, t. 15. art. 5. verum, dubitatur insuper, Petrus Bort *de feudis Holland. part. 5. t. 5. cap. 2. nu. 20. 21. 22. pag. 228.* & plures ab eo citati, Leeuwen *cons. for. part. 1. lib. 4. cap. 20. numer. 22.*

18. Quid, quod & ipse emtor certis in casibus ad retractum faciendum admitti potest. Si enim duos finges simul uno pretio comparasse prædium ab eo, qui alterutri emtionem cognatione junctum erat, vi quidem emtionis primæ cognatus emtor non nisi ex semisse emti fundi dominus effectus est; sed quia emtor alter extraneus est, a partis dimidia emtione consortem hunc consors cognatus iure depulerit. Sed & si maritum stante matrimonio rem a cognato suo emisse proponas, eamque vi statutaria inter conjuges communione uxori pro parte quæsitam esse, soluto matrimonio libera marito faculeas est iure sanguinis retrahendi ab uxore vel heredibus ejus intra tempus retractui præfixum hanc ipsam partem uxori communicatam, refusa dimidia pretii parte. Abr. a Wesel *de connub. bonor. societ. tract. 2. cap. numer. 36.* Ant. Matthæus *paramia* 3. numer. 12. Nota & si maritus stante matrimonio fundum a cognato alienatum retraxerit, & eum ita supponamus, iure communione statutaria, uxoris pro parte factum (licet id multi negent citati ab Abr. a Wesel *d. tract. 2. cap. 2. nu. 35.*) ius ei esset retinendi ex iure retractus soluto matrimonio totum prædium, præstitis ita, quæ ex natura retractus præstanda sunt. Tiraquellus *de retractu gentilis*. §. 26. gloss. 1. num. 39.

19. Quod si maritus stante matrimonio fundum emerit, sic ut ille conjugali statutaria vel pactis cesserit communioni, iterumque dividat, fundi totius retractum facere potiusque possunt vel mariti, vel uxoris cognati; sufficere adeo in Hollandia retractum alteri conjugum propinquum esse. Cum enim stante matrimonio fundus ille non pro diviso, sed pro indiviso, inter conjuges ita communis fuerit, ut nec dividi inter ipsos debuerit aut potuerit propter durantem in perpetuum, id est donec conjuges vivant, conjugalem communione, visum magis non partis dimidiæ sed prædii totius retractum alterutrius conjugis cognatis indulgeri. Neostadius *Curia supp. decr. 29.* Plane, extra illam individuum stante ma-



trimonio conjugalis communionis causam, etiam tunc, cum tres pluresve prædii unius pro indiviso domini uno illud pretio vendiderunt extraneo, proximo venditoris unius cognato non partis solius ad cognatum venditorem pertinentis, sed fundi solidi retrahenti facultatem dari oportere, responsum invenio, licet, reliquis portionum reliquarum dominis sanguine junctus non sit, Resp. Jurisc. Holl. part. 3. vol. 1. consil. 17. & part. 4. consil. 344. Sed magis est, ut unius quidem venditoris cognato non ultra portionem illam, quæ ad venditorem cognatum pertinebat; retractus permitti debeat, si emtor reliquas aliorum venditorum partes sibi retinere, atque adeo fundum cum retrahente communem habere non aspernetur; cum retrahenti nulla fiat injuria, quod ita in communionem incidat, in quam & incideret, si re non vendita, cognato venditori tanquam heres successisset; ut tamen emtor audiendus sit, si partis retractum admittere nolit, dum forte partes reliquas emturus non fuisset, displicente ipsi communionis conditione, in quam per partis retractum incideret, & ad quam invitus nemo compellendus est, l. si sortem 26. §. si centum 4. ff. de condic. indeb. l. ult. C. communi divid. ac proinde tunc jure desiderare posset, ut a tota emtione recedatur, atque ita feudi totius retractum faciat, quoniam ex venditoribus cognatione contingit, ac inde exercere cupit retrahendi jus, arg. l. tutor 47. §. curator 1. ff. de minor. 25. annis, l. si quis aliam 46. ff. de solutionib. d. l. si non sortem 26. §. si centum 4. ff. de condic. indeb. l. quod autem 11. §. 1. l. 12. l. 13. ff. de addic. in diem. Confer Tiraquellum de retract. gentilis. §. 23. gloss. 1. n. 1. & multis seqq.

20. Modum formamque retractus faciendi per Hollandiam describit Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 16. numer. 13. 14.* & si quid in forma retractui peragendo per statum præscripta omissum sit, retractus inutilis est. Sande *decis. Frisic. lib. 3. tit. 5. defin. 1.* Tiraquellus de retractu gentilis. §. 8. gloss. 1. in pr.

21. Retractui huic gentilitio locus regulariter tantum est in rebus immobilibus, & incorporalibus, quæ immobilibus accenseri solent, veluti censibus, decimis, aliisque similibus distractis. Grotius *d. lib. 3. cap. 16. n. 4.* non item in mobilibus, Parens p. mem. Paulus Voet. *de natura mobil. & immobil. cap. 20. numer. 3.* Ac in Hollandia quidem in solis agris, quæque iis implantata vel inædificata sunt, veluti pomariis, villis, tanquam fundorum accessionibus; nisi aliud consuetudine invaluisse probetur; cum alioquin inædificata ac implantata jus soli sequantur, arg. §. cum in suo 29. 30. 31. incisi. de rer. divis. & acquir. domin. Responsa Jurisc. Holl. part. 4. consil. 331. non autem in ædibus in urbe positis. Leeuwen *cons. for. part. 1. lib. 4. cap. 21. numer. 1.* De cetero nunc interest apud nos utrum prædia avita fuerint, an nunquam ad majores pertinuerint, a venditore cognato recenter acquisita, licet alibi in solis avitis retractus admittatur, Grotius *manuduct. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 16. numer. 7.* Leeuwen *cons. for. d. part. 1. lib. 4. cap. 20. numer. 16.* Uti nec, utrum alodialia, an vero feudalia: nam & in feudis Hollandicis non modo domino directo, sed & cognatis vassalli feudum vendentis retrahendi facultatem competere, pluribus docet Petrus Bort *de feudis part. 5. t. 5. cap. 2. passim præcipue numer. 14.*

15. 16. pag. 227. de Zelandicis Jacobus Coren *obser. 52. num. 72. & seqq. ad num. 80.* Quo casu si emtor retractum pati nolit, ejus rei disceptatio coram judice feudali instituenda foret; præsertim cum nullo feudi retractum jure desideret, nisi prius de feudo illo per dominum directum investitus sit; etsi in non feudalibus retrahendis judici ordinarii notio sit, Bort *d. cap. 2. num. 25. & seqq. & num. 29.* Resp. Jurisc. Holl. part. 1. consil. 185. quart. 3. Groenewegen *ad Grotii manuduct. jurispr. Holland. lib. 3. cap. 16. num. 13.*

22. Si res mobiles simul & immobiles, & generaliter res retractum admittentes cum rebus aliis retractum respuentibus uno pretio distractæ sint, emtor non aliarum rerum intuitu, quam quæ natura sua retractum patiuntur, ab emtione invitatus depelli potest, reliquarum sibi servandarum facultate relicta, præteritque pro rata rerum per cognatum retractum viri boni arbitrato recepto; nisi ipse satius duxerit a tota emtione recedere, ac res omnes simul emtas retrahenti restituere, dum forte eas, quæ retractui non subsunt, sine aliis retractui obnoxii non fuisset emturus, arg. l. tutor 47. §. 1. ff. de minor. 25. annis, l. si quis aliam 46. ff. de solution. Jacobus Coren *obser. 52. numer. 56. 57. & ibi adnotat.* Sande *decis. Frisic. lib. 3. t. 5. defin. 10.* Christinus *vol. 3. decis. 55. num. 4.* Leeuwen *cons. for. part. 1. lib. 4. cap. 20. num. 19.* Petrus Bort *de feudis part. 5. t. 5. cap. 1. num. 25. 26. 27. pag. 223.*

23. Uti autem non res omnes, ita nec quævis rerum retractui obnoxiorum alienationes gentilitium retractum admittunt, sed solæ venditiones, & quæ venditionibus similes sunt, in solum donationes, in quibus pretium, omnia æstimans, apparet, atque ita emptori reddi per retrahentem potest, arg. l. si prædium 4. C. de evic. Ac ne omnes quidem venditiones, sed illæ solæ, quæ privatim contractæ sunt: nam etsi Gallis, Flandris aliisque placuerit, etiam publicis subhastationibus distracta immobilia jure sanguinis retractari posse, ut notat Groenewegen *ad l. 16. ff. de reb. auct. jud. possidendis*, nostris tamen moribus passim fere contrarium receptum fuit, ut testis est Groenewegen *d. loco.* Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 16. numer. 5. 6.* Neostadius *Curio sup. decis. 29.* Ant. Matthæus *de auction. libr. 1. cap. 16. num. 41. & seqq.* Responsa Jurisc. Holl. part. 4. consil. 95. num. 2. (potius 195. n. 2. pag. 353. incipit A. Koopman) Plane in permutationibus retractui locus non est, nisi forte res utrumque vel ex uno latere æstimata & sic ex permutatione translata sit; cum ita pretium appareat, quod refundatur, magisque effectu inspecto emtio, aut in solum datio, quam permutatio sit, arg. l. 1. C. de rerum permutat. Tiraquellus *de retract. gentilis. §. 1. gloss. 14. num. 19.* Petrus Bort *de feudis part. 5. t. 5. cap. 1. numer. 19. pag. 222.* Resp. Jurisc. Holl. part. 5. consil. 153. Longe minus in transactionibus, donationibus, legatis, heredum institutionibus: eo quod in omnibus hæc pretium certum, quod per retrahentem restitueretur, intelligi non potest. Quod si partim res, partim pretium pro se detur, uti a potiori colligendum in dubio est, utrum emtio an magis permutatio contracta sit, ita quoque retractum concedi vel denegari, moris est, Hugo Grotius *manuduct. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 16. num. 19. & 20.* Resp. Jurisc. Holl. part. 1. con-

11. 257. Si partim res vendita partim donata dicatur magis est, ut ficta credi debeat donationis adjectio in fraudem retractus; ut proinde hoc in casu retractus perinde admittendus sit, ac si nulla donationis mentio facta ac nuda venditio celebrata esset, arg. 1. ab Anastasio 25. §. 1. C. mandati. Hugo Grotius d. cap. 26. num. 19.

24. Posito vero contractu venditionis, adeoque terminis retractus habilibus, hoc natum cognato retrahendi jus impediri nequit per id, quod mutuo consensu emtor venditorque a contractu per traditionem impleto resiliunt; cum nemo consilium mutare queat in alterius detrimentum, l. nemo potest 75. ff. de reg. jur., nec jus alicui quæsitum sine facto ejus adimi possit, l. id, quod nostrum 11. ff. de reg. jur., §. 2. in med. inst. de his qui sui vel alien. jur. Tiraquellus de retractu gentil. §. 1. gloss. 2. num. 42. Christinus ad leg. Mechliniens. s. 11. art. 18. n. 7. Sande decr. Frisic. lib. 3. r. 5. defin. 6. Uti nec ex eo, quod venditioni pactum fuit appositum, ut ita demum res sit vendita, si cognatus non retraxerit; cum puctio talis videri possit in fraudem legis retractum agnato tribuentis apposita, atque adeo contraria juri publico ad res in familiis conservandas stabilita, ac proinde privatorum pactis haudquam mutando; nisi forte peculiaris venditoris erga emtorem appareat ratio affectionis, cur illum solum sibi ipsi in re emta prætulerit, seu, apud illum magis quam apud se rem esse maluerit, sed magis apud se, quam apud ullos alios emtore excepto, arg. 1. jus publicum 33. ff. de pactis. Tiraquellus de retractu gentil. §. 1. gloss. 2. num. 60. Petrus Bort de feudis part. 5. a. 5. cap. 1. num. 38. pag. 224. Sed nec per adjectionem pacti de retrovendendo retractui impedimentum strui, verius est; eo quod & salva esse potest pactionis hujus vis, & simul integrum cognato retractus jus; in quantum in locum emtoris ex retractu subintrans cognatus, & iisdem, quibus emtor, tenens rem conditionibus, venditori, id desideranti, ad retrovendendum obstrictus manet, interim ipse retractus gentilitij jure rem sibi emtam habens, donec id a venditore petitum fuerit. Denique jus hoc retrahenti cognato non perit, si forte primus emtor intra tempus retractui prænitum, rem emtam rursus extraneo vendiderit atque tradiderit, aut alio quo modo alienaverit. Cum enim lege vel more inductum hoc jus res ipsas afficiat, tanquam continens prohibitionem alienationis in præjudicium cognatorum ultimi possessoris, quales legum prohibitiones rem ipsam comitantur, ut dictum 1. de contrab. emt. num. 15. sicut & in rem & in personam actio pro retractu nata sit; vel secundum alios actio personalis, sed in rem scripta. Hugo Grotius manual. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 16. num. 21. 22. 23. Andr. Gayl. lib. 2. observ. 19. num. 7. Christinus ad Leg. Mechlin. s. 11. art. 5. num. 12. Atque insuper cognato jus retrahendi semel prima venditionis intuitu quæsitum fuerit, nec facto tertio, novo emtoris primi & extranei contractui, adimi poterit, uti paulo ante monitum, neque res inter alios acta aliis nocere debeat, aut privata cujusquam pactione ladi jure ceterorum, l. Imperatores 3. ff. de transaction. l. 1. 2. 5. C. inter acta vel judicata aliis non nocere, consequens est, etiam ab emtore vel alio ex titulo possessore secundo vel tertio rem jure retractus per venditoris primi cognatum revocari posse; adeo ut,

licet & emtoris primi cognatis ex venditione secunda inceptit competere retractus gentilitij, primi tamen venditoris cognatus tanquam antiquiore munitus jure in retrahendo potior sit. Boerius decr. 182. nu. 5a. Sainson ad consuet. Turenens. t. 15. art. 5. vers. est & alia, Zoellus ad Pand. b. 1. de retractu num. 124. Estque hoc in casu non consultum modo, sed & necessarium, ut & primus emtor, & is, in quem ille rursus rem alienavit, quive ejus possessor est, retractus faciendi causa citetur; possessor quidem non ad aliud, quam ut retractum fieri patiatur, & de possessione decedit, quippe jus omne suum habens a primo emtore, qui, si possedisset, possessionem restituere compulsus esset; at emtor primus ad id, ut omnia illa recipiat, quæ retrahenti incumbunt ex lege vel more præstanda: non enim emtori secundo ea, quæ is erogavit, per retrahentem restituenda sunt, sed potius emtori primo illa, quæ ipse ex prima emtione præstare debuit; cum utique non in secunda sed primi emtoris jus succedere desideret, qui retractum facit, nec ei vel prodesse vel obesse debeat, quod forte majore vel minore pretio aliisque vel levioribus vel gravioribus conditionibus rem emerit secundus, aut tali forte acquisiverit titulo, qui retractum non admittit, veluti ex donato aut permutatione. Confer Sainson d. loco. Resp. Jurisc. Holl. part. 1. consil. 155. & part. 5. consil. 160. fore in pr.

25. Non aliter tamen recte cognatus rem jure retractus sibi emtam habere potest, quam si tempora retractui postulando præfinita observet, & emtori primo præstanda præstet. Tempus quod attinet, ex Friderici constitutione triginta dies ad retractum faciendum concessi sunt, lib. 5. feud. t. 13. plurimorum vero locorum statutis annus continuus, seu simpliciter annus; aliis annus utilis, seu annus & dies, quo annus naturalis cum sex septimanarum adjectione videtur designari, ut docet Carpovius defin. for. part. 2. cons. 32. defin. 4. Leeuwen com. for. part. 1. lib. 4. cap. 20. num. 8. versu, utrum, alii alia tempora breviora; quæ ex regionum singularum de retractu conceptis legibus speciatim petenda sunt. Sed uti tempora hac in parte variant, ita nec illud expeditum satis, ex quo tempore spatium retrahendis rebus divenditis præscriptum computandum sit. Quibusdam enim placuit statim a perfecta consensu venditione tempus currere, licet res tradita nondum sit; sed minus recte; cum retractus ratio sit, ne res alienetur extra familiam, alienatio vero non nudis conventionibus, sed demum subsecuta traditione fiat, l. traditionibus 20. C. de pactis, unde & in rebus alienis per cognatum distractis retractum cessare, communiter receptum est. Censuerunt alii non nisi a tempore scientiæ cursum inchoari, ignorantibus id tempus non labi, ac circa scientiam aut ignorantiam, deficientibus aliis probationibus, juri jurando retrahenti standum esse, quod & in Hollandia servari tradit Hugo Grotius manual. ad jurispr. Holl. lib. 3. c. 16. n. 11. 12. Leeuwen censur. for. part. 1. lib. 4. cap. 20. n. 11. Alii denique visum magis, a primo traditionis momento consanguineis, sive scientibus, sive ignorantibus, fluere retractus tempora; usque adeo, ut neque ignorantibus, neque absentibus, neque pupillis aut minoribus aliisque similibus, restitutio in integrum adversus istius spatij decursum tribui debeat ad retractum faciendum, tum quia ex retractu venditio

præter jus commune emtoris intentu in irritum deducitur, quod odiosum, aut saltem interpretatione benigniore juvandum non est; tum quia illi, qui contra temporis talis lapsum restitui desiderant, ut ad alienam possint emtionem venire, non tam de damno evitando quam potius de lucro in emtoris præjudicium captando agunt, quo casu restitutio vix concedenda, arg. l. sciendum est 18. 19. 20. ff. ex quib. capitis majores. Tiraquellus de retractu gentilis. §. 35. gloss. 2. num. 3. & seqq. Christinus ad Leg. Moebium. §. 11. art. n. 9. 10. 11. Joh. Papon lib. 11. c. 7. art. 21. & hoc jure Hollandos uti scribit Neostadius sup. Cur. decis. 29. Petrus Bort de feudis part. 5. c. 5. cap. 2. num. 1. pag. 217. Respons. Jurisc. Holland. part. 5. consil. 160. cumque fundamento sat firmo nitatur hæc sententia posterior, ei in dubio adhaerendum crediderim, quoties neque lege municipali neque consuetudine inveterata contrarium inductum est. Et quamvis extrajudicialis interpellatio ad retractum intra annum facta haud sufficiat ad interrompendam temporalem hanc præscriptionem, suffecerit tamen ante temporis præfiniti lapsum emtorem retrahendi gratia in jus vocatum esse, neque necesse, ut litis contestatio ea de re ante temporis præscripti finem interponatur: ita post Tiraquellum de retractu gentilis. §. 8. gloss. 2. n. 1. & alios, Leeuwen cons. forens. part. 1. lib. 4. cap. 20. n. 11. versu, quando.

26. Per retrahentem præstanda quod spectat, sciendum est, reddi oportere emtori retractum patienti totum pretium, si is illud jam solverat, una cum arrha per eum data ac laudemis tributisque per eum depensis, meliorationibus medio tempore factis, ut ita indemnus servetur, nec non duplicata quantitate ejus, quod ex pacto in symposium ab emtore erogatum est, secundum Hollandiz mores, teste Grotio mand. ad jurisprudentiam. Holl. lib. 3. cap. 16. num. 15. etiam si forte emtori venditor postea partem pretii remisisset, vel aliud loco pretii in solum datum esset, si modo omnia ab initio bona fide gesta sint, arg. l. pretii 9. C. de rescind. vend. Resp. Jurisc. Holl. part. 5. consil. 202. vers. Voant voor eerst seer. Quæ omnia simul & semel legitimo oblata modo si emtor recipere detrectet, dum forte retractum pati non vult, ex juris quidem Romani principiis consignatio eorum ac depositio facienda foret, uti eam in casu pacti commissorii necessariam esse supra num. 5. probatum est: sed in Hollandia solam sufficere realem oblationem legitime factam, nec depositione opus esse, judicatum fuit: eo quod frequenter dilatio solutionis emtori concedi solet, ac annua bima trima die solvendi facultas, quo ipso eveniret, retrahentem deterioris fore conditionis, quam emtorem, si per depositionem maturius careret nummorum usu, cum nondum omnium pensionum dies cessissent, Groenewegen ad Groium. d. lib. 3. cap. 16. n. 13. Leeuwen cons. for. pag. 1. lib. 4. cap. 20. n. 13.

27. Effectus retractus in genere est, quod retrahens in universum ita subintrat in locum emtoris, ac si non emtor, sed ipse statim ab initio rem retractam comparasset: eo excepto, quod emtor fructus medio tempore inter emtionem & retractum petitem pretiumque consignatum perceptos reddere retrahenti haud teneatur, etiam si necdum eos consumsisset; sed tantum retractus petiti & pretii consignati tempore pendentes tanquam ipsius fundi partes, arg. l. Herennius 42.

ff. de usuris, uti & eos, qui tempore traditionis ex causa emtionis factæ necdum a solo separati, una cum fundo fuerant in emtorem translati, quorumque intuitu procul dubio pretium majus constitutum fuit, tunc iterum per retrahentem emtori refundendum, Zoesius ad Pand. b. 2. de retractu num. 125. Quod enim attinet fructus reliquos medio tempore per emtorem perceptos, & adhuc extantes, cum non ex jure possessionis bonæ vel malæ fidei eos emtor ex fundo colligerit, sed ex dominii jure, quod titulo emtionis in fundo habebat, eos suos fecerit, atque interim pretio rei emta caruerit, ac denique retrahens sibi imputare debeat, quod deliberando diutius retractum distulerit, non recte ad hunc casum produci potest id, quod de fructibus a bonæ fidei possessore perceptis, vindicanti restituendis invenitur traditum in §. 2. Inst. de offic. judicis, l. sed & loci h. §. post litum 2. ff. finiam regendam. Zoesius d. num. 125. Leeuwen cons. for. part. 1. lib. 4. cap. 20. num. ult.

28. In ceteris ita emtoris partes retrahens obtinet, ut eadem ipsi circa pretii solutionem dilationes competat, qua emtori fuerant ex conventionione indulta, arg. l. ult. §. ult. C. de usuris rei judicata, Tiraquellus de retractu gentilis. §. 1. gloss. 18. n. 34. & seqq. nec ultra adversus emtorem, sed magis contra retrahentem venditor de pretio residuo experiri debeat, obligatione omni inter venditorum primamque emtorem per retractum extincta. Uti vix versa retrahenti experiri potestas est, si quis venditoris dolus intercesserit, aut enormis læsio, per quam emtor captus in damno hæsisset, Sande decis. Frisc. libr. 3. c. 5. de fin. 12. Tiraquellus de retractu gentilis. §. 29. gloss. 2. num. 2. & seqq. Sed & emtori reviviscunt omnia iura illa, quæ per acquisitum emta rei dominium extincta fuerant: neque dubium, quin et, si simul ante emtionem emti prædii conductus fuerit, vel ususfructum ejus habuerit, vel servitutes quædam reales prædii proprio emtoris, vel a proprio emtoris prædii, debita fuerint, retractu facto redintegretur conductionis jus in tempus reliquum locatione comprehensum, & usufructus ac prædiales renascantur servitutes, arg. l. 2. §. cum quis debitori 18. & 19. ff. de hered. vel act. vend. & arg. l. idem. Notatius §. §. ult. ff. de usufr. access. l. ult. ff. de minor. 25. annis l. 1. 2. C. si adversus transact. l. 1. §. ult. l. quomodo §. §. quanquam 11. & seqq. l. si mulier 14. ff. ad Senatus. Vellejanum, Tiraquellus de retractu gentilis. §. gloss. 7. n. 73. & seqq. Neostadius Curia sup. dec. 30. Abr. a Wesel ad novell. cons. Ultrajest. art. 19. n. 24. 25. & plures ibidem allegati.

29. Onera quoque rei imposita, quibus emtor gravatus fulset si rem ex emto retinisset, vicissim retrahentem gravare, verius est; adeo ut, si forte dominus directus feudum a vassallo divenditum retractaverit, cui is in vicinorum gratiam prædiales quædam servitutes imposuerat, non liberum, sed servitutibus hisce obnoxium feudum acquisiturus sit. Licet enim impositæ per vassallum servitutes evaneant, quoties feudum ex defectu cognationis domino apertum est, lib. 2. feud. t. 8. §. rei autem, aliud tamen dicendum, si ex retractu feudum quæserit, cum ita non domini directi, sed emtoris extranei jure censendus sit, quippe non caducitatis, sed emtionis titulo feudum tenens, Petrus Bort de feudis part. 5. c. 5. cap. 1. n. 23. 223. Quod si emtor ex quodam privilegio a

seu venditorum quorundam aut aliorum onerum emptionis nomine directis, aut fisco pendendorum solutione immunitas sit; non tamen id privilegium, utpote personale, retrahenti prodest, sed is perinde ad huc omnia solvenda obstrictus est, ac si nulla interveniente emtoris extranea privilegiata persona ipse primitus a cognato per emptionem dominium adeptus esset; cum constet, personalia privilegia non posse egredi personas illas, quae praecipuum meruerunt favorem, quarumque intuitu indulta sunt, arg. l. ex pluribus 42. ff. de administrat. & peric. sus. Joesius ad Pand. b. 1. de retractu. n. 127. Ant. Matthaeus de auditu. lib. 2. cap. 7. numer. 71. Quamvis de cetero inter omnes constare videatur, retrahentem ad nova laudantia aliisque onera similia obligatum non esse, quoties non ex pacto de retrovendendo, sed ex lege vel consuetudine retractus descendit; eo quod non duplicata sed una tantum intelligitur emptio, contractus unus, quem retrahens ipse inivisus censetur, dum emtore depulso in locum ejus velut emtor succedit, & omnem contractus effectum in se transfert, Tiraquellus de retract. gentil. l. 29. gloss. 2. n. 1. & seqq. Argentarius 1761. de Laudant. ant. 37. & seqq. Carpovius de p. for. part. 2. can. 33. defin. 8. Joesius ad Pand. b. 1. de retractu n. 127.

50. Illud excutiendum! restat, qui in retractu portiores sint, praecipue si inter eos questio sit, qui diversis causis retractum desiderant. Omnibus quidem estis, atque ipsi etiam dominis directis ac cognatis potiorum placuisse causam ejus, qui retractum conventionalem exercere cupit; cum provisio hominis potentior plerumque sit provisione legis, Jac. Coreq. observ. 52. n. 33. 39. Ant. Matthaeus de auditu. lib. 1. cap. 18. n. 46. 47. Resp. Jurisc. Holl. part. 2. com. 50. in med. Dominus quoque directus feudi tenet, & eadem ratione dominus directus emphyteusis, praefertendus videtur agnatis, vassalli vel emphyteuticario vel feudali fundo distracto; quia ab hisce res primitus profecta est; Berlichius dec. 98. n. 18. Ut tamen in feudis Hollandiae hereditariis (conventiofelyke erfzitten) cognatorum potentias videatur jus retrahendi, quam domini directi; quia plerumque haec non a domino directo primitus vassallis collata fuerunt, sed ab eo tanquam jura feudi recepta, cum prius essent pleno jure allodialia illorum, qui ea peculiaribus ex causis voluerunt in posterum jure feudi possidere, Petrus Bort de feudis part. 5. r. 5. cap. 1. n. 28. 29. & seqq. pag. 222. & seqq. nisi fouda talia ipsi domino directo superaddita fuissent, quippe qui tunc nec ab agnatis vassalli venditoris retractum pateretur, Bort d. cap. 1. numer. 87. Socios quod attinet, Mechliniensis lege definitum, eos cognatis usque adeo potiores esse oportere, ut partem a cognato jam retractam retrahere nullo modo ipsi possint, Leg. Mechlin. t. 11. art. 5. quod tamen in Hollandia non obtinet, nisi socius simul venditori cognatione junctus sit, Groetius manual. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 16. numer. 9. Jac. Coreq. observ. 52. numer. 59. 60. Appendix decia. post resp. Jurisc. Holl. part. 3. vol. 1. pag. 51. in fine & 52. alioquin socios ac confines cognatis postponi auctor est idem Groetius d. cap. 16. n. 10. Leeuwen cons. for. part. 1. lib. 4. cap. 20. numer. 20. 26. Similiter apud nos cognatis, atque ipsi etiam sociis ac confinibus, ubi hoc quoque admitti motus est, in ju-

re retractus cedit dominus jurisdictionis (den Ambachtsheer) aliqui ei similes, quippe qui non nisi lapso tempore, reliquis ad retrahendum praefinito, ad retractum admittuntur, Neostadius Curia supr. dec. 19. Groetius d. cap. 16. n. 16. Quod si non ex diverso sed eodem jure plures retractum facere velint, inter cognatos in concursu is potior est, qui gradu propiore venditorem contingit; si gradu pari, is, qui simul praedii venditi intuitu socius aut confinis est, ut ante didimus. Si ex pluribus neque propiorque unus amtor sit, a reliquis eodem gradu junctis retractum haud patitur: si emtor cognatus quidem sit, sed gradu remotior, proximioribus adhuc libera retrahendi facultas est, Groetius manual. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 16. numer. 7. Jac. Coreq. observ. 52. n. 38. 39. De cetero, licet in aliis plerisque locis remotior retrahere quidem possit, dum proximior deliberat, sed proximiori postmodum intra tempus legitimum retrahere volenti cadere teneatur, in Hollandia tamen praeventioni locus est; adeo ut, si omnes ejusdem gradus cognati simul eodem tempore ad retractum veniant, inter eos res ex retractu communis fiat; si vero unus ex pluribus proximis ejusdem gradus cognatis retractum fecerit, rem totam sibi habeat, nec reliquos ejusdem gradus ultra in partem admittere teneatur, etiam intra legitimam tempus venientes. Idemque servatur, si remotior gradu proximiorum cognatum maturiore praeverit retractus interpositione, Hugo Groetius d. lib. 3. cap. 16. n. 7. Leeuwen cons. for. part. 1. lib. 4. cap. 20. n. 20. 21. Petrus Bort de feudis part. 5. r. 5. cap. 2. n. 28. pag. 227. in fine. Si plures sint socii, is in concursu praefertendus videtur, qui majore ex parte socius fuit; quod & lege Mechliniensis cautum t. 11. art. 6. Si plures confines, is, cujus praedium majore latitudine contingit praedii distracti fines, nisi confinis alter simul emtor sit, Leeuwen cons. for. part. 1. lib. 4. cap. 20. n. 26. Atque haec ex usu nostro de retractu sufficiant. Plura qui cupit, adeat Tiraquellum de retractu, Christinum ad Leg. Mechlin. t. 11. Joesius ad Pand. b. 1. de lege commissoria, Berlichium conclus. praed. part. 2. conclus. 39. 40. 41.

## TITULUS IV.

## De Hereditate vel actione vendita.

## SUMMARIUM.

1. Ad venditionem hereditatis non est opus inventarii confessione. Qua emtori hereditatis tradenda aut cedenda sunt, quid juris circa onera & commoda quasita occasione rei, quam nominatim exceptas venditor hereditatis? An additionibus non ceteris utilis computant emtori hereditatis.
2. Fructus venditor hereditatis damna & lucra constantia per leonem ejus culpam. Quid juris, si venditor hereditatis transegerit cum debitoribus hereditatis, vel res singulares hereditarias vendiderit, demoverit ante vel post venditionem hereditatis?
3. An jus accrescendi et an emolumentum juris accrescendi in emtorem transeat, prolixo excutitur.
4. An venditor de rerum singularium hereditariarum venditione teneatur? an de venditione juris hereditarii aut partis ejus? quid interit inter vendi-

- ram hereditatem viventis, et eam, qua defuncti quidem est, sed ad venditorem non pertinet, vel fideicommissaria tantum est, cum vendita esset ut directa?
5. Venditor hereditatis non tradit ea, qua nominatim excepit, nec indebitum acceptum. An id quod pama nomine consecutus est? An hereditatem impuberis ex substitutione quasitam, cum patrii substituentis hereditatem vendidisset?
6. Emor hereditatis debet ruscipere defensionem venditoris per creditores hereditarios conventi. An invitur possit ipse conveniri per creditores hereditarios? quid moribus? An creditores indivi teneantur convenire emtorem? An si convenerint emtorem, deinde iterum ad venditorem hereditatis redire possint?
7. Repetit venditor hereditatis ea, qua propter hereditatem erogavit; quod exemplis docetur. An & si ex parte heres integrum debitum hereditarium ex justa causa solverit, & partes a coheredibus ceteris recuperare nequeat? An si indebitum solverit? Petii & redintegrari servitutis, sibi a defuncto debita vel legata solvi.
8. Reconsentitur singularia quadam; quando non privatus sed fiscus vendidit hereditatem.
9. Vendi potest actio vel pure vel sub conditione; & vel pura vel conditionalis; nec semper tunc idem venditionis effectus est. An & in rem actio, & universitas actionum, & incertum actionis vendi possit?
10. Non potest vendi popularis actio, nec moribus nostris actio ad mercedem eorum, qui adhuc in India degunt.
11. Actio vendita cedi debet. Quo modo nunc cedenda sint actiones seu partes societatis India Orientalis vel Occidentalis? Usi & actiones hypotheca immobilium munita?
12. Cedenda emtori nominis actiones principales & accessoria contra fidejussores ac propignorum persecutione. An in emtorem actionis transiant privilegia actioni aut persona coherentia. An & ius parata executionis in pacto competens? Quid si ex actione vendita jam aliquid perveneris ad venditorem?
13. Qua cedens agere aut pati tenetur, ea quoque cessionarius facere aut pati debet, etiam rationes, calendaria cedentis edere. An cessionarius etiam in cessis sibi actionibus uti possit suo privilegio personalis ex suo capite? Notatur singulare ius fisci.
14. Venditor actionis an & quando teneatur prestare debitorem locupletem? Et quid si nomen sit venditum, tanquam bonum?
15. An post cessionem cedens adhuc agere possit, & in concursu cedentis ac cessionarii uter in agendo preferendus sit? An & quando debitor recte solvat cedenti ac liberetur, quando non; & quid moribus nostris?
16. An cedens revocare possit cessionem actionis vendita aut donata, si cessionarius non pareat conditionibus appositis? An mutuo consensu cedentis & cessionarii cessio resolvi possit, invito debitor? Et an debitori sic pareat ius retrahendi actionem venditam, aut fisco suum tributum ex venditione debitum?
17. Quis prior sit, si eadem actio duobus separatim vendita ac certa sit diversis temporibus?
18. Emor nominis non plus exigere potest, quam quantum vero pretii nomine numeraveris, licet reliquum ei dicatur donatum esse a nominis venditore. Et quid moribus per cessionarium jurari debeat? An idem obtineat in datione in solutum? An in permutatione actionis?
19. Intra quantum temporis spatium retractus nominis faciendus sit?
20. Quando cesset ius retrahendi nomen venditum? Ubi de nominibus in hereditate vendita comprehensis; vel contentis sub vendita nominum universitate, seu vendito toto calendario; de venditis auctione publica; ac denique venditis tempore belli aut altioris calamitatis, unde periculum inanis actionis metuendum est:
1. Inter res incorporales, venditionem recipientes, I prapue hereditas & actio numeratur. Hereditas quidem non viventis, sed defuncti l. 1. ff. b. t. eaque vel directa, vel fideicommissaria, l. si quasi heres 16. ff. b. t. Ad cuius distractionem inventaria confectio opus non est; eo quod tunc non hereditatis, sed rerum singularium hereditarium videatur venditio, & perinde illud habendum esset, ac si res plures una fuissent venditione comprehensae, arg. l. qui filisfam. 14. §. 1. l. 15. ff. b. t. Vendita vero hereditate licet emor heres non fiat, dum ea, qui semel heres extitit, non potest desinere heres esse, l. ei, qui 88. ff. de hered. l. i. an praetor. 7. §. sed quod 10. in fine ff. de minor. 25. annis, vitem tamen heredis sustinet, l. 2. §. cum quis 18. ff. b. t. cum id inter emtorem & venditorem actum intelligatur, ut neque amplius, neque minus iuris emor habeat, quam apud heredem futurum esset, l. 2. pr. & §. non tantum 4. ff. b. t. ac proinde & lucrum omne & damnum hereditarium ad eum respiciat, d. l. 2. §. sicuti 9. ff. b. t. nisi quid nominatim exceptum fuerit; quo tamen casu id tantum in dubio penes heredem remanebit, quod exceptum fuit, non item res aliae aliave iura, quae rei exceptae occasione quassata sunt, l. ult. ff. b. t. uti ex adverso nec ea quoque onera, quae rem exceptam comitantur, venditorem gravant, si ante venditionem jam coeperant esse debita: nam & si zdes viciose excepta sint, quarum intuitu cautio damni infestis nomine praestita fuerat, ejus quidem damni nomine, quod ante venditionem datum fuerit, onus ad emtorem, alterius temporis ad heredem pertinere placuit, si non aliud actum appareat, l. 2. §. si venditor 14. ff. b. t. Adde d. l. 2. §. apud Iulianum 12. 13. ff. b. t. His consequens est, ut omne illud, quod ad heredem vendentem pervenit a morte defuncti usque ad tempus venditionis, emtori praestari debeat, l. 2. §. 1. ff. b. t. atque adeo omnia tradi corporalia, sive in hereditate reperta sint, sive, cum hereditati deberentur, per heredem exacta fuerint, l. 2. §. pervenisse 3. l. qui filisfam. 14. §. 1. ff. b. t. l. qui nondum 4. C. b. t. Actiones cedi tum principales tum accessoriae, sive eas ipse acquisiverit, novatione facta, fidejussore, vel pignore accepto, aliisque modis; sive jam ante ipsi fuerint defuncto quassata, d. l. 2. §. pervenisse 3. & §. non solum 8. ff. b. t. ut eas deinceps emor suo periculo sumatque

exerceat, l. 1. C. de collatione. quibus tamen non cessis, utiles nihilominus actiones emtori accomodantur ex constitutione D. Pii, usque adeo ut in concursu emtoris ac venditoris reus conventus emtori solvere possit, venditore per exceptionem repellendo, l. si cum emtore 16. ff. de pactis, l. emtor 4. C. b. t. si modo actiones directæ, quarum loco hæ utiles subsidiarie dandæ forent, ipsi defuncto competere inceperint: nam si per ipsum demum heredem hereditatis occasione acquisitæ sint, dum vel pignora aut fidejussores pro debito hereditario nactus est, vel pecunias hereditarias alteri credidit, & in eam causam pignora accepit, ne utiles quidem emtori hereditatis dandæ forent, sed omnimodo cessione opus est, arg. l. si heres pecuniam 75. ff. ad Senatusc. Trebelli.

1. Præstat insuper venditor hereditatis damnum omne emergens, & lucrum omne cessans, quoties per dolum aut latam levemve culpam ejus id accidit, veluti si debitorem hereditarium acceptilatione liberaverit, vel id egerit, ne proprietatem aut possessionem acquireretur hereditati, cum adipisci potuisset, l. 2. §. sed & si 5. junct. l. 3. ff. b. t. l. in illa stipulatione 54. §. 1. ff. de verbis obligat. arg. l. sed & si 25. §. perinde d. & §. ff. de petit. hered. Unde &, si venditor hereditatis cum debitore hereditario transegerit aut pactus sit si ve ante venditionem, si ve postea, sed antequam debitori innotuerat venditio, emtori adversus venditorem ex emto actio danda foret ad id, quanto minoris valet hereditas ob peremptum pacto veltransatione agendi ius; cum utique debitor, bona fide paciscens aut transigens cum venditore, possit sese propter ignorantiam suam adversus emtorem pacti vel transactionis exceptione tueri. Diversum plane foret, si post venditionem debitor venditionis haud ignarus, tamen cum venditore paciscendum duxerit, aut transigendum; cum enim dolo non careat, quod cum alio, quam ad quem ea res pertinet, transegerit, replicatione doli exceptio transactionis per emtorem elidi potest, l. ubi ff. de transactione. arg. d. l. 2. §. sed & si 5. ff. b. t. Sed &, si res hereditarias a venditore alteri distraxerit aut donatas concipiamus, si quidem id ante venditionem hereditatis factum sit, donatarum quidem iustum pretium, venditarum vero pretium tale, quale inde bona fide redactum, etsi consummum, emtori hereditatis præstandum est, l. 2. §. pervenisse 3. ff. b. t. sin post venditionem, antequam res ipsæ hereditariæ emtori hereditatis traditæ essent, ad id quod interest venditorem emtori hereditatis teneri constitutum est: cum enim venditor, antequam res hereditarias emtori hereditatis tradidisset, dominus earum esse perseveraverit, tradendo eas aliis dominum quidem transferre potuit; sed quia fidem contractus fregit, eum, emtori hereditatis in penam perfidie ad id quod interest obligari, æquum fuit, l. qui sibi 6. C. b. t. l. venditor. 21. ff. b. t.

3. De jure accrescendi, utrum illud quoque in emtorem transeat, si forte ex parte heres hanc partem suam alteri distraxerit, ac postmodum alter coheres deficiat, a multis in varias itum sententias. Mihi inter ipsum accrescendi ius, & acquirenda, ex eo jure emolumenta distinguendum videtur. Ius ipsum quod attinet, illud penes hereditatis venditorem etiam post venditionem remanere puto. Cum enim coheredi portio coheredis deficientis accrescere debeat, venditor

autem non obstante venditione heres manserit secundum ante dicta, nec emtorem vendendo heredem fecerit, necesse fuit, ut ipse qua heres hoc jure gauderet; eo modo, quo & heredi fiduciatio potest restitutionem suæ partis accrescit portio coheredis postea deficientis, l. Papinianus 43. ff. ad Senatusc. Trebelli. Non obstante eo, quod nihil accrescat ei, cui ut indigno hereditas oblata est, dum tacite fidem de parte, in qua institutus est, incapaci restituenda accomodavit, l. si totam 83. ff. de acquir. vel omitt. hered. (in qua lege an denotat eam, docente Cujacio lib. 2. observ. 7. & lib. 3. observ. 34.) Non enim accrescit, quia lex ipsa ei ademit hereditatis emolumenta, quatenus promiserat restitutionem, ipsumque etiam ante aditionem & vivo adhuc testatore indignum censuit, cui salvum esset ex aditione lucrum partis incapaci restituenda: cumque jure accrescendi non alia ex causa competat, quam quia quis ex parte heres est, sequitur, eum, qui propter indignitatem ex ea parte, ex qua heres institutus erat, vere & cum effectu heres non est, (etsi forte de facto adivisset, imo adeundo heres effectus esset, nec perderet nomen heredis postquam ei res ita relicta ablata sunt, l. ex facto 43. §. Julius 3. ff. de vulg. & pup. substitut.) non posse ullum sibi arrogare accrescendi ius. Quod & aperte satis Ulpianus in d. l. 83. significat, cum ait, *nihil ei debere accrescere, quia rem non videtur habere*: neque enim is rem habet, cui illa in penam huius tacite accomodate adempta est; licet eam naturaliter teneat, quamdiu a fisco vindicata non est; imo talis apertissimis verbis in petitione hereditatis non heredis, sed prædonis loco intelligendus, dicitur l. prædonis loco 45. ff. de petit. hered. Nec hisce repugnat, quod talis ad substitutionem impuberis admittitur, cum pater dixisset, quisquis mihi heres erit idem filio heres esto, l. ex facto 43. §. Julius 3. ff. de vulg. & pupill. substit. Id enim ita placuit, primo, quia alia impuberis hereditas est, diversa a paterna hereditate, l. 2. §. illud potest 2. ff. b. t. secundo, & quidem præcipue, quia ex tali substitutione venit ad impuberis hereditatem etiam ille, qui nunquam patris substituentis heres fuit, veluti servus alienus a patre institutus, qui jussu domini paternam adiens hereditatem, non sibi sed domino eandem acquirit, nec se sed dominum adeundo heredem facit: uti & illi, qui cum heredes patris substituentis extitissent, per motam contra testamentum querelam inofficiosi, aut per supervenientem servitutem, desierunt patris heredes esse, si modo postea libertate donati sint: sic ut ibi non tamen consideretur, quis patri re aut nomine heres fuerit, quam potius, quis a patre in testamento nominatus seu scriptus sit, l. cum filio 3. l. qui liberis 43. §. 3. in fine ff. de vulg. & pupill. substit. Cæterum quia venditor suam vendendo hereditatis partem efficit, ut emtor heredis loco esset, & ad eum omne pertineret juris hereditarii damnum lucrumque, l. 2. §. sicut 9. & §. cum quis 18. ff. b. t. dum in hereditaria venditione id actum creditur, ut neque amplius neque minus juris emtor habeat, quam penes heredem futurum esset, d. l. 2. in pr. ff. b. t. consequens fuit, ut; quemadmodum omne emolumentum, hereditatis venditori ex aditione questum, in emtorem transferendum fuit, ita quoque illud, quod ex jure accrescendi ad eum tanquam adhuc heredem pervenit aut

perventurum est. Neque enim inficias iri potest, quin pro parte heres jus illud accrescendi habeat quia heres nec alia ex causa, quam quia ex parte heres est, cui proinde parti spes & jus succedendi in alteram hereditatis partem, casu quo illa vacatura est, etiam eo ipso momento quæsitum fuit, quo suam ipse adivit partem, arg. *l. si ex pluribus 9. ff. de suis et leg. hered.* Nisi ergo ita statuatur, emolumento jus accrescendi ad emtorem pertinere, eveniret, ut minus juris penes emtorem foret, quam penes heredem esset futurum; contra *d. l. 2. pr. ff. b. t. cum utique in jure accrescendi, quod heredi, qua tali, competit, non minima emolumenti pars sit.* Facitque pro hac sententia, quod Ulpianus scripsit, *si etiam impuberi sit substitutus is, qui vendidit hereditatem testatoris, id, quod ex impuberis hereditate ad eum, qui vendiderat hereditatem, pervenit, ex emto aditioni locum non facere, addita ratione, quia alia hereditas est, l. 2. §. illud potest 2. ff. b. t.* unde a contrario concludendum, aditioni ex emto locum fore ad id quod ex jure accrescendi ad venditorem pervenit, quia non alia, sed eadem unius hominis hereditas est. Facit insuper, quod, licet fiduciario heredi, qui coactus adiverat & restituerat, ipsum jus accrescendi competat, is tamen fideicommissarius restitutionem teneatur quicquid ex jure accrescendi post restitutionem partis illius, quam compulsus adivit, consecutus est, *l. Papinianus 43. ff. ad Senatusc. Trebell.* a quo herede fiduciarie petum argumentum tanto magis stringit, quod inter fideicommissarium & fiduciarium heredem, totam hereditatem aut partem suam totam restituentem, interponi solita fuerint stipulationes emto & venditæ hereditatis; quo efficiebatur, ut omnia eo haberentur loco, ac si fiduciarius fideicommissarius hereditatem vendidisset: §. *ergo si quidem 6. Instit. de fideicommissar. heredis.* Nec movet, quod hic coactus adiverit, adeoque pactione tali tunc opus non sit, sed ipsum senatusconsultum onera transferat in fideicommissarium, *d. §. 6. in fine,* cum ita id tantum intersit, quod, ubi sponte aditio contigisset, ex pacto illud introducat, quod in additione coacta facit ipsum jus, nec de cetero quantum ad effectus ulla diversitas sit, sive pacto sive jure securitas fiduciario queratur. Denique non facile quisquam emtori cum ratione denegaverit utilitatem & effectus juris accrescendi, nisi qui pariter existimaverit, etiam caduca legata & fideicommissa, quin & quartam Falcidiam ac Trebellianicam oportere penes hereditatis venditorem remanere, nec sequi emtorem; quæ quam sint aliena a juris fundamentis, satis manifestum est. Secundum hæc vero sententiam distinctione propositam, vulgaris sponte corrui objecto, jus nempe accrescendi ex pacto non acquiri. Et enim nec hereditas pacto queritur; sed uti semel per aditionem quæsitæ vendi deinceps ac in emtorem transferri potest quantum ad omnia onera ac commodæ emtoris cessura, ita quoque jus accrescendi, non ex pacto sed additione primitus quæsitum, dein pacto seu venditione transit in emtorem quantum ad effectus suos & juribus ipsis cum hereditatis tum accrescendi nunquam a venditore, velut in perpetuum herede, separandis. Collabitur & alterum, quod a Vinnio select. quest. lib. 1. cap. 55, aliisque dissentientibus obtenditur, quasi scilicet de jure accrescendi tempore venditionis non fuerit cogitatum, ea

vero vendita non intelligantur, de quibus cogitatum non est, arg. *l. in lege fundi 77. ff. de contrab. emt.* Neque enim ullus ex parte ne res sine manifestissimo juris errore, non excusante sed nocente, ignarus esse potuit, spem illam accretionis sibi per aditionem hereditatis sic esse quæsitam, uti ipsum jus hereditarium de præsentī pro parte quæsitum est, dum inest juri hereditario jus accrescendi, uti fundo vendito coheret alluvionis jus, licet alluvionis sæpe minor quam accrescendi spes sit, unde alluvioni comparatum videmus ipsum accrescendi jus, *l. si Titio 35. §. 1. in fine ff. de usufructus & quomodo quis utas.* Ne dicam, verum non esse per omnia illud, venditum non vendiri de quo cogitatum non est, neque id dicat *d. l. 77.* quippe quæ tantum habet, *nominem emere aut excipere quod non sit,* id est, quod non appareat, in rerum natura non est; unde & illic lapicidinæ, quæ tempore venditionis apertæ non fuerant, dicuntur non fuisse exceptæ, quia *nulla sunt lapicidinæ, nisi quæ apparent & caduntur, d. l. 77.* Et in summa, magis est, ut *d. l. 77.* pro nostra militet opinione. Scilicet uti fundo vendito omnia ea vendita censentur, quæ fundi sunt, nisi nominatim excepta sint; ideoque fundo vendito venditæ simul videntur latentes etiam lapicidinæ ac metallifodinæ, licet eas latere ignoretur, ac de his per contrahentes cogitatum non sit, *d. l. 77.* ita & hereditate vendita, venditum intelligi debet illud omne, quod hereditatis est; hereditatis autem est & ipsum jus accrescendi, ut ante probatum, ac proinde pro vendito habendum erit, etsi de eo contrahentes non cogitasse largiremur. Non etiam nostræ repugnat opinioni, quod venditor hereditatis non nomine tenus sed re ipsa post venditionem heres sit, quia, dum pretium habet, ipsam habere & possidere videtur hereditatem, *l. si quis pecuniam 4. §. ult. ff. si quis omnia causa testamenti ab intest. vel al. modo possid. hered.* Et enim videtur tantum habere per quamdam juris fictionem, uti generaliter, qui rei pretium habet, rem habere videtur, re ipsa necdum habet, arg. *§. si res aliena 6. in fin. Instit. de legatis,* in rei veritate magis emtor habet, quippe res ipsas hereditarias habens, tenens, possidens, de his suo disponens arbitrato, & ipsius hereditarii juris omnia commodæ pariter ac onera sentiens. Sed & secundo, *possidere videtur hereditatem is, qui vendit, in quantum eam, quam vendidit, adeundo adeptus est, ad oppositionem eorum, qui dolo fecerunt, quo minus possideant,* secundum verba legis, id est, eorum, qui non adiverant sed omiserant hereditatem sibi testamento delatam, ut eam vel ipse vel alius deinceps adirot ab intestato, juxta tituli ipsius inscriptionem. Nec est quod regeras, fiduciarium quidem heredem post factam hereditatis restitutionem nomine tenus tantum heredem esse, omnia jura in fideicommissarium transivisse, venditorem vero hereditatis post venditionem adhuc oneribus hereditariis obnoxium existere, & usque adeo posse a creditoribus hereditariis judicio ad solvendum inquietari, ut ne emtor quidem invitatus ab eo compelli possit ad excipiendas, quæ venditori moventur, hereditarias actiones, *l. ratio juris 2. C. b. t.* Etsi enim in eo tertio quadam inter istos duos differentia appareat, tamen quantum ad effectum emolumenti par utrobique ratio est, dum venditor hereditatis conventus a creditoribus hereditariis, ac



solvere compulsum, regressum adversus emptorem ac indemnitate habet, & ita non suo sed emptoris periculo litigat ac convenitur. Nec facit, quod emptor forte posset non solvendo esse, & sic venditor in damno habere; cum utique venditionis tempore venditor poterit pacto id agere, ut sibi ab emptore eo nomine satisfidetur, ac id non agens suum debeat culpam ac negligentiam damnum tale acceptum ferre; quod tunc in iure nostro non intelligitur damnum esse, arg. d. l. ratio juris 2. C. b. l. junct. l. quod quis in culpa 203. ff. de regul. juris. Leve quoque est, quod in quæstione, utrum hereditate vendita, ea quantitas spectetur, quæ fuit mortis tempore, an ea, quæ fuit, cum aditur hereditas, an ea, quæ fuit cum hereditas venditur, ab Ulpiano responsum fuit, id actum videri, ut quod ea hereditate pervenit, in id tempus, quod venditio fit id videatur venisse, l. 2. §. 1. ff. b. l. Tempus namque venditionis illic spectandum dicitur, non ad excludenda commoda postmodum heredi obventura, sed ut includantur omnia, quæ forte intra venditionis & mortis tempus obveniant: quæ enim post venditionem commoda aut damna occasione rei vendita superveniant, emptorem ex communi emptionis natura sequuntur. Unde & eisdem fundamento inherere Ulpianus in d. l. 2. §. non tantum 4. ff. b. l. circa hereditatis venditionem definivit, non tantum quod ad venditorem hereditatis pervenit, sed & quod ad heredem ejus ex hereditate pervenit, & non solum quod jam pervenit, sed & quod quandoque pervenerit, emptori restituendum esse. Denique nec illud valde stringit quod in emptione pretium rei vendita respondere debeat, nec probabile sit, cum, qui forte ex quarta vel minore parte heres est, voluisse emptorem venditione partis istius minoris ex asse heredem facere, si alii deficerent, eo quod nulla tunc inter rem venditam pretiumque proportio foret. Non, inquam, satis urget, si consideres, inter omnes constare, in hereditate vendita locum non esse remedium, l. 2. C. de rescind. vend. nec stolidis tantum (de quibus, l. si heres 3. ff. ad leg. Falcid.) sed & prudentioribus accidere subinde posse, ut, quemadmodum hereditatem tanquam lucrosam adeunt, quæ ob emergentem deinde ariam alieni molem damnosa apparet, ita & velut lucrosam pretio majore emant, ignorantes as. alienum latens, quæ exitu inspecto damnosa prorsus est: quo tamen casu venditionem ratam fore dubium non est, etsi nulla inter id, quod venditur, ac pretium proportio inveniat; nisi quis pretii & damni ita empti proportionem justam putet.

4. Licet autem pro rerum singularium hereditariarum evictione venditor hereditatis obstrictus non sit, nec hereditatem locupletem præstare teneatur, nisi nominatim evictionis præstationem rerum certarum intuitu in se recepisset, vel de substantia seu quantitate hereditatis quid affirmasset; eo quod alioquin non rerum singularium sub hereditate contentarum, sed rei incorporalis, universi scilicet juris hereditarii sive lucrosi sive damnosi venditio facta creditur, l. 1. C. de eviction. l. 2. l. qui filiam. 14. §. 1. l. 15. ff. b. l. Vinnius select. quest. lib. 2. cap. 16. versu, sed quid, quin tamen de facto suo venditor satisfacere, adeoque juris ipsius hereditarii venditi evictionem præstare teneatur, extra controversiam est, si forte illud in totum vel pro parte evictum sit, d. l. 2. pr. l. quod si sit, 15. ff. b. l. arg. d. l. 2. C.

de eviction. si modo aperte jus hereditarium distractum fuerit: nam si tantum venditum proponatur incertum hereditatis, & quasi spes ejus, dum id actum, ut si quid juris venditori in ea hereditate computat, id veniat, quamvis ad venditorem hereditas non pertineat, nihil tamen eo nomine emptori præstandum est, nisi venditor, sciens ad se non pertinere, tamen ita dolo distraxerit, l. quod si in venditione 10. 11. 12. 13. ff. b. l. Multum inter evictionis præstationis intuitu refert, utrum distracta sit hereditas, quæ nusquam apparebat, an talis quæ aliena erat, an denique ea, quæ venditori quidem quæsita fuerat, sed ex causa fideicommissi, cum illam ut directam vendidisset. Si enim intervenierit venditio hereditatis, quæ in rerum natura non est, velut hominis adhuc viventis, evictio proprie præstandi non est, quia sine re, quæ veniat, emptio nulla aut venditio intelligi potest; sed pretium dumtaxat emptori reddendum, ac si quid in venditionem illam ipso jure nullam ab emptore impensum fuerit, & si quid amplius emptoris intersit, l. cum hereditatem 7. l. 6. l. 9. ff. b. l. junct. l. nec emptio 8. ff. de contrab. emt. Sin vere appareat hereditas vendita, sed ad venditorem non pertineat, ipsa æstimanda, ac in ejus æstimationem venditor damnandus est secundum evictionis naturam, l. quod si nulla 8. ff. b. l. Quod si quis quasi heres directus hereditatem vendiderit, cum ei ex senatusconsulto Trebelliano restituta esset, quantum emptoris intersit, tenetur, l. si quasi 16. ff. b. l.

5. Sunt tamen nonnulla, ad quæ emptori hereditatis tradenda vel præstanda venditor obstrictus non est; veluti quæ nominatim pacto excepti, l. 2. §. apud Julianum 12. & seq. l. ult. ff. b. l. Nec id, quod occasione & sub prætextu hereditatis quasi debitum exegit, cum esset indebitum; quia hoc hereditarium non est, d. l. 2. §. solet queri 7. ff. b. l. Nec, quid si pænæ nomine a fure vel prædone ob furtum rerum hereditariarum consecutus sit, dum ipse furtum aut rapinam hereditariis in rebus passus est, l. venditor ex 21. in fine ff. b. l. secus si defunctus ipse hæc passus, & ita ipsi adhuc viventi actio pœnalis quæsita esset, arg. l. pœnaler 52. ff. ad leg. Falc. cum enim, ea ad venditorem, quæ heredem, hereditario jure devoluta fuerit, sequitur, aut ipsam emptori cedi debuisse, aut pœnam jam exactam debuisse restitui; ne alioquin minus penes emptorem sit, quam penes venditorem, quæ heredem, futurum esset, contra l. 2. pr. ff. b. l. Non denique hereditatem impuberis sibi ex substitutione pupillari quæsitam, cum patris substituentis hereditatem, ex qua ipse quoque scriptus erat, vendidisset, quia alia hereditas est, l. 2. §. illud potest 2. ff. b. l. nisi hoc nominatim actum fuerit, ut & impuberis hereditas veniret, d. l. 2. §. 2. si modo venditionis tempore pupillus mortuus sit; ne alias venditio incideret in prohibitam de successione tertii certi viventis pactionem. Nec est, quod quis existimet, ex eo, quod in d. l. 2. §. 2. dicitur, maxime si hereditas pupillaris jam delata sit, colligi posse, quod etiam de necdum delata, adeoque de ea, quæ pupilli adhuc viventis est, pæctio talis addi possit. Non enim sequitur, pupillum adhuc superstitem esse, si hereditas ejus delata necdum sit; cum & si sub conditione substitutio facta fuerit, hereditas necdum delata dici queat, utcumque pupillus jam facti munus impleverit. Sane, uti nullus ita nec pu-

pilli adhuc viventis hereditatem ullam esse, aut vendi posse, palam est ex l. 1. ff. b. r. Vinnius de pactis cap. 19. n. 9.

6. Sed uti venditor emtori ad plura tenetur, ita & vicissim emtorem venditori ad nonnulla præstanda obligatum esse, in aperto est. Aut enim hereditatis venditor necdum hereditario nomine quicquam impedit, aut ex adverso quædam jam solvit, aut aliter in hereditatem sumtus fecit. Si nondum quicquam ab eo in hereditatem erogatum, sed tantum iudicio conventus fuerit, cum emtoris periculo lis agitata sit, recte ab emtore desideraverit, ut is sui (vendentis) defensionem adversus hereditarios suscipiat creditores, l. hereditatem 25. ff. de donat. arg. l. 2. §. ult. ff. b. r. licet emtor invitus compelli nequeat a venditore, ut excipiat, aut in se transferat actionem venditori motam aut movendam, l. ratio juris 2. C. b. r. nec a creditoribus hereditariis recta via invitus conveniri, Christinzus ad Leg. Mechlin. s. 16. art. 37. num. 14. Sande decr. Frisic. lib. 3. t. 4. defin. 3. quod tamen postremum nostris moribus mutatum esse, & creditoribus in emtorem actiones oportere dari maxime si venditor solvendo non sit, censet Christinzus vol. 6. decr. 67. num. 4. & 19. Groenewegen ad l. 2. C. b. r. ad l. 25. ff. de donat. Invitos sane creditores hereditarios ad id construngi, ut emtorem conveniant, iniquum foret; quippe quibus jus agendi adversus venditorem, veluti ex additione hereditatis, conventionem privata emtoris ac venditoris adimi non potuit aut immutari, arg. l. debitorum 25. C. de pactis, l. Imperatores 3. ff. de transact. d. l. 2. C. b. r. Si tamen creditores contra emtorem actiones suas movere caperint, & is spontanea voluntate eas exceperit, tacita pactiois exceptione in posterum se venditor tueri posset, quasi id actum esset, ne creditores ab eo petant, l. post venditores 2. Cod. de pactis. Adde tit. de pactis num. 15.

7. Quod si e contrario vel ante vel post hereditatis venditionem in hereditatem sumtus fecerit, vel hereditaria solverit debita, id omne ab emtore per actionem ex stipulatu vel ex vendito repetere potest, l. si ex pluribus 18. ff. b. r. l. ratio 2. C. b. r. Ex vendito quidem, si nulla stipulatio inter emtorem & venditorem sit interposita, l. 2. §. si ipse 11. ff. b. r. actione vero ex stipulatu, si intercesserint emtæ venditæque hereditatis stipulationes, quæ frequentes olim erant, quibusquæ id agebatur, ut quod venditor perciperet lucrum, emtori restitueret, & quod damnum passus esset, id emtor resarciret, §. ergo 6. instit. de fideicommiss. hered. l. in illa stipulatione 50. §. 1. ff. de verb. obligat. Confer Cujacium lib. 2. observ. 50. Quibus consequens est, ut recuperet, si quid vectigalium aut tributorum nomine dependit, l. 2. §. si quid publici 16. ff. b. r. aut si quid in funus defuncti erogaverit, cum & ista impensa hereditaria sit, d. l. 2. §. quod si funere 17. ff. b. r. sed & si ex parte heres existens totum, quod a defuncto sub pœna debitum erat, solus exsolverit pœnæ evitandæ gratia, antequam coheredes ceteri hereditatem adivissent, nec postea ab his ob eorum egestatem recuperare potuerit quod supra suam præstiterat portionem, hoc quoque venditori per emtorem oportere refundi, velut hereditario nomine solum, Julianus tradidit, l. si ex pluribus 18. ff. b. r. Quin imo, & si indebitum, quasi debitum hereditarium, a venditore solum sit, ejus restitutionem

emtore incumbere placuit, si modo venditor per sententiam iudicis ad solvendum damnatus sit, non item, si citra iudicis decretum sponte præstiterit, d. l. 2. §. si et queri 7. ff. b. r. Cumque hereditate vendita eo cuncta loco habenda sint, ac si non per venditorem sed emtorem ipsum additio facta esset, rationi consentaneum fuit, venditorem jure petere, ut, quæ tum prædiales tum personales servitutes ei in rebus hereditariis competierant, & additione adeoque confusione extinctæ fuerant, ab emtore redintegrentur, l. 2. §. pen. ff. b. r. l. si ei 9. ff. commun. præd. tam urbani. quam rusticæ. atque insuper ea solvantur omnia, quæ venditori a defuncto vel ab herede ex voluntate defuncti debita, exsolvenda ei fuissent, si non ipse venditor sed extraneus hereditatem adivisset; si modo ejus debiti adversus heredem exactio competere potuerit, non item si morte extinctum sit, dum forte pœnale erat ex delicto descendens, d. l. 2. §. cum quis 18. l. hereditatem 25. ff. b. r.

8. Dicta hætenus de hereditate vendita locum habent, si privatus venditor sit: diversum ab hisce in nonnullis obtinet, ubi non a privatis, sed a fisco hereditas distracta est. Et enim hereditatis fiscalis emtor non ipse tantum actiones contra debitores hereditarios instituere debet: sed & vicissim eas, quæ a creditoribus hereditariis movendæ sunt, excipere in universum obstrictus est, nec fiscum venditorem iis respondere compellit, l. 1. C. b. r. l. cum, qui 41. ff. de jure fisci. De ipso vero hereditatis jure nullam ab alio controversiam patitur, nec hereditas ei potest in totum aut ex parte evinci; cum ementes a fisco statim securi sint, & fiscum ipsum vendentem convenire debeat, quisquis iudicio contendere cupit, ad se venditam pertinere hereditatem, §. ult. instit. de usurpation. l. 1. 2. C. de quadriennii præscriptis.

9. Altera tituli pars est de actione vendita, qualis venditio non consentiente tantum, sed & invito ac reluctante debitore fieri potest, l. 1. C. de novation. l. si nominis 2. C. de novation. l. si nominis 3. C. b. r. Vide tit. de procurator. muner. 8. sive pura sit actio, sive ex die vel conditione suspensa: nam & actionem puram sub conditione, & conditionalem pure vendi posse constat: ut tamen non idem usque venditionis effectus sit. Nam si sub conditione debitum vendatur pure, emtio statim perfecta est, ac ad pretium solvendum obligatio nata, licet emtor existente demum conditione persequi possit quod nomine vendito comprehensum est; vel ob defectum conditionis omni careat persequendi potestate. Sin purum debitum sub conditione distractum fuerit; non ante venditio perfecta censi debet, aut ad pretium inducta obligatio, quam si conditio extiterit, ex qua venditio suspensa erat, l. nomina 17. l. multum interest 19. ff. b. r. Neque interest, utrum in rem an in personam actio sit quæ venditur: licet enim directæ in rem actiones nulli competere possint, nisi ei, qui habet jus in re, & jure gentium vel civili dominus est; l. in rem actio 25. ff. de rei vindicat. & per actionis venditionem dominium rerum actione petendarum non acquiritur, l. pen. C. b. r. quia tamen utiles in rem actiones etiam non dominis competere posse, plenius instit. de rei vindicat. num. 21. fuit expositum, nihil vetat, quo minus & in rem actiones vendantur ad id, utilis saltem in rem actio per emtorem moveatur, atque ita quantum ad utiles actiones nulla inter in rem & in per-

actiones differentia sit, *l. ult. C. b. tit.* Nec una tantum specialis actio, sed & actionum universitas recte venditur, veluti totum mercatoris calendarium (*de gebale Schukboek*), ita ut nominum omnium periculum in se emtor recipiat; quod subinde fieri, ubi mercator fore cessit, apparet ex Responsis Juris. *Holl. part. 4. consil. 195.* Quid quod & incertum actionis, eodem modo, quo etiam incertum hereditatis, vendi potest, adeo ut spes tantum distracta intelligatur, ac ne debitor quidem a venditore prastandus sit, quoties in bona fide est, *l. si nomen 4. in fine, junct. l. quod si in 10. & l. si ff. b. t.* Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 14. n. 27.*

10. Non tamen recte quisquam alteri popularem potest actionem distrahere, cum ante litem contestatam nemo inde creditor ut locupletior dici possit, & quivis ex populo aequali ad eam exercendam jure gaudet, arg. *l. ut si cui 12. de verb. signif. l. 2. l. pen. ff. de popul. action.* post litem vero contestatam non minus actionis intentatae quam rei alterius cujusvis litigiosae alienatio reprobata sit, *l. 2. & tot. i. C. de litigiosis.* Moribus quoque nostris vetitum emere actiones competentes pro mercede eorum, qui adhuc in India degunt. *Arikel Brief van d'Oost-Indische Compagnie 1672. art. 55. vol. 3. placit. p. 1318. item van de West. Indische Comp. 1675. art. 33. d. vol. 3. pag. 1350. item Ordonnantie voor de Vuest-Indische Comp. 24. Novemb. 1643. art. 74. vol. 1. placitor. p. 642.*

11. Vendita actionis effectus est, quod venditor eam actori cedere teneatur; plerumque quidem simpliciter, quandoque tamen etiam observatis certis solemnibus ac requisitis statutorio jure inductis. Quia ratione si quis suam actionem, seu societatis Indiarum Orientalis aut Occidentalis partem alteri vendiderit, necessitas ei edictis Ordinum Generalium imposita transcribendi in emtorem apud acta societatis, seu in libris ac rationibus societatis, actionem venditam, intra dies quidem quatuordecim, a venditione celebrata, si eo in loco contractus sit initus, in quo transcriptio facienda est, intra mensem vero, si alio in loco; de quo novissime edictum Ordinum General. 16. Sept. 1677. vol. 3. placit. pag. 1307. Sed & actionis hypotheca immobilium munita cessio per Hollandiam firma non est, nisi soluta fisco quadragesima coram lege loci, exemplo aliorum immobilium, facta sit. Ut tamen cessio censi non debeat, si creditor hypothecarius debiti hypothecarii solutionem suo fieri creditoris mapdet, interveniente assignationis instrumento, ut vulgo loquuntur; cum ita non actionis, sed tantum recipiendae solutionis, mandatum intercedat, neque ullum jus in re transferatur, nec periculum nominis ad eum, cui assignatio facta, spectet. *Sande de cession. action. cap. 9. num. ult.* Confer Resp. Juriscons. Holland. par. 5. consil. 179. 180.

12. Quamvis autem emtorem utilibus actionibus etiam sine cessione experiri posse placuerit, *l. emptor 5. l. postquam 7. l. 8. C. b. tit.* directae tamen per venditorem emtori cedendae sunt, tum principales tum accessoriae, veluti ad persequenda pignora ac conveniendos fidejussores, si intercesserint in debiti principalis securitatem, sive ante sive post nominis venditionem venditori jus pignoris constitutum aut fidejussor datus sit, *l. emtori 6. l. venditor actionis 23. ff. b. t. l. si in solutum 6. l. 7. Cod. de obligat. & action. arg. l. 2. §. non solum 8. ff. b. tit. l. heres 21. pr. ff. de*

*fidejussor. Ant. Faber Cod. lib. 4. tit. 29. defin. 20.* Adhuc actio de peculio & aliae similes contra patrem, si adversus filiumfamilias debitorem actio distracta sit, *l. qui filiumfamil. 14. ff. b. tit.* Quid, quod & una cum actione cessa in emtorem transeunt privilegia, ipsi causa seu actioni coherentia, arg. *l. si veniri 26. §. ult. ff. de reb. auctoris. jud. possid.* quo fundamento adstructum fuit, privilegium actionis funerariae etiam in cessionarium actionis istius translatum, *l. de relig. & sumt. funerum num. i. i.* Adde Ant. Mathezum *de aucton. lib. 1. cap. 21. num. 21. 22.* Fisci quoque privilegium una cum actione per fiscum cessa in privatum transire posse patet ex *l. ult. C. de privileg. fisci, l. cum pro patre 2. C. de his qui in prior. credit. locum succed.* Tiraquellus *de retract. gentil. §. 26. gloss. 3. num. 28.* Negusantius *de pign. & hypoth. quarto membro secunda partis num. 107. in fine.* Peregrinus *de jure fisci lib. 7. tit. 3. n. 34.* Nec dubitandum videtur, quin & parata executio ex pacto descendens, quam actioni potius ipsi quam personae coherere certum est, cessionario aequae ac cedenti atque paciscenti competere debeat, si modo de venditione actionis & cessione constet. Confer Ant. Pabrum *C. lib. 4. t. 7. defin. 1. Fachineum contrav. lib. 13. cap. 27. Berlichium conclus. pract. part. 1. concl. 80. num. 16. & seqq.* Personalita plane privilegia cessione non transire, verius est, cum ita redderentur perpetua, quippe non intermoriturum morte personae privilegiatae, a qua jam recesserant, atque ita vi & effectu degenerarent in privilegia causarum, quod absurdum, *l. ex pluribus 42. ff. de admin. & peric. tut. l. in omnibus 68. l. privilegia 193. ff. de reg. juris.* Quod si ex actione vendita ad venditorem quid jam pervenerit, sive per solutionem spontaneam, sive per exactionem, sive per compensationem, id totum emtori restituere compellitur, *l. venditor actionis 23. §. 1. ff. b. t. arg. l. 2. §. pervenisse 3. ff. b. t.*

13. Ceterum uti emtor nominis gaudet juribus jam enumeratis commodisque cedentis, ita ex adverso quoque ex ejus persona subit incommoda: nam & compensationem, quae cedenti ante cessionem opponi poterat, cessionario opponi posse, probatum antea *l. de compensat. n. 4. & seq.* Nec infrequens est, licet non perpetuum, ut iisdem cessionarius repellatur exceptionibus, quibus & cedens repulsus fuisset, si ipse egisset; de quo latius *l. de exceptionibus.* Ac cessionarius tenetur ad edenda illa omnia, sive instrumenta, sive rationes, sive calendaria, aliaque similia, ad quae cedens obstrictus fuit: acturus scilicet adversus cedentem ut is ea exhibeat, quo edi possint; ut dictum sit *de edendo num. in fine.* Denique si quis non privilegiatus actionem suam cesserit privilegiato, cessionarius nullum ex suo capite privilegium in nominis istius exactione exercet, sed jure communi cedentis uti debet. Perquam enim durum foret, mutatione creditoris fieri duriorum causarum aut debitoris, aut aliorum creditorum; & uti absurdum fuit visum, debitorum pactionibus tolli vel mutari creditorum petitionem, *l. debitorum 25. C. de pactis,* ita ex opposito iniquum etiam censi debet, creditoris facto deteriora ac duriora reddi debitorum jura; maxime, cum non debet actori seu creditori licere, quod reo seu debitori non licet, *l. non debet 42. ff. de reg. jur. & plerumque emtoris eadem esse causa debeat circa*

petendum ac defendendum, quæ auctoris fuit, *l. inuitus nemo* 155. §. *plerumque* 3. ff. *de reg. juris*. *Mazovius ad jus Lubec. lib. 3. tit. 3. art. 12. n. 83. 84.* Ant. *Matthæus de aucton. lib. 1. cap. 21. num. 25.* Nisi forte privilegium plane personale sit: quippe quo casu cessionarius sua personali prærogativa non videtur destituendus esse, uti hoc de fori privilegio studiosis ac miserabilibus personis indulto probatum fuit *t. de iudiciis n. 109.* Et 125. licet in miserabilibus personis aliud nostris moribus servari, in eodem *num. 125.* adnotatum sit. In fisco sane singularis omnino Romanis iuris definitio est: nam quamquam scriptum est, fiscum in privati locum succedentem privati jure uti, *l. cum quidam* 17. §. *fiscus* 4. ff. *de usuris*, *l. si sub pignore* 2. C. *de Usuris fiscal.* ac Ulpiano tamen adnotatum fuit, in *l. fiscus*, cum 6. ff. *de jure fisci*, fiscum, cum acquisito nomine in privati jus succedit privati jure pro anterioribus sua successionis temporibus uti: ceterum, posteaquam successit, habere privilegium suum. Verum illud anomalum prorsus esse & in eo contra generalia juris principia per Jurisconsultos fuisse fisci commodis deservitum, satis inde manifestum est, quod de tempore, ex quo fiscus suo uteretur privilegio, tantopere in *d. l. 6.* hæsitatum fuit, ac tandem definitum, non a tempore nominis acquisiti, sed demum ex quo fiscus convenit certum debitorem ac contententem, privilegio respectu usurarum locum fore; privilegio vero prælationis ante alios creditores non nisi ex quo inter nomina debitorum relatam est nomen fisco quæsitum. Ut proinde nec in exemplum ista videantur trahenda, aut ad ecclesiis porrigenda, licet id agat post alios Brunemanus ad *d. l. 6. ff. de jure fisci.*

14. Sciendum interim, sufficere in actione vendita quod venditor emptori debitorem præstet illius quantitatis aut rei, quæ expressa est: nam ut locupletem præstet, aut fidejussores, qui pro eo debito intervenireant, idoneos, aut pignora sufficientia, obligatus non est, *l. si nomen* 4. l. 5. ff. *b. s. l. si plus* 74. §. *ult. ff. de evictionib. l. periculum* 30. ff. *de pignorib. Et hypothe.* Sande *de cessione action. cap. 9. num. 19. 21. 26.* Berlichius *decis. 291.* Resp. Jurisc. Holl. *part. 1. consil. 244.* nisi aliud nominatim actum sit, *d. l. 3. ff. b. s. vel dolo* vendituris emptor circumscriptus sit, *d. l. 74. §. ult. in fine ff. de eviction. quo pertinet*, si mulier pro dotis restitutione debitorem egentem decipere acceperit, *l. si cum dote* 22. §. *si mulier* 2. ff. *salvo matrimon.* Neque his obstat illud Gaji, quod is nullam videatur actionem habere, cui propter inopiam adversarii inanis actio est, *l. nam is* 6. ff. *de dolo malo.* Cum illud videtur illic nota improprietatis sit, & nomen, quod nunc inane est, redeunte ad meliorem fortunam debitore, bonum fieri possit, & efficacem habere exactionem. Quod si nomen non simpliciter, sed tanquam bonum, fuerit divenditum, satisfecerit venditor, si illud venditionis tempore bonum præstet, nec eo nomine tenebitur, quod debitor postea facultatibus lapsus sit, cum ex ordinaria venditionis natura æque nominum ac rerum quarumvis aliarum periculum a tempore venditionis ad emptorem potius quam venditorem spectet, §. *quum autem* 3. *inst. de ems. vendit.* Zypæus *notit. juris Belg. t. de hered. vel act. vend. in mod. Mantica de tacit. Et ambig. contrariis. lib. 4. s. 13. n. 7.* Et seq. Joh. a Sande *de cessione actionum d. cap. 9. n. 27. 28. 29.* Quid

vero ob nominis evictionem emptori nominis præstandum sit, excurrit plenius *t. de eviction.*

15. Interposita venditæ actionis cessione, seu mandata actione, saluum nihilo minus cedenti ex jure Romano manet agendi jus, adeo ut debitorem non tantum ignarus cessionis factæ, sed & scientem ad solvendum adigere possit, & ille cedenti solvens liberetur a debito, si modo solvat, antequam ei a cessionario denunciatum fuerit, ne cedenti solvat; cedente interim obligato manente, ut, quidquid exegit nominis emptori præstet, arg. *l. procuratore* 55. ff. *de procurator. l. venditor actionis* 23. §. 1. ff. *b. s.* Ut tamen in concursu cessionarii quam cedentis conditio potior sit, cum in propriam utilitatem cessionarius experiatur, *d. l. procuratore* 55. ff. *de procurator.* unde & actionis mandatum revocari non posse in cessionarii præjudicium, verius est, arg. *d. l. 55. & l. qua omnia* 25. *in fine ff. de procurat.* Nec ei adversatur *l. si delegatio* 3. C. *de novation.* Non enim illic venditio aut cessio actionis intervenerat, sed tantum debitor creditor suo adversus suum debitorem solutionis causa mandaverat actiones, quale mandatum solutionis exigenda & accipienda seu pecunia exigenda, (ut habet *l. non abstulit* 4. *cod. tit.*) a cessione actionis distinctum est, ac vulgo nuda assignationis appellatione venit, & revocatione infirmari, adeoque exactio atque solutio inde faciendi impediri potest, quamdiu res adhuc integra est, pura, cum necdum lis contestata, nec aliquid ex debito acceptum, nec debitori denunciatum fuit, *d. l. 3.* Confer Ant. Fabrum *conject. lib. 12. cap. 6. præcipue n. 6.* Plane nostris moribus circa cessas actiones magis placuit, jus omne cedentis cessione extinctum esse, nec amplius cedentem, sed solum cessionarium, compellere posse debitorem invitum ad solutionem, licet necdum debitori denunciatio per cessionarium facta sit, ne solvat cedenti. Debitorem tamen cessionis ignarum, bona fide solventem cedenti, in totum liberari, arg. *l. ult. ff. de transact.* non item, si ei per cessionarium jam fuerit denunciatum, ne solvat cedenti, arg. *l. nomen* 4. C. *qua res pign. obligari*, *l. ult. de lege commiss.* Rebuffus *ad constit. reg. rom. 2. tr. de cessionibus art. 2. gloss. 9. in fine.* Lambertus Goris *adversar. tract. 3. part. 1. cap. 1. num. 5. Et seqq.* Groenewegen ad *d. l. 3. C. de novation.* Quin imo, si venditionis atque cessionis ignarus non fuerit debitor, denunciatio tamen per cessionarium ei necdum facta sit, ipsum quidem cum cedente non efficaciter transigere in aperto est, *l. ult. ff. de transact.* sed quo minus ei bona fide solutionem faciat, atque ita liberetur, nulla juris ratio vetat; cum utique ei solvat, cui obligatus fuit, nec ipsi factum tertii obesse queat, quamdiu denunciatio haud intercessit, arg. *d. l. 4. C. qua res pign. oblig.* & sibi cessionarius imputare debeat, si ob neglectam aut dilatam denunciationem in dampno sit. Ant. Faber *Cod. lib. 4. tit. 29. def. 18.* Sed & post denunciationem recte solvi cedenti, quando ob utilitatem cedentis actio cessat, observat Ant. Faber *C. lib. 8. tit. 30. defn. 13.*

16. Porro actionis cessionem seu mandatum in præjudicium cessionarii non posse revocari, usque adeo verum est, ut nec assentiendum sit Sandio *de cessione action. cap. 12. n. 7.* ac Mynsingero *cent. 3. observat. 96.* existimantibus, revocari posse cessionem actionis, quoties paritum non fuerit conditionibus

venditioni & cessione nominis appositis. Nam etsi verum sit, donationes revocari posse, si per donatarium legi donationis obtemperatum non sit, *l. 1. C. de donat. qua sub modo, l. ult. C. de revocand. donat.* id tamen ad conventiones onerosas, præcipue ad venditionis negotia producendum non est; quippe in quibus si alteruter contrahentium non impleat ea, ad quæ sese contractu devinxerat, repetitio translatorum denegata, & sola ad implendum contractum personalis actio adversus refractarium data fuit *l. incivile 12. C. de rei vind. l. pacto successorum 26. in fine C. de pactis*. Plane mutuo ementis ac vendentis consensu posse a cessione facta resiliari, etiam invito debitore, dubium non est, cum nihil tam naturale sit, quam unumquodque eodem genere dissolvere, quo colligatum est, *l. nihil tam naturale 35. ff. de reg. juris*, & ratio nulla appareat, cur non æque a nominis venditione recedi possit invito debitore, ac ab initio venditio nominis eo dissentiente jure perficatur, ut ante dictum; cum utique nova videatur hoc modo venditio intercessisse: salvo tamen manente debitori suo jure retractus, si forte villiori pretio nomen distractum eodem sibi pretio emtum velit; de quo post: salvus quoque fisco suis iuribus, ubi tale nomen est; ex cujus venditione quadragesima pretii fisco pendenda venit. Confer *l. præced. de lege commiss. num. 24 Joh. a Sande decis. Frisic. lib. 5. c. 7. defin. 2.*

17. Quod si duobus separatim diversis temporibus una eademque actio vendita ac cessa sit, censet Sande de corr. act. cap. 12. n. 8. ita demum eum, cui priori vendita ac cessa est, potius fore, si secunda cessio re non amplius integra interposita sit, dum prior vel litem contestatus jam fuerat cum debitore, vel denunciationem debitori fecerat, aut impetrasset partis solutionem; sed si nihil horum a priore factum sit, illum, qui primus unum ex his tribus fecerit, potius esse, arg. *l. 3. C. de novation.* Sed cum jam supra probatum sit, cedentem non posse cessionario invito cessionem revocare, nec in *d. l. 3.* de cessione, sed simplici assignatione seu pecuniarie exigende mandato agi, atque insuper moribus nostris jus omne cedentis pro extincto haberi post primam cessionem; magis est, ut hic idem, quod in re corporali duobus vendita Romanis placuit, admittatur; illum nempe, cui priori actio cessa est pretio soluto aut fide de eo habita, in exigendo nomine cesso oportere potius esse, maxime, quia cessio in actionibus traditionis loco est, *l. quotiens 15. C. de rei vindicat.*

18. Quo vero magis turpes impedirentur litium redemptiones, Anastasii nec non Justiniani constitutionibus inductum fuit, ne emtor nominis a debitore plus exigit, quantum ipse in nominis emtionem erogavit, etiamsi venditor se partim vendere, partim donare, vel reliquum donare, professus esset; reprobata hoc in casu illata donationis cum venditione cumulatione; quippe quam non nisi in fraudem legis simulari præsumtio est, *l. per diversas 22. l. 23. l. 24. C. mandati.* Confer Lamb. Goris advers. tract. 3. part. 1. cap. 4. Et ne clandestinis ac domesticis fraudibus facile quidvis pro negotii opportunitate confingatur, ac occultetur quod vere actum est, moribus nostris invaluit, conventum actione cessa debitorem protinus in ingressu litis desiderare posse,

ut juret actor, quanto nomen pretio comparatum ab eo sit, Grotius *manud. ad Jurispr. Holl. libr. 3. cap. 16. num. 17. 18.* Resp. Jurisc. Holl. part. 5. consil. 89. ut ita oblata eadem quantitate liberetur debitor, cujus lucro reliquum cedere vel inde patet, quod utrique tum emtori tum venditori actio ultra id, quod emtor dedit, denegata est, *l. ab Anastasio 23. §. 1. 2. C. mandati.* Neque hic suffecerit de pretii jurasse promissione, sed quantum vere ac sine fraude numeratum ab emtore seu datum sit, *l. 24. Cod. mandati*, Resp. Jurisc. Holl. part. 3. vol. 2. consil. 34. num. 1. Et quæ de venditione dicta sunt, in datione in solutum etiam obtinere verius est, cum & retractum in ea emtionis exemplo admissum esse, præcedente titulo dictum sit; & datio in solutum emtionis vim ac vicem habeat, nomenque tanto intelligatur distractum pretio, quanta est debiti quantitas, in cujus solutionem nomen cessum est, *l. si prædium 4. C. de evulsion.* Quin & in permutatione redditus annui jus idem in Rhénolandia vigere patet ex Resp. Jurisc. Holl. part. 1. consil. 225.

19. Tempus quod attinet, in quibusdam locis venditi nominis retractus intra annum a scientia debitori competit; præcipue si redditus annuus, fundo vel ædibus impositus distractus sit. Roterodami non ultra sex septimanas durat retrahendi jus. Imo ubi statuta nihil de tempore definiunt, ejusdem pretii oblationem a debitore tunc fieri sufficit, cum primitus convenitur ad faciendam solutionem, Hugo Grotius *manud. ad Jurisprud. Holl. libr. 3. cap. 16. num. 17. 18.* Groenewegen ad *l. 22. C. mandati*, Leeuwen *cons. for. part. 1. libr. 4. cap. 20. num. 8. vers. debitor*, & cap. 19. num. 25.

20. Cessat hoc jus tantundem offerendi, seu retrahendi, si tempore venditionis nomen eodem pretio debitori oblatum sit, ac is emere detrectaverit, Grotius *d. cap. 16. num. 17. 18.* Groenewegen ad *d. l. 22. in fine.* Uti &, si actionum plurium universitas sit vendita, dum vel totum mercatoris calendarium distractum est, vel sub hereditate vendita plures actiones comprehensæ sunt: cum enim ex talibus nominibus alia possint bona esse, alia minus bona, alia prorsus inania ac mala, definiri nequit, quanti nomen unumquodque comparatum sit, ac proinde nec quantum reddi deberet per retrahentem. Responsa Jurisc. Holl. part. 4. consil. 195. pag. 353. Non etiam ei locus est, quoties auctione publica nomen distractum ac plus licitanti addidum est, *d. consil. 195.* Adde *tit. præced. num. 23.* Nec denique, si redditus & nomina viliori pretio emta sint ob belli calamitates aliaque similia incommoda; sic ut emtor periculum subierit plenarie amissionis; cum æquum sit commoda cujusque rei eum sequi, quem incommoda sequuntur, & penes eum spern lucrum esse, penes quem damni metus est. In quam sententiam cum a variis Hollandiæ Jurisconsultis responsum esset, etiam decreto Ordinum Hollandiæ responsum illud confirmatum fuit; ac apprimè locum invenit in nominibus provinciarum ac civitatum, difficillimis bellorum temporibus minoris emtis. Vide Responsa Jurisc. Holl. part. 5. consil. 89.

## TITULUS V.

De rescindenda Venditione, & quando liceat ab emtione discedere.

## SUMMARIA.

1. Quando possit mutuo consensu ab emtione recedi? an in præjudicium juris, quod tertio vel fisco ex venditione quaesitum est?
2. Quo modo per acceptilationem ex uno latere factam resolvatur utrimque obligatio ex venditione perfecta? Quid juris, si quis id, quod prius pure emit, postea emat sub conditione?
3. Recensentur causæ, ex quibus, invito alterutro, venditio resolvi potest, præcipue enormis læsio.
4. An propter enormem læsionem conditio ex lege movenda sit, an vero restitutio in integrum petenda? An magis ab eo ex emto venditio instituenda sit? Quid moribus? Et intra quod tempus?
5. Habet locum l. 2. C. de rescind. vend. sive emtor, sive venditor læsus sit. Quando emtor intelligatur læsus ultra dimidium iusti pretii? An hoc remedium heredi & in heredem detur? An debitori, si creditor pignus vendiderit?
6. An hoc remedium detur adversus tertium, in quem emtor rursus rem alienavit? & quid si emtor secundus in bona fide sit, vilioris tamen emerit?
7. Cui incumbat probatio in questione læsionis? cuius temporis pretium inspicendum sit? an considerandum sit pretium affectionis? an, quod thesaurus in fundo vendito repertus sit?
8. Si reus convensus eligat resolutionem contractus ob enormem læsionem, an impensa in rem emtam per emitorem facta restituenda sint?
9. An laudemia, & alia, dominis directis aut fisco soluta pro venditione, restituenda sint per dominum directum aut fiscum? An iterato solvenda pro resolutione contractus? An emtor, si laudemia & alia soluta repetere nequeat ab illis, quibus solvit, ea repetere possit ab ipso venditore?
10. An pretium cum medii temporis usuris, & an res cum medii temporis fructibus restitui debeat? prolixè discutitur.
11. An præstanda sint usura pretii superflui, quod reddendum, vel ejus quod in supplementum pretii vilioris addendum est, casu, quo venditio ob læsionem non resolvitur?
12. An hoc remedium etiam locum habeat in mobilibus pretiorioribus?
13. Habet etiam locum hoc remedium in ceteris bonæ fidei judiciis, quæ emtioni similes; puta permutatione, datione in solutum, locatione, emphyteusi: ac non in permutatione beneficiorum ecclesiasticorum.
14. Non etiam in commodato & similibus; nec in negotiis stricti juris. Quid moribus?
15. Cessat hoc remedium in hereditate, & alea vendita; in vendito jure aperiendi lapicidinas aut metallifodinas, venditione fructuum nasciturorum, aut usufructus, aut redditus vitalitii, uti & in contractu assurationis?
16. Cessat, si testator jussit testamento rem vendi certo pretio, sive sciverit sive ignoraverit verum pretium. An habeat locum, si iudicis jussu sa-

lenniter venditio auctione publica facta sit? An, si tantum auctione publica sed sine iudicis auctoritate, ex domini voluntate venditio instituta sit? an, si magistratus decreto res minorum vendita?

17. Cessat, si quis sciverit verum rei pretium, cum pluris emeret, aut venderet minori.
18. Item, si quis specialiter huic remedio renunciaverit, vel pactum sit appositum, ut pro donato habereatur quicquid infra vel supra iustum pretium apparet datum.
19. An locum habeat, si res sine culpa emtoris perierit? Quid juris, si emtor eam majore pretio vendiderit tertio, antequam casu interiret?
20. An emtor vel possit remedio l. 2. si ipse rem rursus alteri vendiderit?

1. **Q**uemadmodum emtio venditio quibusdam ex causis ab initio nulla est, veluti ob dolum huic contractui causam dantem, nec non multifariam ob errorem, de quibus alibi; ita & quæ ab initio substitit subinde infirmatur, idque vel mutuo consensu, vel ad unius petitionem altero invito ac repugnante. Utriusque voluntate resolvi potest secundum vulgatam regulam in l. nihil tam naturale 35. ff. de reg. juris, §. ult. Insti. quib. mod. toll. oblig. l. cum emtor 5. §. 1. ff. b. r. si modo perfecta tantum fuerit venditio, necdum ab alterutro latere per rei traditionem aut pretii numerationem impleta; atque insuper in nullius tertii fraudem ab emtione discedatur. Nam si ex uno latere implementum secutum esset, in irritum deduci contractus haud posset, nisi concurrente pretii soluti aut rei traditæ restitutione. Sin utrimque venditio ita iam consummata sit, ut nulla ulterior ex emto aut vendito supervisit obligatio, resolvi utriusque voluntate non potest vinculum, quod solutione jam ipso jure dissolutum est; sed nova potius emtione res vendita ad pristinum deberet venditorum reverti, l. ab emtione 58. ff. de pactis, l. 1. 2. C. quando liceat ab emtione discedere. Sed &, si tertio ex venditione perfecta jus quaesitum fuerit, nec tunc venditionis resolutio in ejus præjudicium recte sit. Qua ratione & fisco suum quadragesimæ jus semel quaesitum manebit intactum, & agnatis aliisque similibus retractus exercendi facultas illibata, utcumque fuerit utriusque voluntate ab emtione discessum, ut dixi sit. de lege commissoria num. 24. Adde edictum Ordinum Holland. de quadragesima & vicesima 16. Aprilis 1671. art. 34. vol. 3. placit. Holl. pag. 1012.

2. Censetur autem mutuus ille utriusque consensus in venditionis resolutionem etiam tunc interpositus, cum ab uno latere acceptilatio intercessit: quoties enim vel emtor venditori, vel emtori venditor, acceptum facit, voluntas utriusque ostenditur id agentis, ut a negotio discedatur, & perinde habeatur, ac si convenisset inter eos, ut neuter ab altero quicquam peteret. Qualem tamen acceptilationem in hac causa non sua natura sed potestate conventionis velere, Julianus ait, l. cum emtor 5. ff. b. r. & merito: nam cum ea acceptilationis natura sit, ut solam ipso jure dissolvat contractum verbis obligationem, §. 1. 2. Insti. quib. mod. tollitur oblig. sequitur, eam aliorum contractuum intuitu inutilem esse; sed quia acceptilatio inutilis continet nihilominus pactum u-

tile, *l. an inutilis 8. ff. de acceptil.* 12. qui acceptilatione inutili liberatus est, vel doli vel pacti exceptione se potest tueri, *l. si acceptio latum 19. ff. de acceptil.* atque ita verum est, in hac quoque emtione, non verbis sed consensu contracta, acceptilationem non sua natura, sed potestate conventionis, id est, pacti de non potendo valere, *d. l. 5. ff. b. s.* Quod autem acceptilatio ab uno tantum latere interposita obligationem utrumque perimit, ejus illa ratio est, quia, licet communi consensu recedi a parte venditionis possit, sic ut ex uno latere vel aucta vel diminuta intelligatur obligatio, *l. juris gemium 7. §. adeo autem 6. ff. de pactis, l. si emtio 4. ff. b. s. l. pacta conventa 72. ff. de contrab. emt.* tamen secundum Pomponii sententiam pro una parte contrahentium abiri pacto ab emtione non potest, nec id agi, ut unus tantum obligatus maneat, *l. 1. ff. b. s.* Plane si non amplius in nudis conventionis terminis consistat emtio locatio similesque initi consensu contractus, sic ut etiamnum utrumque supersit obligatio, sed jam ex uno latere res intercesserit, seu, traditione rei vel pretii numeratione implementum ex uno latere jam subsecutum sit, nihil obstat, quo minus per interpositam ex uno latere acceptilationem resolvatur quoque obligatio ex eo solo latere, ex quo etiamnum superstes est, *l. ult. ff. de acceptil.* Confer Zangerum de exceptionibus part. 3. cap. 4. Quod si id, quod quis pure emit, sub conditione rursus emat, nihil agi posteriore emtione, Paulus monet *l. si id quod 7. pr. ff. b. s.* quod non eo sensu accipiendum puro, quasi venditio maneret pura: sed potius, quod existente conditione eadem emtio sit, quæ prius intercesserat, in quantum post conditionis eventum nihil aliud in posteriore, quam in priore venditione, comprehensum est: neque enim ulla ratio facit, quo minus mutuo contrahentium consensu ex conditione suspendatur, quod ab initio pure contractum fuit, ut notat Brunneemannus ad Pand. d. l. 7. ff. b. s.

3. Invito contrahentium altero licet perfecta venditio ne ex rescripto quidem Principis infringenda sit, *l. de contractu 3. C. b. s.* tamen rescissio ejus variis ex causis fit, puta, ex legis dispositione, dum forte curiales furtim sua bona vendiderunt, ut imposita munera civitatum fuga destituant, *l. pen. C. b. s.* vel pater in casu necessitatis filium sanguinolentum distraxit, quippe quem oblato pretio vel mancipio vicario dimittere emtor invitatus compellitur, *l. 2. C. de patribus qui filios suos distraz.* Sed & ex edicto aditum propter vitium morbumve resolvi venditionem per actionem redhibitoriam, dicitur *§. de adilit. edicto.* Ac denique per sententiam judicis ob enormem potissimum lesionem, quæ est ultra dimidium justipretii, licet dolus desit ex proposito. Nam etsi naturaliter liceat in pretio contrahentibus se circumvenire, neque propter minimam causam seu lesionem res bona fide gesta inempta fieri debeat, *l. rei bona fide 54. ff. de contrab. emt. l. in causa 18. §. idem 4. ff. de minor. 25. annis,* tamen cum apparente enormi lesione res ipsa dicatur in se dolum habere, *l. si quis, cum aliter 36. ff. de verb. oblig.* locus est remedio legis *2. C. b. s. de rescind. vend.* ex quo non præcise ad contrahens rescissionem agitur, sed magis alternatim ad id, ut, arbitrio & electione rei hoc iudicio conventi, vel emtio dissolvatur reddito pretio

Voer ad Pandect. Tom. III.

& restituta re distracta, vel iniquitas pretii corrigatur, ad veram usque astimationem rei suppleendo illud aut diminuendo, *d. l. 2. C. b. s.* Ant. Faber. Cod. libr. 4. tit. 30. defin. 21. Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib. 3. c. ult. in pr.* Carpzovius *defin. for. p. 2. constit. 34. defin. 7.*

4. Qua vero actione experiendum hoc casu sit, non expeditum satis; dum nonnullis placeat ex lege conditio, quasi per *d. l. 2. nova actio inducta esset, nec tamen expressum nomen actionis, arg. l. unie. ff. de condit. ex lege,* aliis extraordinaria restitutionis imploratio necessaria visa fuit; quod & moribus hodiernis probatum ac praxi inmatum est, Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holland. lib. 3. cap. ult. Ant. Faber. d. libr. 4. tit. 30. defin. 21.* Groenewegen ad *l. 2. C. b. s.* Sed ex juris Romani principiis hanc in rem rectius actiones ex emto aut vendito dixeris comparatam fuisse. Præterquam enim, quod novum non sit, utilem esse actionem ex emto etiam ad distrahendam emtione, *l. ex emto 11. §. si, qui vina 6. ff. de action. emt.* & ad emendam pretii iniquitatem, si animi vitii, aut morbis corporis vitilive patentibus res emtallaboret, *l. 1. §. penult. in fin. & §. ult. l. 2. §. 4. ff. de adilit. edict.* constat insuper, jam olim ante *d. l. 2. C. b. s.* (cujus actores Diocletianus & Maximianus imperitarunt post excessum laudatorum in Pandectis Jurisconsultorum) lesionem enormem non modo improbatam fuisse, sed & remedia adversus eam fuisse data *l. jure succursus 6. §. ult. ff. de jure dot. l. inproposita 78. l. 79. ff. pro socio.* Corrigenda scilicet fuit iniquitas manifeste apparens per iudicium bonæ fidei, ut Paulus ait in *d. l. adeoque intentata actione pro socio, ex emto, vendito, aliaque simili, prout vel in societate, vel in emtione venditione gravem intervenisse lesionem probari potuerit, ut iudex ex natura actionum bonæ fidei æstimans ex bono & æquo etiam extra conventionem partium, quantum auctori tribuendum sit, reductat non observatam in contrahendo æqualitatem.* Ne dicam, ipsam quoque electionem, an is, qui rem villiori pretio æstimatam habet, eandem restituere, an pretium magis supplere, malit, jam Ulpiani tempore notam fuisse, *l. si res æstimata 12. §. 1. ff. de jure dotum.* Quibus consequens est, in *d. l. 2. C. b. s.* nihil aliud novi fuisse inductum, quam quod definitum sit, eam esse enormem lesionem, quæ ultra dimidium justipretii est, cum id antea magis arbitrio judicis relictum esset. Estque ex hoc, ut optior, fundamentum, quod, licet moribus restitutionis auxilium secundum jam dicta implorari solet, restitutionis tamen petenda licentia quadriennio vulgato circumscripta non sit, sed ad exemplum personalis ex emto actionis integris annistriginta durent. Sande *decis. Frisic. libr. 5. tit. 4. defin. 11.* Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. libr. 3. cap. ult. num. 16. 17.* Ant. Matthæus de *auction. libr. 1. cap. 16. n. 53. in fine,* licet alia tempora alibi definita esse tradat Perezius *C. b. s. n. ult.*

5. Inter emtorem & venditorem quantum ad hoc adversus lesionem remedium nihil interest. Quamquam enim in *d. l. 2. C. b. s.* tantum venditoris læsio mentio est, tamen & in emtoris persona eadem æquitatis ratio militat & æque principalis, ac ex negotio bonæ fidei descendens, utriusque tum emtoris tum venditoris obligatio sit, & in omnem eventum condonandum magis emtori sit circa rei emenda va-



rum pretium erranti, quam quidem venditori dominium habenti, dum quisque suarum magis quam alienarum rerum pretia novisse & potest & debet, *l. quisquis* 15. *C. b. t. arg. l. generaliter* 24. §. *si quis alienum* 12. ff. *de fideicommiss. libris*. Fachineus *controver. lib. 2. cap. 16.* Pinellus *ad l. 2. C. de rescind. vend. part. 1. cap. 2. num. 1.* Donellus *ad l. 2. C. de rescind. vendit. nam. 17.* Carpovius *defini. for. part. 2. consil. 34. defini. 8.* Resp. Jurisc. Holl. *part. 3. vol. 2. consil. 14.* Videtur autem emtor læsus ultra dimidium, non modo, si verbi gratia rem decem aureis valentem comparaverit aureis viginti & uno; sed &, si sexdecim aureis emta sit. Cum enim in omni eo læsio sit: quod a justa recedit pretii cum re proportionem, inficias iri nequit, quin, uti venditor ultra dimidium læsus intelligitur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit, adeoque minus quam quinque, ubi pretium justum decem aureorum est; ita quoque emtor ultra dimidium læsus dici debeat, si supra verum decem aureorum pretium amplius quam quinque venditori præstiterit. Emtoris sane ac venditoris parem in emtionis contractu obligationem esse, & venditori quidem loco rei decem valentis ac ex patrimonio venditoris abeuntis, decem in pretio acquiri, emtori vero per decem aureorum, tanquam pretii justi, solutionem patrimonium diminuenti, alia decem in re vendita tanti valente accedere debere, explorati juris est: cum ergo uterque utrique ad eandem quantitatem sive in re sive in pretio obligatus sit, iniquum esset, unum magis quam alterum sine juris remedio aut inæqualitatis emendatione in damno hære; quod tamen eveniret, si venditori infra aureorum quinque quantitatem accipienti pro re decem aurei valente succurrendum esset, non item emtori ultra aureos quinque supra verum decem aureorum pretium solventi æque ita parem seu ejusdem quantitatis læsionem cum venditore subeanti. Quibus accedit, quod hujus legis remedium etiam in permutacione locum habet, ut post dicitur; idque, quia permutatio erationi similis est, ac proinde, ut ex utriusque permutantis latere æqualis quantitatis læsio remedii hujus auxilium admittit, ita quoque nulla ratio est, cur non æqualis quantitatis læsio in emcione æque emtori, ac venditori, præberet hujus remedii implorandi facultatem. Et hanc communiorum fuisse veterum opinionem plerique fatentur, licet ipsi dissidentes Fachineus *controver. lib. 2. cap. 16.* Pinellus *ad l. 2. C. de rescind. vend. part. 1. cap. 2. n. 4. & seqq.* Myningerus *cont. 4. observ. 73.* Zoësius *ad Pand. b. t. n. 6.* Donellus *ad l. 2. C. b. t. n. 17.* eamque tueretur post Glossam & alios, ac magis in foro receptam testatur Covarruv. *variar. resolut. lib. 2. cap. 3. num. 9.* Respons. Jurisc. Holl. *part. 3. vol. 1. consil. 14.* Hereditibus tum venditoris tum emtoris hoc remedium competere, licet defunctus non tentaverit, vix dubitari potest, si consideres, juris ejusdem ac potestatis heredem esse, cujus defunctus fuit, *l. heredem ejusdem* 59. ff. *de reg. jur.* Sive enim actionem ex emto hic admiseris, ea ex juris principii heredi ac in heredem datur; sive restitutionis auxilium implorandum fuerit, & hoc ne minorennium quidem hereditibus, si ex capite minorennitatis petatur, denegari patet ex *l. minor autem* 18. §. *ult. l. 19. ff. de minor. 25. annis.* Gothofredus *in not. ad l. 2. C. b. t.* Et quia creditor pignus vendens debitoris vices gerere videtur,

sic ut & debitor ex patris venditioni pignoris per creditorem adjectis, agere adversus emtorem possit etiam ad rei ipsius restitutionem, perinde ac si ipse vendidisset ac refuso pretio restitutionem rei patris esset, *l. si creditor* 7. §. 1. ff. *de distract. pign. & hypoth. l. si, cum venderet* 13. ff. *de pignorat. act.* ipsi quoque debitori hoc remedium jure assertum est. Pinellus *ad l. 2. Cod. de rescind. vend. part. 2. cap. 2. num. 1. & seqq.*

6. Utitur hoc legis secunda remedio læsus emtor aut venditor adversus eum, quocum contraxit, sive emtorem sive venditorem; non item adversus tertium, in quem forte emtor rursus rem alienavit; cum personalis sit hæc actio ex contracta quippe nata, etiam si ex praxi restitutio in integrum simul concurrat, Gomesius *var. resolut. tom. 2. cap. 2. n. 22. in mod.* Nisi emtor pauperulus sit, &, cum vilioris emisset, rursus dolo malo in fraudem venditoris minori itidem pretio distraxerit, emtoremque secundum fraudis participem fuisse probari possit, arg. *l. 1. C. si venditio pign. agatur, l. si procuratorem* 8. §. *sed & si l. ff. mandati.* Fachineus *controver. lib. 2. cap. 18.* Covarruvias *var. resolut. lib. 2. cap. 5. num. 10.* Resp. Jurisc. Holl. *part. 5. consil. 172.* Sed &, si fraude emtorem secundum cadere constet, iniquum tamen fuerit, eum cum primæ venditoris læsura locupletari; ac proinde mediante saltem in integrum restitutione venditori primo adversus emtorem secundum succurri, æquitas postulat, ubi emtor primus solvendo non est, arg. *in causa cognitionis* 13. §. *ult. l. 15. ff. de minor. 25. annis, l. si uxoris tua* 3. *C. si venditio pign. agatur.* Nec perperam forte ad actionem Paulianam refugium venditori primo læso concesseris; in quantum emtor primus in fraudem venditoris rem vilioris iterum vendens secundo, intelligi potest eatenus donationem contulisse in emtorem secundum, quatenus infra verum pretium consulto dixerat; fraudem vero accipientis actio Pauliana non desiderat, quoties donationis jure res in fraudem creditorum alienatæ sunt, dum mellor in pari causa est conditio agentium de damno evitando, quam eorum, qui de lucro captando agunt, *l. quod autem* 6. §. *simili modo* 11. ff. *quæ in fraud. credit. facta sunt ut restit.* Confer Tiraquellum *ad l. si unquam C. de revoc. donat. verbo revertatur* n. 329. Covarruviam *d. lib. 2. c. 3. n. 10.* Berlichium *decis. 157.* Neque his adversantur ea, quæ a Pinello *ad l. 2. C. de rescind. vend. part. 2. cap. 1. n. 32.* & Fachineo *d. lib. 2. cap. 18.* in contrarium adducta sunt. Etsi enim tunc, cum fraus emtoris concurrat, rescissionem venditionis pignoris per creditorem dolo malo factæ impetrari posse rescriptum si in *l. 1. C. si vend. pign. agatur*, non tamen negatur, rescissionem concedi, si emtor in dolo non sit; ideoque ex *d. l. 3. C. eod. t. generaliter* rescissionem indulgente, si creditor vendens solvendo non sit, suppleri debet, quod d. lege primæ deest. Longe minus urget, *l. aris* 15. *C. de donation.* quippe quæ simpliciter definit, onere æris alieni non donatarium, sed heredem donantis gravari; non veto negat, infirmari posse donationem in fraudem creditorum factam, si donator, ea ratione solvendo non sit.

7. Porro læsionis enormis probatio auctori incumbit, cum facti sit, neque in contractibus utrimque obligatoris læsio presumatur. Ac considerandum pretium, quod venditionis tempore justum fuit in eo la-

co, in quo venditio celebrata est, non quod hoc tempore, quod agitur, rei respondet, *l. si voluntate 8. in fine C. b. t.* ne alias infirmæ multifariam redderentur venditiones, dum & varia sunt rerum pretia per singulas civitates, *l. ideo 5. ff. de eo quod certo loco*, & in dies pro variante hominum opinione, rerumque penuria vel abundantia, aliisque circumstantiis, pretia crescant ac minuuntur, *l. pretia rerum 63. §. ult. ff. ad leg. Falcid.* ut merito Seneca dixerit, *pretium cuius rei per tempore esse, lib. 6. de benef. cap. 15.* Pretium autem an iustum an iniustum sit, ex qualitate rei, ac redditum quantitate, æstimandum est, *l. si quos 16. C. b. t. l. pen. ff. de reb. eorum, qui sub tut. vel cura sunt, &c.* Non item ex peculiari, qua quis in rem venditam ducitur, affectione, arg. *4. in lege Falcidia 62. §. 1. l. pretia 63. ff. ad leg. Falcid.* Covarruvias *var. res. lib. 2. cap. 3. num. 4.* Uti nec ex eo, quod in fundo minoris forte precepto venditionem thesaurus repertus sit; cum neque pars fundi neque fructus fundi dici queat, *l. fructus 7. §. si fundum 12. ff. soluto matrimen. sed magis domum fortuna & Dei beneficium, ac munus loci credatur esse, l. si is, qui 63. §. si communis 1. ff. de acquir. rer. domin. l. unic. C. de thesauris.* Sixtinus *de regalibus lib. 2. cap. 21. num. 43. 44.*

8. Quod si reus hoc conventus iudicio eligendam duxerit emtionis totius resolutionem, res quidem ipsa ex uno latere, pretium vero, quod datum fuit, ex altero latere restituendum est, *d. l. 2. C. b. t.* Sed & si quas impensas medio tempore emtor bona fide in rem emtam necessario aut utiliter erogaverit, harum quoque restitutionem oportere fieri verius est. Si enim tunc, cum minor adversus rei suæ venditionem ex capite minorennitatis restituitur, reddere emtori teneatur, quæ ab eo interim impensa sunt, utcumque favorabilis alioquin ætas & causa minorum sit, *l. intra utile 39. §. ult. ff. de minor. 25. anni, l. si prædium 16. in fine, C. de prædiis & aliis reb. minor. sine decreto non alien.* Si & is, qui rem in diem addixit, resoluta venditione per allatam conditionem meliorem, necessario erogata restituere compellatur, licet emtor impendens sciverit a se facile additum posse dominium abire, *l. Imperator 16. ff. de in diem addit.* Si denique fiduciario heredi, qui fideicommissio ex certo die gravatus est, reddi debeat quod in ædium exustarum instaurationem depensum est, tametsi sciebat se temporarium tantum dominium habere, *l. qui exceptionem 40. §. si pars 1. ff. de condit. indeb. quidni eodem iure quo majori jure post resolutam ex enormi læsione venditionem emtor recuperet meliorationes, quas bona fide in rem, plenissimo perpetuoque domini jure ex causa emtionis sibi quasitam, a se factas docet? Ne dicam, parum hoc in casu rationem esse huius sive actionis ex emto sive restitutionis vel enormem læsionem, quæ redhibitorie actionis est; in quantum utrobique ab initio dominum ea mente in emtorem translatum & ab eo acceptum fuit, ut apud eum perpetuo maneret, nunquam ab eo nisi ex nova voluntate novaque causa abiturum; utrobique tamen idem illud dominium postea ob detectam, quæ tempore venditionis ignorabatur, læsionem revertitur ad venditorem resoluta venditione; (nam & in emtione rei, quæ propter latens vitium ne emenda quidem per scientem fuisset, læsionem esse non ambigitur) & ta-*

men actione redhibitoria non pretium tantum, sed & impendia in rem vitiosam facta per redhibentem recuperari, colligi potest ex *l. debet autem 27. l. illud sciendum 29. §. ult. l. 30. §. 1. l. 31. pr. ff. de adit. edit.* Confer Pinellum *ad l. 2. C. de rescind. vendit. part. 2. nap. 3. num. 1. & seqq.* Garsiam *de expensis & meliorat. cap. 18. num. 18.* Fachineum *controv. lib. 2. cap. 20. in pr.*

9. Quia vero sæpe venditionis intuitu laudimia dominis directis feudi & emphyteusios, quadragesima aut alia pretii pars (gabella vulgo) fisco pendenda est, ac plerisque placet solutas fisco gabellas ob resolutam ex enormi læsione venditionem non posse repeti, licet ob rescissionem ex hac causa iterato solvendæ non sint, ut pote ex contractu, at non ex distractu debitorum; idemque nonnulli in laudimiis oportere statui arbitrantur, etsi alii dissentiant; de quibus vide Garsiam *de expens. & meliorat. d. cap. 18. num. 46. & seqq.* Pinellum *ad l. 2. C. de rescind. vend. part. 2. cap. 3. num. 35.* Gomezium *varior. resol. tom. 2. cap. 2. num. 31.* consequens est, ut dicamus, toties, quoties fisco vel dominis directis pro venditione depensa post resolutam hoc remedio venditionem a fisco dominive reddi non debent, venditorem emtori cum aliis in rem emtam erogatis hoc quoque oportere refundere, ut emtor indemnis sit, arg. *l. debet autem 27. in fine ff. de adit. edit.*

10. Fructus quod attinet, si quos medio tempore ante litem contestatam emtor perceperit, restituere non cogitur, sive jam consumti ante fuerint, sive litis contestata tempore etiamnum extiterint; cum eos emtor non ut possessor bonæ fidei, sed ex domini jure, suos fecerit; uti ex adverso nec usuræ pretii restituendæ sunt, nisi a tempore litis contestatæ, sed magis cum fructibus penes emtorem remanentibus compensandæ, cum altum in *d. l. 2. C. b. t.* & in toto jure nostro, de fructuum aut usurarum restitutione post resolutam ex læsione enormi venditionem silentium sit; etiamsi propter rei ac pretii inæqualitatem fructus quoque non satis usuris ex pretio percipiendis plerumque respondeant. Nam si venditorem læsum ponas, & emtorem ab eo conventum præstulisse contractus dissolutionem, fatendum quidem, illum fructus retinentem plus probabiliter habiturum, quam si iisdem redditibus vicissim pretii villioris usuras reciperet; sed est, quod sibi læsus imputet, quod rei suæ pretium & tempore venditionis & toto tempore medio usque ad actionem motam ignoraverit, cum non potuisset tantum, sed & debuisset scire, juxta *l. quisquis 15. C. b. t.* Contra, si emtor in pretio circumventus sit, & ob id venditor conventus ab emtione recedere maverit, postquam diutius pretii majoris habuerat usum, & ita usuras inde majores lucrari potuit, quam fructuum perceptorum utilitas apparet, est, quod & hoc damnum suæ culpæ propriæ emtor acceptum ferat, quod non maturius verum rei jam suæ effectæ, pretium didicerit, ac quantocius hoc legis secundæ remedio expertus sit: si ut utrobique locum inveniat illud, eum, qui damnum suæ culpa sentit, dum non mature, utitur legum auxilio adversus læsionem comparato, non intelligi damnum sentire, *l. quod quis ex culpa 203. ff. de reg. juris.* Gomezius *variar. resol. tom. 2. cap. 2. n. 24.* Fachineus *controv. lib. 2. cap. 24. Ant. Faber de error. pragmat. decad. 7. error. 7. n. 1. Merenda contro. lib. 1. cap.*

46. Pinellus ad l. 2. C. de resc. vend. part. 2. cap. 4. n. 1. & seqq. Mynsingerus cent. 4. observat. 37. n. 3. Parladorius rerum quodid. lib. 2. cap. fin. part. 5. §. 16. n. 12. Sande decr. Frisic. lib. 3. t. 4. de fin. 12. in fine. Neque hanc evertit sententiam argumentum ab additione in diem petiti ex l. ubi autem 4. §. idem Julianus 4. l. item quod 6. ff. de in diem addit. cum illic emptio tota resolvatur vi petitionis ab initio ex venditoris simul ac emptoris voluntate appositæ, atque ita tantum revocabile dominium fuerit emptori quæsitum; quorum neutrum in nostro casu est; ut proinde diversa sit ratio. Non etiam adversatur, quod & in redhibitoria actione res cum fructibus ac pretium cum usuris reddi debeat, l. illud sciendum 29. §. condemnatio 2. ff. de adit. edit. & tamen non minus illic, quam hic, vitiosæ rei irrevocabile dominium initio inspecto in emptorem translatum sit, ac æque propter lesionem invito venditore ab emptione discedatur. Tametsi enim in eo tertio convenientia est, differentia tamen ratio, quantum ad questionem præsentem, in eo apparet, quod in actione redhibitoria neutrius culpa est, aut saltem facile abesse potest; dum vitium latens erat, cuius & in emptore & in venditore justa ignorantia est; atque insuper vitium tale, ob quod emptor, si scivisset, empturus non fuisset: ut proinde justum quoque fuerit, in totum ita resolvi, venditionem, ac si nunquam interessisset; id vero tum quam maxime sit, cum & res cum fructibus & pretium cum usuris reddit. At nostro in casu semper in contrahendo temeritas est & culpa ignorantis verum rei suæ pretium, quod & consultis peritioribus scire potuit, & ex legum præcepto ignorare non debuit, d. l. quiquis 15. C. b. t. atque insuper non simpliciter ad rescissionem ex latione contenditur, uti quidem redhibitoria actione, sed magis alternatim, juxta d. l. 2. C. b. t. ut mirum non sit, electa per reum contractus resolutione non adeo plenam fieri restitutionem respectu fructuum, emptoris sæpe cura singulari atque industria perceptorum: Leve vero est, quod ajunt, ad minorem adversus venditionem restitutum una cum re & fructus redire, l. quod si minor 24. §. sed & si 4. ff. de minor. 35. annis, alienatione prædiorum pupillarium sine decreto facta, ac propterea ipso jure inutili, prædiorum pariter & fructuum repetitionem esse, l. 1. C. si major factus alien. rat. habuerit, & quæ sunt alia his similia. Cum & minorum restitutionem causa favorabilior sit, quam majorennium; & facilius fructuum restitutio imponatur, ubi ipso jure venditio nulla est, & ita emptor nullo munitus titulo, fructus non ex sua sed pupillari re collegit.

11. Ex eo autem, quod neque fructus rei, neque usuræ pretii restituenda sunt, sponte sequi videtur, etiam tunc, cum reus iniqui pretii elegit emendationem, nec ejus quod ab emptore supplendum, nec ejus quod per venditorem reddendum, usuras ratione temporis litem contestatam antecedentis deberi, præsertim si consideremus, nullam penitus obligationis usurariæ causam esse. Lege enim secunda C. b. t. non aliud dispositum, quam ut venditor id, quod justo deest pretio, ab emptore recipiat. Conventionem deesse, in aperto est. Moram ex persona haud intercessisse constat, quamdiu interpellatio facta non est. Nec denique ulla mora ex re subesse dici potest, unde usuræ præstandæ forent, ubi secundum: ante probata ad fru-

ctum interim ex re vendita perceptorum restitutionem emptor devinctus non est arg. l. curabis præses 5. C. de act. empti. Sande decr. Frisic. lib. 3. t. 4. de fin. 14.

12. Ceterum, tametsi in d. l. 2. C. b. t. tantum fundi mentio est, tamen & in ædibus, & mobilibus pretiosioribus distractis, (non item simplicibus seu vilibus) huic remedio locum esse, communiter obtinuit; tum quia in pr. d. l. 2. generalius proponitur rei majores pretii minoris distracta; tum quia & in rebus pupillaribus non sine decreto alienandis mobilia pretiosa immobilibus exæquata sunt, tanquam talia, in quibus æque ac immobilibus læsio gravis minoribus evenire posset, l. lex, qua tutores 22. C. de administrat. tut. tum denique, quia æque in mobilibus majoris momenti, ac in immobilibus, æqualitati in commerciis desiderata læsio ultra dimidium interveniens adversatur, neque ratio naturalis aut æquitas patitur, in gemma decem millium læsionem ultra dimidium, adeoque ultra quinque millia, sine remedio esse, in prædiolo aureorum centum ob læsionem quinquaginta duorum rescissionem aut saltem emendationem iniquitatis impetrari, Argentarius ad consuet. Britann. art. 282. lit. F. verbo, pour deception. Rebuffus ad consuet. reg. tom. 2. de rescit. contract. gloss. 15. n. 34. & 36. Pinellus de rescind. vend. part. 2. cap. 2. n. 17. Parens p. mem. Paulus Voet de natura mobil. & immobil. cap. 20. n. 6.

13. Quamvis etiam venditionis solius meminerit d. l. 2. C. b. t. legis tamen istius remedium per Doctores ad omnia bona fidei judicia, in quibus similis iniquitatis manifestæ reprobandæ ratio reperitur, productum est; & merito: nam & ante d. l. 2. læsio enormiter in societate, in dote similibusque accursum fuit, l. in proposta 78. l. 79. ff. pro socio, l. jure succursum 6. §. ult. ff. de jure dot. & iidem Imperatores Diocletianus & Maximianus, qui d. l. 2. auctores sunt, generalius resciperunt, in contractibus, qui bona fidei sunt, etiam majoribus officio judicii, causa cognita, publica jura subvenire, l. in contractibus 3. C. quibus ex causis majoris in integ. restit. debere in bona fidei judiciis quod iniquiter factum est in melius reformari, ideoque majoribus etiam per fraudem vel dolum, vel perperam sine judicio factis divisionibus solere subveniri, l. majoribus 3. C. commun. utriusque judicii, confer sit. familia ercisc. num. 35. Cum ergo permutatio emptionis proxima sit, arg. l. 1. pr. ff. de contrah. empt. §. item pretium 2. Inst. de empt. vend. uti & locatio conductio, quippe iidem, quibus emptio, regulis nitens, pr. Instit. de locat. conducti. atque etiam datio in solutum emptionis vicem obtineat, l. si prædium 4. C. de rescit. ac denique emphyteusis ad emptionem pariter ac locationem proxime accedat, §. adeo autem 3. Inst. de locat. conducti. æquum fuerit, in his quoque omnibus remedio d. l. 2. locum dari; ut latius Pinellus ad l. 2. C. de rescind. vend. p. 1. c. 3. Moczius de contract. de emptione vend. cap. ult. quibus caribus annullatur empti n. 18. Gomezus variar. resol. tom. 2. cap. 2. n. 22. in fine. Zoëlius ad Pand. b. t. n. 179 & seqq. ad n. 26. Perezius C. b. t. num. prope licet 16. eo excepto, quod in beneficiorum ecclesiasticorum permutationibus illud a DD. reprobatur fuit, dum beneficiorum istorum fieri nequit citra simulz crimen sine æstimatione vero nulla enormis læsio: quæri po-

test, aut emendari, Covarruvias lib. 1. var. resol. cap. 5. n. 8. part. med. Pinellus ad l. 2. C. de rescind. vend. part. 1. cap. 3. num. 16. Rebuffius ad consil. reg. tom. 2. tract. de rescis. contract. gloss. 15. n. 9. 10.

14. In commodato, deposito, similibusque ab emptione multum distantibus, necnon in stricti juris negotiis, hoc remedium non admitti, communiter placuit ex juris Romani principiis. Licet enim bona fides pati non videatur in stricti juris conventionibus lesionem ultra dimidium, nec eam in istis jus civile probaverit; toleravit tamen, dum voluit iudicem in illis in iudicando inspicere ac sequi id quod actum est, non quod ex æquo & bono agi debuerat, l. quicquid adstringenda 99. ff. de verb. oblig. tit. Inst. de oblig. ex consensu in fin. cum ex adverso in bonæ fidei iudiciis laxiorem iudici indulerit potestatem æstimandam ex bono & æquo, tantum alteri præstare oporteat, licet id in conventionem deductum non sit §. in bonæ fidei 30. Inst. de action. d. tit. Inst. de oblig. ex consensu, adeoque etiam officio suo emendandi manifestam, quæ in contrahendo intervenisset iniquitatem, l. in proposita 78. 79. ff. pro socio l. in contrahentibus 3. C. quibus ex causis majores. Quamvis de cetero in ipsis etiam bonæ fidei iudiciis lesionem, quæ dimidia minor est, toleratam fuisse, non item probatam, expeditum sit; dum licuit quidem contrahentibus in pretio se circumvenire, l. in causa 16. §. idem 4. ff. de minor. 25. annis, at non omne quod licet, honestum fuit, l. non omne 144. ff. de iur. Sed cum nostris moribus invaluerit notabiliores illas Romani juris inter actiones bonæ fidei & stricti juris differentias sublatas esse; atque insuper non actione ex emto bonæ fidei, sed restitutionis exploratione, pro læsione enormi læsum oportere experiri; non mirum, quod a nonnullis scriptum inventur, in omnibus omnino, atque ita etiam in stricti juris negotiis nunc huc remedium locum dari, Hugo Grotius manud. ad jurispr. Holl. lib. 3. c. ult. n. 7. 8. 9. 10. Leeuwen cent. for. p. 1. lib. 4. tit. 44. n. 2. usque adeo, ut nec transactionem dispositioni d. l. 2. subductam velint. Quorum tamen sententiæ quominus ratione transactionis accedam, faciunt ea, quæ tit. de transact. num. ult. scripta sunt; tametsi transactionem aliis nonnullis ex causis rescindi posse, eodem titulo num. pen. probatum est.

15. Considerandum interim, multis in casibus etiam in bonæ fidei negotiis d. legis secunda. beneficium denegari. Etenim nec in hereditate vendita locum sibi vindicat, sive incertum hereditatis distractum sit, sive simpliciter hereditatis venditio facta fuerit, l. quod si in 10. l. qui filium 14. §. 1. ff. de hered. vel act. vendita, Sande decr. Frisic. lib. 3. tit. 4. defin. 15. Joh. Papon lib. 10. tit. 3. art. 18. Nec in alea emta, veluti jactu retis similibusque, l. nec emtio 8. §. 1. ff. de contrab. emt. l. ex emto 11. §. ult. l. 12. ff. de action. emt. arg. d. l. quod si in 10. de hered. vel act. vend. Quo & reducenda venditio eorum omnium, quorum incerta utilitas, proventus incertus est; veluti, si lapidinarum metalli fodinarum aperiendarum, lapidumque ac metallorum inde educendorum jus certo pretio comparatum sit, Sande decr. Frisic. lib. 3. tit. 4. defin. 16. Ant. Matth. de auction. lib. 2. cap. 4. n. 9. 10. 11. Nec non venditio fructuum ex certo fundo nasciturorum, ob incertum plane fructuum proventum, & proventium valorem, arg. l.

si ea leg. 17. C. de usuris, uti &, si usufructarius suum vendiderit usumfructum, convenienter l. arboribus 92. §. usufructarius 2. ff. de usufr. & quemad. quis utat. Sande d. lib. 3. tit. 4. defin. 16. post. med. vel si reditus vitalitius distractus sit, eo quod incertus omnino vitæ humanæ singulis in hominibus exitus est: vel denique per assecurationem vulgo dictam periculum mercium receptum fuerit, Zoesius ad Pand. b. t. num. 23.

16. Cessat præterea, quoties testator testamento jussit, rem certo vendi pretio, sed quod dimidiato minus est, l. si cui legatur 49. §. ult. ff. de legatis 1. sive enim justum sciverit rei pretium, videri potest id, quod amplius in vero pretio est, emtori legasse: sive contra ignoraverit, error ille non impedit, quo minus voluntas ejus effectum sortiri debeat, quia exitum habere potest, arg. §. si quis rem suam 11. Inst. de legatis, Pinellus ad l. 2. Cod. b. t. par. 1. cap. 1. num. 19. Mozzius de contract. de emt. vendit. par. ult. num. 16. in med. Hugo Grotius manud. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. ult. num. 12. ibique Groenewegen in notis. Non etiam locum habet d. l. 2. remedium, si auctione publica ex decreto iudicis iudicati exsequendi causa venditio facta sit; quo casu in Hollandia ne tunc quidem ad hoc remedium pateret aditus, cum Ecclesia vel pupilli creditores sunt, in quorum gratiam executio fit; cum solis succurratur minoribus, si res eorum oppignorata solemniter distracta sint, & enormis deinde læsio appareat, l. si ex causa 9. pr. ff. de minor. 25. annis, l. 1. Cod. si adversus vend. pign. Neustadius curia supr. decr. 75. Grotius d. lib. 3. cap. ult. num. 11. Groenewegen ad l. 16. C. b. t. & ad l. 13. C. de evision. Imo, si fiscus pro debitis fiscalibus distractionem bonorum ad debitores potentissimum sub hasta fecerit, ne minorennibus quidem debitoribus adversus talem venditionem succurri debere, rescriptum fuit, l. quæcumque pro 5. in fine Cod. de fide & jure hasta fiscalis. Adde l. si deserta 2. C. si propter pensit. public. Nisi per apparatus & executores distractionem facientes fraus & collusio, atque adeo gratuita venditio ac additio facta sit; quippe quam neque in minorennium neque in majorennium præjudicium ratam esse oportere, jubet fraudis impatiens bonæ fidei negotiorum, ac præcipuæ venditionis natura. Et de hac ambitiosa ac mala fide inita venditione agit l. si quor debitorum 16. C. b. t. l. duplex ratio 2. C. de fide & jure hasta fiscalis. Adde tamen tit. de distract. pign. & hypoth. num. 8. Quod si auctione quidem publica, sed sine interventu solemnium hastæ fiscalis, sine decreto iudicis, ex libera domini voluntate, licet urgente æris alieni necessitate, res venditæ sint, magis est, ut etiamnum remedium legis 2. admittendum sit: quamvis enim plerumque res tanti valeat, quanti publice vendi potest, tamen & in auctione publica gravem subinde læsionem inferri, imo emtores licitantes in totum deficere, qui justa offerant rerum pretia, colligi potest ex iis, quæ occurrunt in l. ult. Cod. de jure domin. impetrando, d. l. 16. C. b. t. l. 2. C. de fide & jure hasta fiscalis. Confer Ant. Matthæum de auction. lib. 1. cap. 16. n. 37. & seqq. Sande decr. Frisic. lib. 3. tit. 4. defin. 12. Parladorium rer. quotidian. lib. 2. cap. fin. par. 5. §. 16. num. 10. 11. Rebuffius ad consil. reg. tom. 2. tract. de rescis. contract. gloss. 15. num. 37. 38. Sed &, si iudicis decreto fa-

Etiam proponas venditionem rerum ad minores pertinentium, remedium legis secunda admitti æquum est; cum decreto tali læsionis occasio nequaquam tollatur, sed tantum definiatur, justam venditionis permittendæ causam subesse, *l. si quidem 11. Cod. de prad. & aliis reb. minor. sine decreto non alienand.*

17. Denegandum insuper hoc juris remedium illis, qui justum seu verum scientes rei pretium, tamen vel infra dimidium ejus rem suam vendiderunt, vel alienam compararunt oblato supra verum amplius quam dimidiato. Etenim neque de damno neque de injuria queri potest, cum sciens prudensque nemo fallatur, sed magis se ipsum decipiat, nec injuria volenti ac consentienti fiat, *l. nemo videtur 145. ff. de reg. jur.*, *l. 1. §. utque adeo 5. ff. de injuriis, l. cum donationis 34. Cod. de transaction. l. ea qua commendandi 43. ff. de contrab. emi.* neque damnum intelligitur esse, quod quis sua culpa sentit, *l. quod quis ex culpa 203. ff. de reg. jur.* Et certe, si de dolo non possit excipere in emtione, qui tempore eo, quo contrahebat, fraudis ignarus non erat, *l. venditor 11. C. b. t.* si ad pretium numerandum compelli possit, qui sciens emit domum exustam, & emtio stare debeat, *l. domum 57. §. simili 2. ff. de contrab. emi.* si ita domum ei, qui alienationem sui prædii, sine decreto ac pretio viliori tempore minorennitatis factam, ratam habuerat major factus, subveniatur, cum inconsulto errore lapsus id fecit, *l. 1. C. si major factus alienat. rat. bab.* si denique per errorem quidem dati repetitio, consulto autem dati donatio sit, *l. cuius per errorem 53. ff. de reg. jur. l. si non sortem 26. §. qui filiofam. 8. ff. de condit. indeb.* rationem non animadverto, cur audiendus esset de læsione excipiens, qui tempore contractus læsionem scivit; ac non potius ob istam scientiam credendus esset donationis causa minoris distraxisse; quod fieri posse ambiguum non est, *l. si quis donationis 38. ff. de contrab. emi.* Nec est, quod quis existimet, inutile tunc futurum *d. l. 2.* beneficium, quisque debet suarum scire rerum pretia, atque adeo hæc ignorans in culpa hæret, *l. qui quis 15. C. b. t.* Etenim primo quidem difficultas illa demum premit eo casu, quo venditor, non quo emtor, læsus est. Sed & secundo nec in venditore satis stringit; nam etsi quædam venditoris culpa sit rerum propriarum vires ac pretia ignorare, ac propterea adversus læsionem dimidia minorem non succurratur, *d. l. 15. C. b. t.* tamen, si enormis læsio appareat, leges erranti ac de damno evitando certanti magis, quam lucrum enorme captanti favent, arg. *l. quod autem 6. §. simili modo 11. ff. qua in fraud. credit. facta sunt ut restit.* Confer Vinnium *select. quest. lib. 1. cap. 56.* & alios ab eo citatos, Covarruviam *lib. 2. variar. resol. cap. 4. num. 2.*

18. Scientibus pretium verum, & tamen ultra dimidium læsis, non admodum dissimiles videntur, qui, cum contractus tempore errarent in pretio, huic tamen legis secunda remedio renunciaverunt; quibus proinde actiones suas remittentibus non est dandus ad eas regressus, arg. *l. queritur 14. §. si venditor 9. ff. de adilit. editio, cum expeditum sit, unumquemque his, quæ pro se introductæ sunt, posse renunciare, l. pen. C. de pactis, si modo specialis renunciatio sit, arg. *l. sed & si 4. §. quantum 4. ff. si quis caut. in jud. sist. causa facti, Gomezium variar. resol. tom. 2.**

*cap. 2. num. 25. 26. Fachineus controvers. lib. 2. cap. 20. circa fin. Zoësius ad Pand. b. t. num. 11. Petexhus C. b. t. num. præterea 17. 18.* Ut tamen & tunc specialis intelligi debeat renunciatio intervenisse, cum id inter contrahentes actum est, ut quicquid infra aut supra justum pretium apparisset datum, pro donato haberetur: neque enim dubium est, viliori pretio donationis causa factam venditionem valere, *l. si quis donationis 38. ff. de contrab. emi.* In donatione autem huic legis secundæ remedio locum non esse, inter omnes constat; cum tota donatio, in se spectata, læsio atque perditio sit, arg. *l. in summa 65. §. id quoque 2. ff. de condit. indeb. junct. l. filiusfamilias 7. pr. ff. de donationibus, usque adeo, ut ne in donationibus quidem sub modo admitti debeat, dum forte quis omnia sua donavit ea lege, ut modicum annum ei, donec vixerit, donatarius præstet. Vide Sande de decis. Frisic. lib. 3. tit. 4. defin. 17.* Et sane, ni ita statueris, adjectione illa, de donando eo quanto pluris minorive res valet, impediti, legis secunda dispositionem, futurum erit, ut nihil plane clausula talis operatura sit, cum & sine clausula ista pro donato ac perditio haberi debeat, quoties læsio dimidia minor est. Non faciente in contrarium eo quod a Fachineo *controv. lib. 2. cap. 19. in pr.* aliisque urgeatur adjectionem illam plurivis non infinitam pecuniam continere, sed modicam, & ad minutulam summam referri, *l. hæc adjectio 192. ff. de verb. signif.* considerandum enim, nullam illuc de donationis proposito aperta professione, nec de venditione donationis causa minori pretio facta mentionem esse, sed ad alias adjectionum ac pactiorum species legem istam pertinere. Adde Covarruviam *var. resol. lib. 2. cap. 4. num. 6.*

19. Quod si post læsionem res vendita sine culpa emtoris extincta sit, emtori quidem ultra dimidium decepto hactenus succurrendum erit, ut id recuperet, quod supra justum pretium ab eo solutum est; cum natura æquum non sit, venditorem cum emtoris detrimento fieri locupletiorum, *l. nam hoc natura 16. ff. de condit. indeb.* nec jure venditor excipere possit, non amplius sibi post rei interitum superesse electionis beneficium a *d. l. 2.* datum, utrum pretium ad aequalitatem reducere malit, an a venditione in universum resilire; eo quod gratulari potius sibi debet, non sibi, sed emtori, rem periisse, justumque penes se peremptæ rei pretium remanere. At si venditor læsus sit, magis est, ut post rei interitum legis secunda beneficium haud admittatur; cum sufficere venditori debeat, quod quale rei pretium nactus sit, cui alioquin tanquam domino, non facta venditione, res tota periisset, arg. *l. si res estimata 12. §. 1. ff. de jure dotum.* Nisi prior emtor pluri distraxerit; quippe quem cum venditoris damno lucrum captare ac locupletari durum foret, præsertim cum in pretio isto majore rem ipsam videatur habere, Fachineus *controv. lib. 2. cap. 18. in med.* Pinellus ad *l. 2. C. de rescin. vend. part. 2. cap. 1. num. 36. & seq.* Zoësius ad *Pand. b. t. num. 30.* dissentit emtoris læsi intuitu Mozzhus de *contract. de emtione part. ult. num. 16.* Gomezium *variar. resol. tom. 2. cap. 2. n. 22. post med.*

20. Illud expeditum videtur, emtorem læsum ad hoc devenire non posse juris remedium, si rem emtam rursus alteri venderit ac tradiderit; eo quod

jani sua voluntate, sedque proprio, negotium ad eum penduxit statum, ut venditori non ultra super sit eligendi facultas a lege data, an emtionem dissolvere malit, an pretii inaequalitatem emendare, Gomezius d. sam. 2. var. resol. cap. 2. n. 22. post. med.

## TITULUS VI.

## De Periculo &amp; Commodo rei venditae.

## SUMMARIA.

1. Quid sit periculum rei venditae? Fortinet illud ad emtorem, licet res necdum tradita sit. Respondetur objectionibus.
2. Venditor regulariter praestat culpam leuam. Quando praestat leuissimam? Quando casum fortuitum? Quando tantum dolum & latam culpam? Quid juris, si prius emtor in mora recipiendi, dein venditor in mora tradendi fuerit, & viceversa?
3. Quid juris circa periculum, si res dua alternatim sine vendita? Si vnum & res similes vel simpliciter vel ad gustum sine vendita, quando ad emtorem incipias pertinere periculum acoris, &c. per distinctiones explicatur, ubi & de doliorum significatione. Quid venditor agere debeat, si nullum degustationis tempus appositum sit? Quid juris, si per emtorem vel per venditorem steterit, quo minus vinum intra tempus adjectum degustatum sit?
4. Non semper pari passu ambulat periculum quantitatatis in fungibilibus. An & quando periculum corporis rerum fungibilium ad emtorem pertineat? ubi de rebus fungibilibus per auersionem venditis, & qualem tunc custodiam venditor in iis praestat, & quo usque? Quid juris, si fungibiles res ad quantitatem vendita sint? Quando tunc ad ementio facienda sit? An, si emtor in mora sit, venditori liceat vinum venditum effundere periculo emtoris? quid moribus?
5. Ad quem spectat periculum rerum sub conditione venditarum?
6. Moribus nostris adhuc seruaturs decisio juris Romani circa periculum rerum, etiam immobilium, quamvis requiratur in hisce solennis traditio coram lege loci. Si apud nos ades sunt vendita media forte bieme, addito pacto, ut demum solemniter tradantur initio Maji, periculum usque ad tempus expressum pertinet ad venditorem; licet forte traditio solennis maturius sit interposita.
7. Ad quem spectat periculum, si res subbataste poverint pendente subbatione?
8. Emtorem gravant omnia onera realia vendita rei inharentia, etiam in praeteritum debita; nec valet pactio in contrarium. Exceptio est, si fiscus vendat praedia debitorum fiscalium. Non transit in emtorem onus annua praestationis, qua per venditorem ex fundo vendito promissa est alteri persona vel fundo; nisi fundus solemniter eo onere affectus sit.
9. Commodum omne rei vendita ad emtorem statim a perfecta venditione pertinet, quod exemplis alluvionis, actionum rei vendita intuitu qualitatum, fructuum, & similitum, explicatur. Cui cedant pensiones, si res vendita elocata fuerit, per distinctiones traditur.

10. An arboris, quae post inspectum praedium ante perfectam venditionem ignorante emtore suis vento dejecta, emtori praestanda sint? Quid juris, si ex duabus rebus simul uno pretio emittit una perierit ante venditionem?

1. Quamvis in iure frequenter eadem lucri & damni, periculi ac commodi ratio sit, seorsim tamen de utroque, quantum ad res venditas attinet, tractari expedit. Periculi nomine hic venit omne incommodum, quod rei venditae supervenit, veluti, homini vel animali vendito mors, fuga, vulnus; agro chiasma; aedibus incendium, ruina; navi naufragium; vino mucor, acor, effusio, omnibus denique corruptio, depravatio, interitus, interversio. Spectat autem regulariter ad emtorem omne periculum, quam primum consensu venditio perfecta est, etiam si res vendita necdum sit tradita, aut pretium numeratum; quippe quod & post interitum rei ab emtore numerandum foret, l. quod saepe 35. §. si res vendita 4. ff. de contrab. emi. §. quum autem 3. inst. de emtione vendit. l. id quod post 7. l. necessario 8. ff. h. t. l. 1. cum inter 4. l. ult. C. b. t. Gomezius var. resol. tom. 2. cap. 2. num. 52. Carpovius def. for. part. 2. const. 26. defn. 20. Ant. Faber Cod. lib. 4. t. 41. defn. 8. in pr. Wissenbach ad Pand. vol. 1. disput. 35. num. 27. Leeuwen cons. for. par. 1. lib. 4. cap. 19. n. 56. Quamvis enim plerumque res suo pereat domino, l. pignus 9. C. de pignorat. act. & a venditore ante traditionem dominium rei non recedat, §. quum autem 3. in fine inst. b. t. arg. l. ex emto 11. §. & in primis 2. ff. de act. emti; non tamen eo minus periculum ante traditionem ad emtorem pertinet; tum quia eum etiam omne rei commodum sequitur, d. l. 7. ff. b. t. d. l. 1. C. b. t. arg. secundum naturam 10. ff. de reg. juris, tum quia statim a perfecta venditione venditor incipiat esse speciei debitor, quem rei interitu liberari placuit, l. si ex legati 23. ff. de verb. oblig. l. pen. ff. de solutio. l. 1. §. ult. in fine ff. b. t. Nec hic adversatur l. lektor 12. l. 13. l. 14. ff. b. t. cum illic ante traditionem damnum ab aedili lektor in via publica positus illatum ad venditorem spectet, quia in culpa erat, quod non domi eos, donec traderentur, asservaverit, sed in publica via positus habuerit: tametsi enim culpa aedilis argui potuit, quod eos non iure consciderit, adeo ut & ex lege Aquilia ob id agi cum eo potuerit, non tamen propterea venditor culpa vacuus fuit, dum eos in via publica ponendo, injurioso aedilis factio causam praebuit, arg. l. verum est 39. ff. de furtis. Minus obest l. quod si neque 14. §. 1. ff. b. t. Non enim ibi de specie vendita, sed materia sermo est, certo scilicet trabium numero ex majore trabium quantitate distracto, ac per signationem eligendo. Sed nec contrarium dictis est responsum Africani in l. si fundus 33. ver. nam & si vendideris ff. locati. Etenim legis illius sententia exemplum invenire potest in fundo tacite per fideicommissum incapaci relicto, qui cum ob id fisco cedere deberet, & necdum per fiscum vindicatus esset, ab incapace, (qui forte possessionem ejus nactus fuerat) venditus traditusque fuit Titio in bona fide posito, ac fideicommissi tacti ignaro prorsus, iterumque per Titium distractus Sempronio, mox fisco vindicatus, atque ita publicatus, tradi non potuit: cum ergo aine Titii culpa traditio impedita esset, & ta-

men res ipsa in se vitium illud haberet, quod publicationi esset obnoxia, merito scriptum ab Africano, venditorem ex emto teneri haecenus, ut pretium restituat, non etiam ut amplius praestet id quod interest; sicut id in redhibitoria ex aedilitio edicto ob vitium latens fieri consuevit, l. 1. C. de aedil. action. junct. l. Julianus 13. ff. de aed. emi. Sed & secundo non perperam legem illam 33. acceperis de fundo tali, qui ab hostibus a populo Romano captus, ad tempus pristino fuerat relictus possessori, sed postmodum publica urgente necessitate vel utilitate publicatus; uti id fieri potuisse, colligi potest ex l. Lucius Titius 11. ff. de eviction. l. item si verberatum 15. ff. item 2. ff. de rei vindic. l. in agris 16. ff. de acquir. rer. domin. cum ergo venditor ad tradendum huiusmodi fundum a se venditum obstrictus, hanc impedire non posset in publicum redactionem, iniquum erat, eum ad id quod interest emtori condemnari; sed quia sic quoque res ipsa vendito in se quandam vitii habebat speciem, quod nempe ad nutum Principis publicari posset, nec venditor emtorem huius rei monuerat, ad pretii restitutionem simpliciter teneatur: exemplo eorum, qui ob vitium latens ex aedilitio edicto ad pretium reddendum devincti sunt, ut ante dictum. Nec explanationi huic obstat, quod in d. l. Lucius Titius 11. ff. de eviction. emtor dicitur post publicationem ad pretium solvendum adhuc obligatus esse. Vendita enim ibi proponatur praedia talia, quae in Germania trans Rhenum sita erant, adeoque tali in loco, ut emtor etiam non monitus scire facile potuerit, huiusmodi praedia publicationi obnoxia esse, ac proinde deceptus videri nequeat, quasi istam ignorasset emtor rei conditionem. Ultra Rhenum certe instabilem fuisse Romanorum dominationem, ex Historiis manifestum est; unde & missis a Caesare nuntiis ad Germanos, petituris ut dederentur, qui Gallias bellum intulissent, responsum per eosdem, populi Romani imperium Rhenum finire; si se invito Germanos in Galliam transire non aequum existimaret, cur sui quicquam esse imperii aut potestatis trans Rhenum postularet? teste Julio Caesare de Bello Gallico lib. 5. pag. mihi 136.

2. Licet autem emtoris periculo res sit, venditor tamen ante traditionem in ea asservanda dolum latam ac levem culpam praestat, convenienter regulae culpae levem exigenti in negotiis ac contractibus, in quibus utriusque utilitas vertitur, l. si, ut certo 5. ff. nunc videndum 2. ff. commodati, l. contractus quidam 23. ff. de reg. iuris, l. quod saepe 35. ff. si res 4. ff. de contrab. emi. l. si vendita 11. ff. b. r. De damno levissima culpa dato obstrictus non est; nisi custodiam adeoque diligentiam in asservando exactissimam in se receperit. ff. quum autem 3. inst. de emi. vend. multoque minus de casu fortuito, aut tertii facto, l. pen. C. b. r. d. l. 11. ff. b. r. atq. l. sed de damno 41. ff. locati, l. ad eas 19. ff. commodati. Unde, si res, cuius custodiam venditor in se receperat, vi vel furto ablata vel corrupta a tertio sit; non ultra venditor teneatur, quam ut actiones furti & similes emtori cedat, periculo & arbitrio emtoris exercendas, l. si ea res 31. ff. de action. emi. d. ff. 3. in fine inst. de emi. vendit. Placuit, si & casu fortuito in se venditor receperit, non dubium, quin & eam praestare debeat, sive certam casus fortuiti speciem expresserit, sive per pactum se causi cuicumque reddiderit obnoxium,

l. 1. ff. b. r. dummodo meminerimus, tunc non id, quod vulgo sit, sed magis insolitus & prae consuetudinem evenientes fortuitos casus videri susceptos, l. firulas 78. ff. ult. ff. de contrab. emi. Branne-mannus ad d. l. 73. ff. ult. Sed & si in mora tradendi fuerit venditor, casus postea supervenientis periculum ad eum spectat, l. cum iniar 4. C. b. r. quoties res non eodem modo fuisset apud emtorem peritura, ut plenius probatum est de rei vindic. n. 34. Quammodum e contrario de sola culpa lata doloque venditor conveniri potest, si in recipienda re vendita per emtorem ipsum mora facta sit, l. illud 27. ff. b. r. Quod si & emtor & venditor moram adhibuerit, posterior mora purgabit priorem, nocetque vel emtori vel venditori, qui posteriorem moram fecit, d. l. 1. ff. b. r. rejecta, Labeonis sententia, qui posita utriusque mora, sine temporis distinctione moram emtori nocere credit; cuiusque opinio proponitur quidem in l. si & per 51. ff. de aed. emi. Sed, cum ibi nec probata esset, a Pomponio tamen postea notata penitus ac rejecta fuit in d. l. 17. ff. b. r.

3. Fallit quoque regula superior tradita, secundum quam periculum statim a consensu interposito in emtorem transfertur, si res duas alternatim sint venditae, puta Sicubr aut Farnphilius; quatenus ante traditionem uno mortuo, qui superest, dandus est, unde fit, ut prioris periculum ad venditorem, posterioris ad emtorem respiciat; & utroque pariter per-eunte, unus tantum periculo emtoris sit; sive emtori sive venditori ex alternative venditis, eligendi potestas data fuerit, l. si in emtione 34. ff. si emtio 6. ff. de contrab. emi. Sed & in rebus fungibilibus, veluti vino, oleo, tum ad gustum, tum ad mensuram divanditis, exceptio est; quod ut evidenter appareat, paulo altius res repetenda. Gustum quod attinet, videndum, an vinum (idem de rebus aliis degustari solitis iudicium esto) simpliciter ac sine ulla degustandi conditione, adeoque per aversionem ratione gustus emtum sit, an vero ad gustum. Si sine gustandi conditione (quod raro fit) statim a consensu utrimque interposito, etiam ante ullam admensurationem, periculum acoris & mucoris ad emtorem pertinet, quia, sive non degustavit, sive degustando male probavit, de se queri emtor debet: adeoque liberabitur venditor, admetiendo postea vinum, quod acuit, aut alio quocunque modo, salvo vini corpore, sine venditoris culpa vitiatum corruptumve fuit; nisi venditor, cum intelligeret, non duraturam bonitatem vini usque in eum diem, quo tolli deberet, ejus rei non monuerit emtorem, l. si quis vina 4. ff. si aversione 1. l. si vina 15. ff. b. r. l. sicut 12. pr. C. de aed. emi. vel periculum acoris mucorisque, aut alterius vitii supervenientis, ad certum tempus in universum in se suscepit, l. 1. ff. b. r. arg. l. firula 78. ff. ult. ff. de contrab. emi. vel vinum ita venditum ex eo vitium contraxerit, quod venditor de bonitate ejus duratura quid affirmaverit, ac vinum non casu externo, sed sua natura, corruptum fuerit, d. l. 15. ff. b. r. vel denique venditor vinum eo modo distra-ctum non bene custodiverit usque ad tempus, ad quod ex pacto vel lege custodie obstrictus, l. si quis vina 4. ff. ult. ff. b. r. Si vero ad gustum, periculum acoris & mucoris ad venditorem pertinet, donec emtor degustaverit, ac gustando probaverit, deinde ad emtorem transit; nisi & hic venditor emtorem mone-



re neglexerit, sciens bonitatem vini usque ad tempus tollendo vino præfinitum haud duraturum, *d. l. 4. §. 1. d. l. 15. ff. b. t. junct. l. si in emtione 34. §. alia causa 5. ff. de contrab. emt.* Neque interest, utrum emtor dolia signaverit, nec ne; non enim signatio ante degustationem, cum ex pacto fieri deberet, acoris periculum in emtorem transfert; quippe quæ magis, ne submutatio fiat, creditur intervenisse, *l. 1. §. si dolum ff. b. t.* Liberum autem emtori est quodcumque degustare, si nullus degustationi faciendæ dies adjectus sit, *d. l. 4. §. 1. ff. b. t.* Ut tamen, ne in infinitum degustandi licentia extendatur; post temporis modici lapsum venditor denunciare emtori possit, ut degustandum vinum venditum probet aut improbet, ideo ut, eo moras diuturniores nectante, venditor ab obligatione deinceps liber fiat, & impune vinum idem alteri vandat; ne alioquin ex protelata nimis diu degustatione vinum corrupturum, atque ita venditor ex mora emtoris damno hæreat, *arg. l. 1. §. ult. l. 4. §. ult. ff. b. t.* Quod si degustationi faciendæ dies appositus sit, nec tamen intra illud tempus degustandum fuerit, si quidem steterit per venditorem, etiam post diem gustui præfinitum periculum acoris & mucoris ad venditorem spectat, ne ex mora propria a periculo rei liber fiat; atque insuper post diei lapsum obligatus manet, ut patiat emtorem degustare, ac gustando probare; cum absurdum futurum esset, aliquem per moram suam invito adversario ab obligatione liberari, *d. l. 4. pr. ff. b. t.* Si vero per emtorem venditor ab obligatione liber est, nec, postquam dies degustandi præterit, ultra tenetur emtori præstare degustandi probandique facultatem, quasi per emtoris factum deficiente venditionis conditione. Non enim assentiendum videtur Struvio ad *Pand. b. t. n. 101.* existimanti, post diem degustationi dictum periculum ad emtorem in mora degustandi hærentem transire. Quæ enim obsecro ratione, quove jure, periculum videri posset post lapsum diet in emtorem translatum, ubi nulla venditio perfecta apparet? perfecta vero haudquaquam dici potest, quæ usque adeo ex degustandi conditione suspensa est, ut ne gustu quidem interposito perfecta intelligatur, nisi insuper probatio accesserit; cum utique gustus ad id proficiat, ut adhuc improbare liceat post degustationem, atque ita ab emtione concepta in totum resilire, *l. si in emtione 34. §. alia causa 5. ff. de contrab. emtione.*

4. Admensionis apensionisve intuitu sciendum est, non semper pari passu ambulare, aut eodem tempore transferri in emtorem periculum ipsius corporis, seu quantitatis, quo qualitatis, veluti acoris, mucoris, periculum transit; cum qualitatis mutatæ damnum protinus a degustatione & subsequuta probatione ad emtorem pertineat; corporis periculum sæpe non nisi post admensionem. De cetero vinum aliasque res fungibiles vel *aversione* vel *ad quantitatem* vendi expeditum est. Si aversione plena vinum sit venditum, dum uno pretio omne vinum vel vas integrum sine mensuræ repectu distractum proponitur, periculum ejus ad exemplum rerum ceterarum non fungibilium mox a consensu interposito super merce pretioque emtorem respicit, licet traditio necdum secuta sit, *l. quod sape 35. §. in bis, quæ 5. ff. de contrab. emt. l. 2. §. 1. in fine ff. b. t. l. cum convenit 2. C. b. t.* Carpzozius *defin. for. part. 2. const. 26. defin. 23. in fine.*

Voss ad *Pand. Tom. III.*

Eoque casu verum est, acoris & effusionis, quantitatis & qualitatis periculum pariter & eodem tempore in emtorem transire: ac de vino ita per aversionem distracto accipienda *l. 1. pr. ff. b. t. l. sicut 12. pr. C. de action. emt.* Nec aliud dicendum, si quis omne vinum in dolio reconditum seu dolare, vendat, atque ita totum corpus vini dolio contenti, pretio sic constituto, ut pro portione mensura, per admensionem manifestandæ, solvatur pecunia; sic ut admensio non conditionem faciat, ex qua vis obligationis suspensa hæreret, sed tantum modum demonstrationis nemque quandam quantitatis *vini pure pleneque* distrahi; quemadmodum alii plures modi, extra relationem ad quantitatis designationem, emtioni additi, impleri quidem debet, quo usque possunt; neque tamen ideo conditionales aut necdum perfectam faciunt venditionem. Secus, si pars quadam vini dolearis solummodo esset vendita, quia tunc ante admensionem sciri nequit, quæ pars vendita intelligatur, *quod sape 35. §. pen. ff. de contrab. emt.* Custodiam tamen vini sic per aversionem venditi præstare tenetur venditor, eamque jure singulari exactissimam, qualis in commodato præstari solet; adeo ut tantum vis magna & fatale damnum excusatum sit, nec sufficiat diligentia talis, qualem in suis adhibere solet, uti id manifestum est ex *l. hoc ita verum 2. §. 1. l. 3. ff. b. t.* in quibus textibus agi de vino non ad mensuram seu quantitatem, sed per aversionem vendito, colligi ex eo potest, quod *d. l. 2. & 3. coherent legi prime*, in cuius fine *de vino dolare* vendito agitur, at *dolare vinum* est, cum non ad mensuram, sed dolia vine repleta distracta sunt, *l. 1. §. 1. ff. b. t.* Nec obstat, quod in *d. l. 2. §. 1. ff. b. t.* mentio fiat vini *admensiendi*, unde videri posset, agi illic de vino considerato tanquam re fungibili, & ita ad quantitatem vendito, cuius venditio ante admensionem imperfecta foret. Potest enim, ut jam ante adnotatum, vendi dolare vinum tanquam certum corpus, ut statim venditio perfecta sit, & tamen addi lex admensiendi, ut pretium totius dolii vini pro inventum minore majoreve vini venditi modo solvatur, dum incertum utrique vel alterutri, quæ vini quantitas dolio contenta sit, nec alter alterum incertæ mensuræ specie circumvenire vult, aut pati se circumveniri, quo casu res tales fungibiles, jam consideratæ ut corpora, etiam ante admensionem periculo emtoris sunt: quemadmodum ager consideratur ut corpus, ratione periculi, statim ab interposito consensu trans-euntis ad emtorem, licet pretium pro numero jagerum constitutum sit, & pro majore minoreve agri modo; per admensionem definiendo, majus minusve pretium solvendum sit, juxta ea quæ traduntur in *l. qui fundum 40. §. qui agrum 2. ff. de contrab. emt. l. si servum 4. §. 1. ff. de act. emt.* si modo admensio non per modum conditionis, ut venditionem faceret conditionalem, sed quantitatis tantum demonstrandæ, declarandæ, manifestandæ gratia adjecta sit, quod fieri posse post alios tradit Brunnenmanus ad *l. ult. ff. b. t. num. 9. 10. 11.* Eoque nititur fundamento, quod in libro septimo digestorum Juliani Scævola notasse dicitur, *fundi nomine emtorem agere non posse, cum prius, quam mensura fieret, inundatione aquarum aut ebullitione, aliove quo casu, pars fundi inierierit, l. si in venditione 10. §. 1. ff. b. t.* non eo sensu, quasi venditio illa conditionalis esset, nec an-

te fundi mensurationem venditio esset, ut Gothofredus cum antiquioribus interpretibus censet in *notis ad l. 1. 10. §. 1.* sed potius, quod emtor ea parte, quæ superest, debeat contentus esse, nec agere possit nomine fundi, quasi necdum traditi, dum pars, quæ perit, neque admensurari potuit; quia in tali casu admensio non tanquam conditio adimpleri debebat, sed tantum quantitatis demonstrandæ causa, debebat intervenire, adeoque periculum tanquam ex pura venditione etiam ante mensurationem pertinebat ad emtorem. Quod ex connexionione principii legis cum paragrapho primo evidens est: nam, cum in principio definitum esset, periculum in venditione conditionali ad venditorem pertinere, si non hoc ipsum convenisset, ut res periculo emptoris reservaretur; mox in §. 1. proponit Ulpianus, tanquam singulari nota seu annotatione dignum, emtorem tamen fundi nomine agere non posse, cum prius, quam mensura fieret, inundatione aquarum aut chasmate, pars fundi interierit; significans scilicet, casum illum non pertinere ad venditionem conditionalem, ex qua periculum ad venditorem spectat secundum principium *d. legis*. Huius autem custodiæ exactissima in vino per aversionem vendito prestandæ finis est averbendi tempus, si id definitum sit, aut alias vindemiæ instantis, si sit venditor, cui sine nova vindemia, spumante doli necessaria non sunt; nam si mercator esset, aut alias doli, locaturus fuisset, sic ut ejus intersit, inania esse ea, quibus vinum aversione distractum asservatur, is dies spectandus foret, tanquam custodiæ finem faciens, quo ex commodo venditoris, denunciatione facta, tolli vina possint, *l. si quis vina 4. §. ult. junct. l. 2. pr. ff. h. t. post quæ tempora si emtor in mora tollendi sit, solus doli a venditore circa vinum aque ac circa alia corpora vendita prestandus foret, l. si per 5. l. illud 17. ff. h. t.* Quibus non contradicit Modestinus, cum in *l. qui officii 62. §. ult. ff. de contrah. emt.* scribit, rem in admissione emptoris, si non doli venditoris factum sit, ad periculum emptoris pertinere, *etiam si res assignata non sit*; unde videri posset, nil præter dolum oportere per venditorem statim ab initio in venditis aversione rebus præstari. Non enim alia legis istius sententia est, quam rerum fungibilium per aversionem venditarum periculum etiam ante traditionem ad emtorem pertinere, si modo doli venditoris causam non dederit huic venditioni per aversionem factam, seu doli venditoris factum non sit, ut emptio intercesserit; nam si venditoris dolo emtor ad rem aversionem extendam inductus, atque ita dolo in id, ut emeret, circumscriptus fuerit, emtionem ipso jure nullam esse, apparet ex *l. et allegatur 7. ff. de dolo*, ac dictum plenius ad *id. de dolo n. 3.* Ex emtionem vero, quæ nulla erat, neque dominium neque periculum transire poterat, ut proinde Modestinus jure optimo monuerit, ita demum periculum rerum aversione venditarum ad emtorem pertinere, si doli venditoris factum non sit, ut scilicet emptio aversione iniretur. Quod si ex adverso non plena aversione, sed ad quantitatem seu mensuram vinum emtum sit, corporis ipsius periculum ad admensurationem usque, non emptoris, sed venditoris est: priusquam enim admetiatur vinum, prope quæ nondum venit, et venditio ex conditione admetiendi suspensa est; post mensuram factam venditoris desinit periculum esse, *l. 1. §. 1. ff. h. t. l. quod capi*

*35. §. in his 5. in sup. ff. de contrah. emt.* Facienda autem admensuratio intra tempus definitum; alias ante proximam vindemiam, vel, si venditor mercator sit aut doli solutus elocare, tempore epæ, quod venditori, ad admensuram commodum est, secundum eam quæ antea de vino per aversionem vendito mature tollendo dicta sunt, *l. 4. §. 3. ff. h. t. l. 2. l. 4. §. ult. l. 5. ff. h. t.* Emtoræ moram faciente in vino per admensuram recipiendo, data est venditori per leges effundendi licentia, periculo emptoris; quod tamen simul ej a lege dissuadetur, ac laudendus dicitur, si cum posset effundere, non effuderit, etiam mercedem doliorem tunc exacturus, ubi ejus interfuit, inania illa esse, *d. l. 1. §. 3. 4. ff. h. t.* Scilicet, non omne, quod licet, continuo etiam honestum aut probandum est, *l. non omne 144. ff. de reg. juris*. Unde et, quia forte in effundendo facile quid negligi aut prætermitti posset, quod ex lege observandum erat, atque adeo rigidius exactum efficere, ut venditoris ipsius periculo effusio fieret, merito monitum a Pomponio, periculum heredem facturum, si vinum effundat a testatore legatum, cum legatarius esset in mora tollendi, *l. si heres 8. ff. de iustico, vna vel oleo leg.* Moribus quoque hodiernis istiusmodi effusionem vini venditi non tutam satis esse, magisque venditoris effundentis quam emptoris damno, cessuram post alios censet Groeneweg ad *l. 1. ff. h. t.*

5. In venditione conditionali non per omnia circa periculum ita jus est, atque quidem in ea quæ pure fit. Si enim defecerit conditio apposita, ipsam quoque venditionem deficere, atque ita ad venditorem omne rei periculum omni tempore pertinuisset, necessitas est. Si vero extiterit, omne quidem damnum rei partialis, seu omnis deterioratio medio tempore eveniens, emtorem respicit; at rei totius interitus pendente conditione contingens venditori nocet, perinde ac si nulla venditio intercessisset, quasi deficiente jam re, sine qua tamen venditio nulla intelligi potest, *l. necessario 8. ff. h. t. l. pen. C. b. t. l. plerumque 10. §. inde quæri 5. ff. de jure dot. junct. l. nec emt.* nisi aliud circa periculum pacti speciali inter contrahentes placuisse constet, *l. si in venditione 10. ff. h. t.* Ant. Gomezius *par. resol. tam. 2. cap. 2. n. 32. in par.* Ant. Faber *C. lib. 4. t. 41. defin. 8. n. 2. in notis*, Carpovius *defin. foran. par. 2. consp. 20. defin. 21. 22.* Ceterum in *d. l. 8. ff. h. t. farq. in fine principii* suppleendum videtur ex Haloandri editione, quæ admodum colatidit cum vulgata, quod deest, Florentina, & ommissum sententiam legis imperfectam facit, ac proinde legendum, quod si pendente conditione rei tradita sit, emptor non poterit eam recipere pro emtore, et quod præterit solum est, repetitur, et fructus medii temporis venditoris sunt, si pendente conditione res fuerit extincta: perimitur enim emptio, sicut stipulationes et legata conditionalia perimuntur, si pendente conditione res extincta fuerit; prout id monitum Meyer in Collegio Argentorat. ad Pand. b. t. n. 3. in med.

6. Ab hisce autem Romani juris definitionibus circa rei venditæ periculum moribus nostris recessum non esse, sive in mobilibus, sive immobilibus, non sine ratione contenditur a Groenewegio ad *§. quum ant. 3. inst. de emt. vendit.* Licet enim ex constitutione Caroli V. non aliter immobilium venditio videatur efficax, quam si solennis eorum traditio coram lege loci facta sit; non tamen periculum inquitur quod

quam innovatum est. Nam & jure civili nullum in emtorem transibat dominium, nisi per traditionem, qua ad perfectam sequebatur venditionem, *l. ex emto 11. §. & in primis 2. ff. de act. emti, §. vendit 41. Et seqq. inst. de rer. divis.* nec tamen ideo utriusque in emtorem mox a consensu interposito translatum censebatur periculum rei. Cum ergo moribus tantum in tradendo, adeoque dominii sensum immobilium transferendi modo, mutatio contigerit, neque a dominii translatione dependeat periculi translatio, nulla quoque ratio est, cur ex mutata sola traditionis forma deduceretur mutatio circa periculi translationem: præsertim si consideres, solemnem illam coram lege loci faciendam traditionem non tam, propter ipsos contrahentes, emtorem puta ac venditorem, quam potius in utilitatem ac securitatem creditorum venditoris fuisse excogitatam, nec illi clandestinis alienationibus & obligationibus per debitores factis, adeoque fraudibus domesticis pro negotii opportunitate sæpe confictis circumscripti, in damno haberent; de cetero emtoris & venditoris insuita nihil intercedere, quo minus & nunc ante solemnem illam traditionem se venditor jure suo exuat, sive constituti possessorii jure, sive alia ratione, Neostadius *Curia sup. decis. 70. in fine.* Groenewegen *ad §. 3. & ad Grotii mand. ad Jurisprud. Holl. lib. 2. cap. 5. num. 18.* Ant. Matthæus *Paremiæ 5. num. 15.* Adr. Wessel *de remissione mercedis cap. 8. num. 10. 11.* Plane si venditio rei immobilis, præcipue ædium, media forte hieme ex multarum civitatum Belgii usu ea lege facta sit, ut demum initio insequentis mensis Maii traditio solemnis fiat, magis est, ut periculum mediæ temporis, quod est inter venditionem, ac traditionem, ad venditorem spectet; quia per pactum a venditore adjectum, adeoque per venditorem ipsum, stare videtur, quo minus res vendita in continentem tradatur, quippe qui diem traditionis prorogasse intelligitur, ut usque ad diem dictum fructus aut pensiones sibi haberet, *l. Julianus 13. §. si quid servo 18. ff. de act. emti.* Uti ergo emolumenta interim ei obveniunt, ita & damna ad eum pertinere æquum est, arg. *l. recundum 10. ff. de reg. juris.* At quævis propter intervenientem moram venditoris ita demum fortuiti casus periculum ad mortem spectet, si non eodem modo, non tali casu, res apud emtorem fuisset peritura, arg. *l. de eo exhibendo 12. §. si post judicium 4. ff. ad exhibendum,* tamen, quia distinctio illa magis in mobilibus per traditionem de loco in locum transferendis, quam immobilibus situm non mutantibus, usum invenit, simplicius in uibus venditis receptum est; nullum emtoris periculum esse, sed solius venditoris, usque ad diem illum, qui solemni traditioni pacto aperto dictus fuit; usque adeo, ut, si forte propter imminuentem venditoris peregrinationem, ahove sub obtentu, solemnis ædium traditio coram lege loci ante diem traditioni faciendæ præsumitur secuta sit, tamen venditoris periculo res maneat ad ipsam usque pacto prescriptum tradendi diem, nisi aliud novo pacto inter contrahentes nominatim de periculo commodeque actum sit, Groenewegen *ad Grotium mand. ad Jurisprud. Holl. lib. 3. cap. 14. num. 82.* Ant. Matthæus *de auction. lib. 1. cap. 13. num. 20.*

7. Quod si res subhastata perierint pendente subhastatione, periculum non ejus est, qui licitationem quandam fecit, sed magis domini illius, a quo res

per additionem abitura est. Cum enim venditio, qua hasta fit, non ante videri possit perfecta, quam si tabule additionis signata fuerint, dum ex eo demum tempore desiit emtor licitando vinci posse, & fructus rei suos facit, consequens est, non nisi ex eo tempore periculum ad emtorem transire, ut argumentatur Ant. Matthæus *de auction. lib. 1. cap. 13. num. 20.*

3. Præter periculum rei venditæ etiam onera realia venditæ rei inherencia in emtorem transeunt, veluti tributorum, census, canonis, salarii, & similium; idque non tantum ratione futuri temporis, sed & in præteritum, adeoque etiam illa onera, quorum dies ante venditionem jam cesserat ac venerat; cum prædicia pro his omnibus videantur hypotheca legali ant tacta devincta esse; usque adeo, ut ne pactio quidem sustineatur, ne emtor tributis præstet, *l. 1. §. 101. t. C. sine censu & reliquis fundum comparari non posse, l. cum possessor 5. §. ult. ff. de censibus, l. Imperatoris 7. ff. de publicanis,* nisi fisco solemniter prædicia distraxerit debitorum fiscalium, quippe quo casu emtores a reliquis præteriti temporis immunes esse, ex posteriorum Imperatorum constitutionibus obtrinit, *l. pen. C. de fide & jure basta fiscalis,* per quam derogatum fuit responso Papiniani, secundum quod, prædicia a fisco distractis, præteriti temporis tributum emtorem spectabat, *l. prædicia a fisco 36. ff. de fisc., Ant. Matthæus de auction. lib. 1. cap. 13. n. 9.*

10. Non tamen in emtorem transit onus annuz præstationis, si forte venditor ante venditionem promiserit, se quotannis certam frumenti aut fructuum aliorum quantitatem ex fundo suo personæ alteri vel fundo præstiturum; nisi solemniter in id fundum obligasset, vel alio modo legitimo prædium affectum reddidisset pro hujusmodi præstatione, *l. ult. §. Lucius Titius 1. ff. de contrah. emtione,* Groenewegen *de ill. abrog. ad d. l. ult.*

9. Quia vero æquum natura est, commoda cujusque rei cum sequi, quem incommoda sequuntur, *l. secundum 10. ff. d. reg. juris,* hinc & omne rei venditæ commodum post venditionem perfectam, etiam ante traditionem obveniens, ad emtorem pertinet, *l. 1. C. b. 2. §. quum autem 3. inst. de emt. vendit. sive pretia rerum venditarum creverint, l. sicut 12. C. de ult. emti, sive alluvione auctus sit fundus diven- dictus, d. §. 3. inst. de emt. vend. l. id quod 7. ff. b. 2. sive servo distracto quid donatum, legatum, aut heredis titulo relictum, vel ex operis ejus quesitum fuerit, l. Julianus 13. §. item si quid 13. Et §. si quid servo 18. ff. de act. emti. sive rerum venditarum intuitu actiones quasdam venditor adeptus sit, veluti furti, legis Aquiliæ, & similes; quippe ad quas emtori cedendas obstrictus est, uti & ad præstandum id, quod ex hujusmodi actionibus post venditionem perfectam quesitis, conecutus est, *l. Julianus 13. §. sed & si quid 12. ff. de act. emti, d. §. 3. in fine inst. de emt. vendit. l. nam, qui emti. 14. l. si vendidit 80. ff. de furtis, l. eumque 13. ff. b. 2. sive denique fructus ex re vendita provenierint, cum & futura, quæ tempore venditionis jam concepta erat, & jam nati, jam maturi, sed adhuc venditionis perfectæ momento pendente fructus velut partes rei, emtorem sequi debeant, *l. fructus 13. l. pen. C. de act. emti, l. Julianus 13. §. si fructibus 101. ff. de act. emti, junct. l. fructus pendentes 44. ff. de rei vindicatis.* Et quod attinet fructus civiles, seu pensiones rerum**

venditarum, debitas ex locatione per venditorem facta; si quidem debeantur ex re singulis momentis usum præbente, veluti ex ædibus, jumentis, pro rata temporis inter emtorem ac venditorem dividenda videntur, ut emtori cedant, quatenus debita ex tempore venditionis perfectæ. Sin ex re quotannis tantum, aut statis anni temporibus, fructum ferente, veluti ex pomariis, arvis, videndum, utram venditio perfecta fuerit ante messem, dum fructus adhuc pendebant, an vero postquam jam essent a solo separati. Priore namque in casu anni totius pensiones emtori, in posteriore easdem venditori cedere, rationis est. Sic enim fit omnibus hisce in casibus, ut pensio, quæ fructuum nomine debetur, tanquam surrogatum fructuum per omnia sequatur ipsorum fructuum naturam, & ita tum emtori tum venditori acquiratur, ut ipsi fructus naturales aut usus cuicunque fuissent quæsitæ, si res nulli locata esset. Constat sane, de jure Romano emtorem non teneri stare locationi per venditorem factæ, sed posse conductorem ante tempus expellere, ut ipse suo arbitratu re emta fruatur, *l. emtorem 9. C. locati*, atque ita potuisse reliquo tempore ædes inhabitare, fructus in fundo pendentes colligere, jumentorum operis ipse uti. Hæc ergo si conductori permittat, quid ni pensiones ipse caplat, usum fructuumve compensatur? Neque hisce contrarium est, quod Ulpianus habet, *si in locatis ager fuit, pensiones utique ei cedere, qui elocaverat; idem & in prædiis urbanis; nisi si quid nominatim convenisse proponatur*; idem probans in prædiis rusticis ac urbanis; ac sine temporis distinctione pensiones omnes locatori, adeoque venditori tribuens, *l. Julianus 13. §. si in locatis 11. ff. de act. emti.* Et enim primo quidem dici potest, non illic definiri, ad quem effectum inspecto pensionum utilitas pervenire debeat, sed cui pensionis exigendæ jus sit; jus autem persequendæ pensionis soli competere locatori, qui contraxerat cum conductore, non item emtori qui non locaverat, certum est; eo modo, quo & furti & legis Aquiliæ actio & plures aliæ venditori ante traditionem quæruntur; sed id non impedit, quo minus venditor vel locati actionem pro ea pensione, quæ ad emtorem pervenire debet emtori cedat, uti & reliquas mandat actiones; vel exactam actionem locati pensionem emtori præstat, sicut alia præstare cogitur, quæ aliis actionibus exacta sunt, ut ante dictum. Sed & secundo Ulpiani verba in *d. l. 13. §. 11.* accipi possunt de pensionibus non futuri, sed præteriti temporis, quod emtionem antecedit, quæ locatori venditori cedunt, nisi aliud actum sit: uti aliud actum proponitur in *d. l. 13. §. in his autem 16. ff. de act. emti.*, dum placuit, ut venditor præteritam mercedem exigat & emtori præstat. Confer Covarruviam *var. resolut. lib. 1. cap. 15. n. 3.* Zoesium *ad Pand. 1. de act. emti n. 17.* 18. Struvium *ad Pand. b. 1. num. 103.*

10. Non tamen emtori cedunt arbores, quæ post inspectum prædium ante venditionem perfectam vi tempestatis evulsa sunt; quippe quæ desiderant fundi esse, atque ita nec emtæ erant; nisi id venditor sciens emtorem ignorantem non monuisset, *l. si post 9. ff. b. 1.* Quod si duas quis res, veluti duos servos, uno emerit pretio, quorum alter ante venditionem extinctus erat, tantum abest, ut emtoris id periculum esset, ut potius ne in vivo quidem emtio consistat, *l. si duos quis 44. ff. de contrah. em.*

## TITULUS VII.

De Servis exportandis, vel si mancipium ita venierit, ut manumittatur, vel contra.

## SUMMARIÆ.

1. De pacto, ut servus exportetur; a quibus locis abstinere debeat, qui ab Italia, a certa provincia, vel a certa urbe exportandus est? An, & quando venditor agere possit vel non, si pacto non sit paritum? ubi & de pena adjecta, & manus injectione in non exportatum. De pacto, ne exportetur.
2. De pacto, ut mancipium manumittatur. Tunc ipso iure libertas competit, licet venditor in casum manumissionis non secuta penam pactus sit. An venditori liceat post tempus manumissioni appositum revocare conditionem manumissionis? ante temporis lapsum quo usque possit; & an tunc emtor adhuc jure manumittat contra mutatam venditoris voluntatem?
3. De pacto, ne manumittatur, tunc nulla est manumissio, licet pena sit apposta in casum factæ manumissionis.
4. Valet, ne ancilla prostituatur. Quando videatur prostituta? Recensentur pacta in servorum venditionibus reprobata.

1. Quamvis nullus apud nos servorum usus sit, quia tamen pacta servorum venditionibus apud Romanos adjecta, transferri quandoque ad rerum aliarum venditiones possunt, paucis ea tractari expediet. Primum est, ut servus exportetur, cuius vim vide apud Cujacium *parat. C. si servus exportandus veniat*. Exportandus ex Italia, commorari in provincia non prohibetur, *l. 2. ff. b. 1.* Removendus tamen urbis pomeriis nec ipsa urbe recte moratur, *l. cui, pacto 5. ff. b. 1. arg. l. qui indignus 4. ff. de senatorib. l. relocatorum 7. §. ult. ff. de interd. & relegat.* Exportandus ex certa urbe, nec Romæ agere potest, nec in Italia retineri is, qui a certa provincia removendus est, *l. ult. C. b. 1. si serv. export. veniat*. Adicitur hoc pactum in gratiam venditoris, ut a servo, a quo sibi forte metuit, cuiusque conspectum ferre nequit, securus sit, aut ut vindictam in eum exerceat, vel ut penam evitet, quam promiserat, cum eadem lege emisset; ac proinde in ea conditione venditor est, ut remittere hanc legem possit, *l. 1. l. si vend. 6. §. 1. ff. b. 1.* Qua non remissa, & per emtorem violata, venditori actio ad id quod interest competit, secundum posteriorem Papiniani sententiam, quæ est in *l. 6. §. 1. ff. b. 1.* reprobata priore, quæ in *l. 7.* continetur, sive primus venditor, sive is in quem ille transulerat, pacto non paruerit, *l. Titius 9. ff. b. 1.* Sed & ad penam agi potest, si illa pacto adjecta sit; etiam manus injectio in ipsam servum non exportatum fieri, si eam sibi venditor pactus sit; & si servus ab emtore manumissus ad loca interdicta venerit, fisco in perpetuum servitutem addicendus est, *l. 1. 2. C. si servus export. veniat*. Cessat tamen penæ aut ejus quod interest exactio, si sine domini seu emtoris voluntate servus ad loca prohibita accesserit, *d. l. 2. in fin. C. b. 1.* veluti si a domino profugus in interdicta provincia vagetur, *l. Titius 9. ff. b. 1.* Con-

tra quoque, si pacto id actum sit, *ne servum venditus exportetur*, servanda usque adeo lex fuit, ut ob eam neglectam, præter id quod interest, etiam affectionis ratione recte agi placitum sit, *l. servus 7. in fine ff. b. r.*

2. Est & pactum, quo mancipium ita venit, ut intra certum tempus, vel simpliciter, ut manumittatur. Quo non impleto intra diem præfinitum, vel, si omisus dies, intra tempus tale, quo id fieri commodè potuisset, ipso jure servus aut ancilla sic vendita ad libertatem perducitur; adeo ut deinceps non de præstanda sibi libertate, quæ ex constitutione jam erat quæsitæ, sed de obtenta defendenda, experiundum fuerit, & partus ancillæ, post moram ab emtore factam procreatus, liber & ingenuus nasci intelligatur, ex constitutione D. Marci, qua derogatum fuit placito Hadriani, manumissionem hoc casu exigentis, *l. si quis hac lege 3. l. ult. ff. b. r. l. 1. 2. 3. 4. C. si mancip. ita fuerit alienat. ut manumitt.* etiamsi venditor in casum non secutæ manumissionis certam sibi penam pactus esset; cum nihilominus ita servus liber fiat, ac si sine pænæ adjectione distractus fuisset manumittendus, cessante ob favorem libertatis pænæ exactione, *l. ult. C. b. r.* Si modo major annis viginti servum suum ea vendiderit conditione: in minore enim ob consilium ejus parum firum legis Æliæ Sentiz auctoritas hanc manumittendi conditionem inutilem effecit, licet in id tempus dilatam, quo venditor annos viginti explevisset; *l. si minor 4. ff. b. r. junct. §. eadem lege 3. Instit. quib. ex caus. manumitt. non licet.* Nec venditori liberum est post lapsum tempus, intra quod manumissio peragenda erat, hanc revocare manumittendi conditionem; cum jam ipso jure libertas servo competere cœperit, in posterum ei firmiter asserenda ac defendenda, arg. *d. l. 1. in fine, & ll. seqq. C. si mancipat. ita fuerit alienat. ut manum.* Plane antequam venerit tempus manumittendi, penitentia & conditionis revocandæ facultas venditori permixta est, ad eum effectum, ne ipso jure per temporis lapsum libertas servo nascatur, neve emtor, non manumittens, venditori ad id quod interest obstrictus sit, *l. 1. C. d. l. 1. C. b. r. l. si quis hac lege 3. ff. b. r.* Sed si voluntatis mutationem sequi em-

tor nolit, malitque contra mutatam venditoris mentem servo libertatem dare, venditori eo nomine nihil præstat; & hoc est quod Papinianus voluit in *l. quæsitum 8. ff. b. r. cum ait, ex venditio actionem, manumisso servo vel* (id est etiam) *mutata venditoris voluntate, evanuisse, eoque etiam pertinet, l. 1. ff. qui sine manumiss. ad libert. perveniunt.* Nec obstat, quod dominus, qui procuratori servum suum dederat manumittendum, mutare consilium cum effectu possit, & impedire libertatem necdum collatam, *l. si quis alicui 27. §. si servum 1. l. si hominem 30. ff. mandati.* Alia enim mandati, alia venditionis causa est: post perfectam venditionem nihil alterutro invito, cui jus quæsitum est, per alterum immutari potest, *l. sicut initio 5. C. de oblig. & act. at ea peculiaris mandati natura est, ut quamdum illud impletum non est, adeoque necdum libertas tributa, recte revocetur, §. recte 9. Instit. de mandato.*

3. Non minus subsistit pactum alterum priori contrarium, *ne mancipium manumittatur*: cujus ea vis est, ut nec vivo nec mortuo venditore manumittere liceat, si servi puniendi gratia conditio illa adscripta probetur, & interposita contra pactum manumissio ipso jure nulla sit, ideoque nec pænæ petitio, si qua in casum violatæ pacti appositæ fuerit, locum habeat, *l. ea quidem 5. C. si mancip. ita fuerit alienat. ut manumitt. l. ult. C. qui non possunt. ad libert. perven. l. 1. qui suis 4. §. in illic 9. l. servus hac lege 9. ff. de manumissionem.*

4. Potest quoque pactum addi, *ne ancilla prostituat*; quod casu contra pactiorem etiam tunc emtor venisse videtur, cum eam sub specie ministrandi in caupona habet, *l. si venditor 6. ff. b. r. rat. tit. C. si mancipium ita venierit, ne prostituat*, junct. *l. qua adulterium 29. C. ad leg. Jul. de adulter.* Contra vero reprobata pacta, quæ in se turpitudinem aut crudelitatem continent, bonisque moribus adversantur; quælia sunt, ut ancilla prostituat, arg. *l. 1. 2. 3. C. si mancip. ita venierit, ne prostit.* ut servus cum bestiis depugnet, aut iis obijciatur, castretur, &c. *l. domini neque 42. ff. de contrab. emt. l. 1. qui servum 6. l. circumcidere 11. §. 1. 2. ff. ad leg. Cornel. de sicar.*

## LIBER NONUS DECIMUS.

### TITULUS I.

#### De actionibus Empti & Venditi.

#### SUMMARIA.

1. Actio empti cui detur? An & domino ejus procurator emit? An uni ex pluribus simul ementibus, vel uni ex pluribus unius emptoris hereditibus ad partem rei; si offerat partem pretii pro rata?
2. Datur contra venditorem, etiam dominum procuratoris vendentis. An si plures sint venditores, vel plures unius venditoris heredes, unus in solidum conveniri possit, si solus rem venditam in solidum possideat?

3. Petitur hac actione traditio rei & accessionium; quandoque etiam pretium.
4. Horreo vendito, an & dolia? Fundo vendito, an & dolia? Quid juris si id actum, ut dolia fundo accedant? Qua transeant fundo vendito? An sterculinum, quod in fundo est? An ruta & cæsa? an pisces studiose in piscinam conjecti?
5. Venditis aedibus, quamam emptorem sequantur? an & horii & stabula? An pars media parietis intermedii, si venditor duas domos habens contiguas, unam vendas? Recensentur plurima, quæ emptori cedunt, ut & alia, quæ ad emptorem non transeunt cum domo.
6. An, & quando prædium rusticum vel urbanum tradi debeat liberum ab oneribus servitutum? An

¶ *transiens servitus pro adio debita? Et quid si venditor servitus callide distulaverit pro adio vel a pro adio debita? Quid iuris circa servitus, si duorum pradiorum contiguum dominum unum vendiderit Titio, alterum Mucio, vel alterum sibi servaverit?*

7. *Quae transiens, arce vendita, castro aut servitio vendito, aut vitatio distracto, praecipue taberna vendita?*
8. *Vino vendito an dolia, an vasa minora cedant emptori? An cularia venditis avibus? An equo vendito, frenum, ephippium & reliqua ornamenta? An navi vendita, instrumenta navis; an & scapha?*
9. *Servo vendito, non transit peculium; nec equa, vacca aut oves venditis fatus jam editus matremque sequatur, siue ali sine matre possit, idem non.*
10. *Tradenda est vacua rei vendita possessio. Quid operetur stipulatio, vacuam possessionem tradi, vel rem tradi vacuamque possessionem? Quando vacua possessio tradita intelligatur?*
11. *Quid sit effectus traditionis vacua possessionis? An dominium transeat, si nec pretium numeratum sit, nec de eo fides habita? Quando contrahitur de pretio fides habita, quando non? An & tunc, cum venditor simpliciter rem tradidit ac ab emptore auferri passus est?*
12. *An & quando res vendita & tradita fide de pretio habita, adhuc vindicari possit? & quo modo immobilia coram lege loci tradenda sint?*
13. *De admensuratione rerum ad quantitatem venditarum. An venditor fundi teneatur monstrare fines fundi? An tradere aut monstrare instrumenta ad probandam originem acquisitionis pertinentia?*
14. *Prastanda cautio de tradendis iis, qua in praesenti tradi nequeunt. Quibus in casibus prastari debeas per venditorem id quod interest? ubi de re aliena, & extra commercium posita, deque celato malo vicino. An venditor habens rei tradenda facultatem precise cogi possit ad tradendum, an vero liberetur prastando id quod interest; & quid moribus?*
15. *An venditor emptori prastet ea, qua commendandi gratia asseruit de re vendita?*
16. *Quid sit actio venditi, & quibus detur? An executori rei iudicata, qui pignora capta distraxit? An ei qui rem alienam vendidit ac tradidit ut suam? Contra quos detur? An contra eum, qui emi mandavit & procuratori jam pretium numeravit?*
17. *Si quis rem emerit ea lege, ut pretium solvat quando voluerit; aut, postquam fuerit Romanus profectus, an valeat venditio? & an emptor ipse cogi possit ut solvat, quamvis voluntatem non declaravit? an denum heres ejus?*
18. *Fitur hac actione pretium, & impensa post venditionem in rem facta, licet illa perierit; item utilis pretii ex mora. Quid iuris apud nos sit circa usuras pretii? An emptor liber sit ab usurarum prastatione; si grapharius, apud quem pretia ex subbationibus redacta deponenda sunt, confessus fuerit per gratificationem, ea deposita esse, cum non essent?*
19. *An teneatur ad usuras, si ob imminentem cui-*

*tionem non solvere, aut oblatum pretium venditor voluerit accipere? an vero tunc depositione opus sit?*

20. *An emptor aut venditor ob moram in re tradenda aut pretio solvendo potere possint omne, quod forte tanquam negotiatores lucrari possissent, non facili mora?*
21. *An ob moram in pretio solvendo venditor rem repetere possit, & ad venditionis revocationem agere?*
22. *Si primus emptor pretium solvens pro pretio annua bima trima die solvendo obligaverit, dein ipse rursus annua bima trima die vendat, cum jam ipse in mora pretii solvendi esset, an primus venditor impediat pretium jure pignoris vendere, cum necdum emptor secundus in mora esset?*
23. *Uter prius debeas implere contractum, emptor, an venditor? An excipiens contractum ab auctore impletum non esse, id probare debeat? An appositae illa exceptione auctor implere & sic in lite pergere possit? Quid agendum, si emptor & venditor rei mobilis sibi invicem non fidant?*

1. **C**um emptio venditio illis annumeretur contrahibus, qui utrimque obligatorii sunt, consequens fuit, duplicem quoque actionem inde nasci, puta, *empti & venditi*. Empti actio est personalis bonae fidei, quae datur emptori ejusque heredi, etiam utiliter domino, ex cuius mandato procurator emit, l. *Julianus* 13. §. *si procurator* 25. ff. *b. l.* Si plures eodem tempore simul eandem rem uno emerint pretio, vel plures emptoris unus heredes sint, liberum singulis non est pro sua parte actione ex empto experiri ad tradendam rei venditae partem, pro rata pretii promissi oblata portione: sed vel omnes pariter, vel unum ex his, oblato toto pretio, agere ad rei totius traditionem, necesse est. Cum enim permixtum venditori sit veluti pignoris jure retinere rem venditam donec pretium totum solutum fuerit, nec quicquam emptor agat oblata sola pretii parte, l. *Julianus* 13. §. *offerri* 8. ff. *b. l.* & pignoris causa individua dicitur, licet alioquin res alienum inter coheredes ipso jure divisum sit, adeo ut post solutum ab uno herede hereditariam debiti personalis partem integrum nihilominus pignus pro reliquo debito obligatum maneat, nec repeti proportione solventis possit, l. 1. 2. *C. de luis. pignoris*, merito responsum a Labone fuit, unum ex heredibus partem pretii solventem ex empto agere non posse, quoniam ita contractum res alienum dividi non potest, l. *fictular* 78. §. *qui fundum* 2. ff. *de contrab. emi.* ibique DD.

2. Competit haec actio adversus venditorem ac utiliter etiam contra dominum, cujus jussu procurator vendidit, d. l. *Julianus* 13. §. *si procurator* 25. ff. *b. l.* & si plures sint venditores pluresve venditoris unus heredes, contra singulos pro parte, eo quod hic non eadem, quae in pluribus ejusdem emptoris heredibus, individui debiti, quasi hypothecarii, ratio est. Et licet in commodato placuerit, eo casu, quo unus ex pluribus commodatarii heredibus rem totam tenet, adeoque totius rei restituenda facultatem habet, eum in solidum condemnandum, l. *sed mihi* 3. *heres* 5. ff. *commodati*, idemque in rei vindicatione obtinebit, ubi unus ex pluribus possessoris heredibus rem totam possidet, l. *si possessor fundi* 53. ff. *de rei vin*

*dictas*. ad unum tamen ex pluribus antus venditoris heredibus id porrigendum non est; eo quod in commodato & rei vindicatione non nisi de restituenda possessione vel detentione rei questio est; qualis restitutus sequelam aliam non habet, quam possessionis translationem: at si quis ex emto ad tradendum adigatur, aut emptorem debet dominum facere, aut ei de evictione incipit devinctus esse, *l. ex pmo 21. §. Et in primis 2. ff. b. t.* per occasionem autem rei venditæ, penes unum heredem existentis, eum vel ad totius dominium transferendum, vel de rei totius evictione teneri, durum & iniquum foret: nam & si fundus ab omnibus heredibus per testatorem legatus sit, qui unius heredis esset, eum quidem, cuius fundus esset, non amplius quam suam partem præstaturum, ceteros in reliquis partes teneri, Iulianus scripsit, *l. si tibi homo 86. §. si fundus 3. ff. de legatis 1.* Confer Costalium ad *l. 55. ff. de rei vindic. in rei fin.*

3. Petitur hac actione, ut res vendita corporalis tradatur, incorporealis cedatur, aliove simili modo ejus quasi traditio fiat, una cum fructibus & tempore venditionis perceptis, omnibusque accessionibus vel speciali pacto comprehensis, vel ex generali emtionis natura præstari solitis. Nec quemquam turbare debet, quod a Juliano scriptum est, emptorem actionem ex emto pretium consequi, *l. cui res 29. ff. b. t.* Considerandum enim, illic agi de legatario, qui tam si sub conditione legatam imprudens emerat ab herede; cui cum res existente conditione ex causa legati quaesita esset, necesse erat resolvere venditionem ab herede factam, perinde ac si nunquam intercessisset, arg. *l. ult. §. sin autem 3. C. commun. de legatis*, atque adeo etiam, resoluta venditione, pretium reddi: eo modo, quo & actione emti ad pretium restituendum ob emtionem resolutam contenditur in facti specie, quæ est in *l. ex emto 11. §. si quis vitulum 5. ff. b. t.* quemadmodum & ex adverso venditor acti me venditi agit ad fundi venditi redditionem, postquam vi legis commissoria venditio resoluta fuit, *l. si fundus 4. ff. de lege commissoria.*

4. Sed ut apertius constet, quæ accessionis jure in emptorem transire debeant, per species nobiliores ire consuevit fuerit. Harro ergo vendito, dolia accedunt ibidem defossa, *l. dolia 76. ff. de contrab. emt.* non item fundo distracto, cum dolia non fundi nec villæ sed horrei instrumenta sint, *l. fundi nihil est 17. ff. b. t. l. Lucius Titius 93. §. collegio 4. ff. de legatis 3.* Unde & pacto speciali id actum legitur, ut fundo vendito dolia accedant, *l. qui fundum 60. §. pen. ff. de contrab. emt.* Nec adversus, quod usufructu fundi legato dolia, cuppæ & alia plura his similia legata continentur, *l. sed, si quid 15. §. proprietatis 6. ff. de usufructu & quemad. quis utat.* Etenim cura Jurisconsultus in ea lege facit mentionem domus & fundi, ac instrumentorum domus vel fundi usufructum simul legatum ait, per domum intelligere videtur omne urbanum prædium, in quantum omnia ædificia urbana prædia appellamus, §. *Insti. de servitut. prædior.* per fundum ex adverso prædium omne rusticum, adeoque & fundos in specie ad fructus querendos, & horres ad eosdem recondendos, horreorum autem instrumenta & accessiones sunt dolia defossa, cuppæ, torcularia &c. *l. dolia 76. ff. de contrab. emt.* Groenewegen ad *d. l. 76.* Si tamen id actum sit, ut fundo vendito certus accedat doliorum

numerus, ita pacto standum est, ut integra dolia ad istum usque numerum præstentur, non quassa, quoties vel tot integra in fundo sunt, vel, cum dolia nulla in fundo essent, aliunde coemenda forent: nam si doliorum numerus, contractu comprehensus, in fundo inveniatur connumeratis & quassis, liberari potest venditor integra, quæ reperta ibi sunt, & in subsidium quassa præstando, *l. quidquid venditor 27. l. pen. §. si dolia 1. ff. b. t.* Porro fundo seu agro vendito, vendita etiam intelliguntur omnia, quæ terra tenentur, arbores, vites, pomaria, sylva cædua, salicæ, arundinetæ, seminaria, metallifodina, lapidina, arena fodina, atque ipsi etiam fructus pendentes, tanquam fundi partes, si nihil horum nominatim exceptum sit, *l. qui fundum 60. §. fundi venditor 3. & 4. l. in lege fundi 77. ff. de contrab. emt. l. si post inspectionem 9. ff. de peric. & comm. rei vend. l. fructus pendentes 42. ff. de rei vindic. l. Iulianus. 15. §. si fructibus 10. ff. b. t.* Hugo Grotius *manud. jurispræd. Holl. libr. 3. cap. 16. num. 49.* Quia & strumenta ac sterculium, si in fundo sit, & fundi istius stercoreandi, non item vendendi causa comparatum, emptori cedere cum fundo vendito. Ulpianus notat, *l. fundi nihil 17. §. fundo vendito 2. ff. b. t.* Carpzovius *defus. for. part. 2. constit. 53. definit. 19.* Non tamen ad emptorem transeunt rura & cæsa ante venditionem, nec arbores ante dejectæ licet post inspectionem ab emptore factam id eo ignorante contigissat, *l. fundi nihil 17. §. si nulla 6. ff. b. t. l. in vendendo 66. §. ult. ff. de contrab. emt. l. in rurs 241. ff. de verb. signif. l. si post inspectionem 9. ff. de peric. & comm. rei vend. nec cum fundo vendito pisces, qui in piscinam studiose coniecti sunt, nec animalia in fundo vendito oberrantia aut pascentia, *l. lites & labra 15. in fine l. 16. ff. b. t.* Confer Manticum de *racis. & ambig. contract. libr. 4. tit. 16. num. 5.* & passim, Mozzium de *contract. emtion. & vend. tit. de a. verbalibus emtion. n. 56.**

5. Edibus distractis, non modo tradendi cum edibus sunt horti, qui in continentibus ædificii sunt, & habitationis commodioris ergo haberi solent, uti & stabula, quæ urbanorum prædiorum jure censerentur, velut ædium accessiones, arg. *l. prædior 91. §. qui domum 5. ff. de legatis 3. l. eo jure 4. §. 1. ff. in quib. caus. pign. vel hyp. tacite contrab. l. creditor 52. §. ult. ff. b. t.* confer *tit. de usufructu n. 21.* Berlichium *doctis. 191.* nec non media pars parietis, si venditor duas habens domos contiguas, pariete uno intermedio distinctas, unam vendiderit, ut dictum *tit. de servit. præd. urban. num. 15.* sed & insuper omnia præstanda, quæ ædificio inserta & inclusa sunt, quæque propter ædes perpetui usus gratia habentur, & quasi pars ædium sunt, veluti, puteal; lines & labra (de quibus Gothofredus in notis), salientes fistulæ quæ salientibus funguntur, licet longe excurrant extra ædificium, canales, castella plumbeæ aquatica, *l. Iulianus 13. §. ult. l. 14. l. 15. l. fundi nihil. 17. §. 7. & 9. l. si venditor 38. §. ult. ff. b. t.* adhæc tabulæ pædæ quæ protectorio includuntur, crustæque marmoreæ, *l. fundi nihil 17. §. quæ tabula 3. ff. b. t.* serra etiam & claves & claustra, licet terra se non teneant, *d. l. fundi 17. pr. ff. b. t.* ea insuper omnia, quæ ædificio ante venditionem eo erant detracta animo, ut reponerentur, *d. l. 17. §. pen. l. granaria 18. §. 1. ff. b. t.* Adde *l. malum 242. §. ult. ff. de verb. signif.* Non tamen ea, quæ temporali tantum usus gratia, & ad



præsens, in ædibus sunt, d. l. 17. §. *Labeo* 7. ff. b. t. adeoque nec reticuli circa columnas, nec plutei circa parietes, nec vela Cilicia; si vel ista vela frigoris vel umbræ causa, adeoque voluptatis gratia in domo sint, d. l. 17. §. *reticuli* 4. ff. b. t. junct. l. *quæritum est* 12. §. *si dominus* 16. ff. de instructo vel instrum. legato. Confer l. *malum* 242. §. *plumbum* 2. l. pen. ff. de verb. signif. Secus, si ideo vela Cilicia parata sint, ne ædificia vento vel pluvia laborent; tunc enim ædium instrumenta esse Cassius censuit, d. l. 12. §. *vela autem* 17. ff. de instructo vel instrum. leg. Sed nec ad emtorem transeant, quæ nunquam ædificio juncta fuerunt, etsi cum parata in finem, ut jungerentur, sive columnæ & marmora sint, sive tegulæ tegendi causa jam in domum allatæ, d. l. 17. §. pen. d. l. 18. §. 1. ff. b. t. Confer de ædium venditarum accessionibus Manticam de tacitis & ambig. convent. lib. 4. l. 15.

6. Illud urbanorum ac rusticorum prædiorum venditioni commune est, quod emtori præstari debeant libera ab omni onere servitutis, quæ a lege vel statuto imposita non est, si; ut optima maximeque sunt, empta fuerint; quod si vel simpliciter sint vendita, vel generaliter cum servitutibus impositis ac constitutis, ad ea libera præstanda venditor obligatus non est, nisi dolo malo servitutes a venditore dissimulatas appareat, l. 1. §. 1. ff. b. t. Idemque fere in tributis obtinet, ut tributorum emti prædii nomine præstandorum intuitu non teneatur venditor, nisi ea abesse dixerit, aut studio ac decipiendi causa dissimulaverit, l. si sterilis 21. §. si prædii 1. ff. b. t. l. si minor 9. C. b. t. Sed & vice versa nullæ præstandæ cum prædio vendito servitutes prædio debita, licet cum formula, ut optimum maximumque, venditum proponatur, nisi dictum nominatim fuerit, servitutes accessuram, l. pen. ff. de eviction. l. cum venderes 59. ff. de contrab. emtion. l. qui uti optima 90. ff. de verb. signif. l. si arborem 17. §. pen. & u. l. ff. de servit. præd. urban. Adde Brissonium antiquit. secl. lib. 1. cap. 19. quæ tamen, si prædio vendito acquisita fuerint, omnino præstandæ forent, licet id nominatim actum non sit; adeo ut venditor emtori teneatur ob dolum, cum venditor servitutum quasdam non commemorasset, sed sciens reticulisset, & ob id eas emtor non utendo amisisset, l. in vendendo 66. §. 1. ff. de contrab. emt. Quod si duarum ædium dominus eas diversis vendiderit, vel unam ex his, alteramque domum sibi servaverit, cum una aliarum stillicidium reciperet, vel tigna immissa, vel protecta aliaque similia, quæ non sine servitute habentur aut fiunt, magis est, ut emtores hæc prædia cum istiusmodi juribus, uni commodis, alteri incommodis, in emtores transferri non debeant, nisi aut nominatim servitus imposita sit, aut ædes sint venditæ cum adjectione illa uti nunc sunt, l. 1. ff. de servit. legata, l. si quis ædes 30. ff. de servit. præd. urban. l. in tradendis ff. commun. prædior. tam. urb. 7. quam rust. arg. l. Gaurus Marcello 10. l. si binarum 35. ff. de servit. præd. urban. Ac secundum hanc limitationem accipienda, quæ generalius a Neratio in l. pen. ff. de damno infecto, nec non a Papiniano ac Juliano tradita inveniuntur in l. binæ quæ 36. l. 37. ff. de servit. præd. urb. præsertim, si consideres, utramque coherere, per particulam idemque in pr. d. l. 37. auctorem autem legis 37. Julianum esse, adeoque eundem, qui

in l. 1. ff. de servit. legata notavit alium generalius respondentem, servitutem impositam videri; nec secundum ante dicta admisit id aliter quam si id actum esset. In quam sententiam etiam responsum extat inter Resp. Jurisc. Holl. pars. 2. consil. 145. pag. 287. licet contraria sententia placuerit Hugoni Grotio manu d. ad jurispr. Holl. lib. 2. cap. 36. num. 8. Confer Resp. Jurisc. Holl. pars. 5. consil. 75. pag. 253. Menochium de præsumption. lib. 4. præsumt. 144. numer. 2. 3. 4. Matthæus de Afflictis decis. 298. Cæpollam de servit. præd. urban. cap. 38. num. 6. Ant. Thesaurum decis. 216.

7. Arce vendita, tradenda simul videntur tormenta bellica, ejus tuendæ causa parata, tanquam quæ propter castrum ibidem habentur, arg. l. Julianus 15. §. ult. ff. b. t. Tiraquellus de retract. gentil. §. 1. gloss. 7. n. 96. Cujacius ad feud. lib. 2. tit. 2. in mod. Wissenbach ad Fund. b. t. vol. 1. disp. 37. num. 7. Parens p. mem. Paulus Voet de natura mobil. & immob. cap. 5. n. ult. castrum vendito vel territorio, transferenda etiam in emtorem jurisdictione, omniaque alia jura similia, quæ castrum coherent, Rosenthal de feudis cap. 12. conclus. 15. n. 40. & seqq. Mantica de tacit. & ambig. convent. lib. 4. tit. 16. num. 30. & seqq. ipsa quin etiam jura suffragii, nisi simul personæ qualitas, veluti nobilitas, ad jus suffragii requisita sit, nec talis in emtore deprehendatur. Vide Resp. Jurisc. Holl. pars. 2. consil. 144. Vivario distracto, vendita quoque videri possunt animalia, quæ propagationis causa vivario inclusa sunt: nec aliud in piscinis venditis piscium intuitu respondendum est, arg. l. possideri autem 3. §. item feras bestias 14. ff. de acquir. vel amitt. possess. junct. l. usufructuarium 62. §. 1. ff. de usufructu. & quemad. quis utat. Hugo Grotius manu. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 14. nam. 50. 51. Ant. Matthæus de oblig. disput. 15. n. 14. Confer Argentæum ad consensum. Brian. art. 76. not. 10. In quæstione, quid, taberna vendita, venditum intelligatur, dicendum videtur, ipsas quidem merces in ea existentes neutiquam distracta videri, sive simpliciter, sive instructa vendita sit, nisi nominatim merces quoque emtione comprehensæ sint, vel una cum taberna sint vendita ea omnia, quæ tabernæ exercendæ & instruendæ causa facta parataque sunt, arg. l. si ita testamento 15. ff. de instructo vel instrum. legato, ac respectu instrumentorum tabernæ distinctione opus est: nam si simpliciter taberna sit vendita, instrumenta in dubio non censentur venisse, sed tantum solum, seu locus ille, aut statio, in qua merces solent venales proponi; aut si publicus locus sit, tantum usus ejus ac jus merces illic venales habendi, arg. l. qui tabernas 32. ff. de contrab. emt. si vero taberna instructa sit vendita, omnia quoque instrumenta tabernæ cauponariz instrumentis comprehendi, dolia, vasa, ancones, calices, trullas, item urnas æneas, congiaria, sextaria, & similia, imo & ipsos cauponæ insitores, Paulus tradidit l. taberna cauponaria 15. ff. de instructo vel instrum. legato. & hoc puto velle Ulpianum, cum ait, instructam tabernam esse accipiendam, quæ & rebus & hominibus ad negotiationem paratis constat, sic ut illic per res non denotentur res venales, sed res illæ, seu instrumenta illa sine quibus exerceri taberna non potest, l. instructam autem 185. ff. de verb. signif. Nec his adversatur, quod taberna pignori obligata merces in

taberna obligata sunt, l. cum tabernam 34. ff. de pign. & hypot. Placuit enim istud ita in pignoris, tum ne aliquam nihil conventionem pignoris actum videretur, d. l. 34. tum quia obligatio mercium non ita nocet, atque quidem noceret venditio; cum pignoris datione firmetur tantum debitum, at non durius aut majus efficiatur. Confer Alciatum ad d. l. 185. ff. de verb. signif.

8. Ceterum non immobilium tantum, sed & mobilium distractorum accessiones sunt. Vino namque vendito, etsi dolia majora in terra defossa, quibus illud reconditum fuit, vendita non intelliguntur, quippe magis horreorum accessiones, ut ante dictum; minora tamen vasa, in quibus vinum ex dolis asportationis causa transfundi solet, una cum vino vendito in emptorem in dubio transeunt, l. vinum cum vasis 15. ff. de trit. vino vel oleo legato, arg. l. qui penum 3. ult. l. 4. ff. de penu legata, Cuiacius lib. 2. observat. 36. Godeus ad l. 203. ff. de verbor. signif. Menochius de præsunt. lib. 3. præs. 77. Ant. Matthæus de obligat. disp. 15. num. 13. Licet quandoque dolia cum vasis confundantur, & vasa dicantur, quæ eodem in textu semel iterumque dolia appellata erant l. 1. §. 3. de peric. & comm. rei vendita, l. fundi nihil 17. pr. ff. b. t. Sed & venditis avibus omnibus quas venditor venales habet, simul debentur aviaria portatilia, quibus aves inclusæ erant, cum & sub avium legato contineantur, arg. l. avibus legatis 66. ff. de legatis 3. a legatis autem ad venditionem circa accessionem argumentum procedere colligi potest arg. l. Julianus 13. §. ult. l. fundi nihil 17. §. fundo 2. ff. b. t. Adhæc equo vendito ephippium & frenum reliquæque ornamenta, quibus equus venditionis tempore ornatus aut instructus erat emptori deberi, nisi nominatim excepta fuerint, verius est, l. adiles ajunt 33. pr. ff. de edil. edict. Gomezius var. resol. tom. 2. cap. 2. num. 15. in pr. Mozzius de contract. tit. de naturalib. emi. & vend. n. 43. Christinus ad Leg. Mechlin. tit. 1. art. 27. in addit. in pr. Hugo Grotius manud. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 15. n. 25. Quin &, si navis jam ad iter aut piscationem exercendam parata, atque instructa apparatu piscatorio, annonæ nauticæ, similibusque, vendatur ita uti nunc est, (so het daar leyd) omnia illa quæ in navi sunt, non sola navis instrumenta, videri vendita, responsum est, Resp. Jurisc. Holl. par. 4. consil. 24. Licet aliquin navi simpliciter instructa aut cum instrumentis distracta; nil præter instrumenta navigationi necessaria debeat, ac ne scapha quidem secundum jus Romanum in emptorem transferenda fuerit; eo quod scapha mediocritate, nongenera, a navigio distat, & ideo instrumentum ejus esse nequit, l. ult. ff. de instruct. vel instrum. legato. Cujus tamen contrarium moribus nostris obtinere, statuit Groenewegen ad d. l. ult.

9. Non tamen emptorem servi sequitur peculium ejus, l. quoties servus 29. ff. de contrab. emi. Nec oves, vacca, vel equa vendita, in emptorem transferri debet hædus, aut vitulus, aut pullus equinus, venditionis tempore jam editus, nisi aliud actum sit arg. l. legatis servis 65. §. ult. l. servis legatis 81. §. ovibus 4. ff. de legatis 3. Non enim probanda vulgata interceptum distinctio, utrum fœtus animalis jam ad eam ætatem pervenerit, ut ali sine matre possit, & herba pasci, an vero fœtui interitus imminet, si a matre separetur; quasi hoc casu simul fœtus vendi-

Voet ad Pandect. Tom. III.

tus intelligi deberet; illo non item, Gomezius var. resol. tom. 2. cap. 2. num. 14. Mozzius de contract. de naturalib. emi. vend. num. 44. cum utique opinio ista neque ratione sufficiente, neque lege, firmata sit, nec id dicat l. si, ut certo 5. §. utique adeo 9. ff. commodati, l. quamvis 10. de precario, l. sed addes 19. §. si quis mulierem 7. ff. locati, quippe quæ de locatione & precario ac commodato agentes, ad emtionem haud transferendæ sunt; nec a custodia circa fœtum præstanda ad translationem dominii argumentum procedit.

10. Ita autem emptori res venditæ cum accessionibus tradendæ sunt, ut ei vacua acquiratur possessio, l. si in emtione 2. §. 1. ff. b. t. sive id nominatim actum sit, sive non. Si tamen expressa stipulatione cautum sit, vacuum tradi possessionem, vi stipulationis emptor rem quidem, at non fructus petere posset, quippe ad quos tunc magis actione ex emto contendendum foret, l. ratio. 3. §. si emptor 1. ff. b. t. quia ea actionis ex stipulatu aliisque stricti juris negotiis descendens natura est, quod quoties ea persequimur rem, quæ nostra non fuit, fructus non consequamur etiamsi mora facta sit, sed demum a tempore litis contestatæ, l. videamus 38. §. si actionem 7. ff. de usuris. Plane, si rem tradi vacuumque rei possessionem stipulatus esset, repetitio talis efficeret, ut & fructus ea viderentur stipulatione comprehensi, l. si stipulatus sit 4. ff. de usuris. Vacuum vero possessionem tradere venditor intelligitur, cum ita tradit, ut res possessori ab alio avocari nequeat, adeoque emptor in lite de possessione potior futurus sit, l. ex emto 11. §. idem Neratius 13. ff. b. t. Unde tradita non censetur possessio vacua, si alius in ea legatorum aut fideicommissorum servandorum causa in possessione sit, aut creditores bona possideant, aut venter in possessionem missus fuerit, & generaliter ratio possessionis, quæ a venditore fieri debet, talis est, ut, si quis eam possessionem jure avocaverit, tradita possessio non intelligatur, l. si in emtione 2. §. 1. l. 3. pr. ff. b. t.

11. Vacuæ hujus possessionis traditæ effectus est, quod, si venditor dominus fuerit, emptorem quoque dominum faciat; si non fuit, emptori tantum evictionis nomine obligetur, l. ex emto 11. §. & in primis 2. ff. b. t. dummodo meminimus, ita demum in emptorem dominium transferri traditione, si pretium numeratum fuerit, vel satis eo nomine factum, vel sine ulla satisfactione de pretio fides emptoris sit habita, l. quod vendidi 19. ff. de contrab. emi. d. l. 11. §. 2. ff. b. t. §. vendidi 41. Insti. de rer. divis. l. procuratoris 5. §. sed si dedi 18. ff. de tribus. art. Fidem autem de pretio habuisse censetur venditor, si in securitatem ejus fidejussores acceperit, aut pignora, aut aliam non absimilem securitatem, d. l. 5. §. 18. ff. tribus. art. d. §. 41. Insti. de rer. divis. arg. l. 1. §. item queritur 11. & §. si quis pignus 15. ff. de separation. si pretii novaverit obligationem, arg. d. leg. 1. §. illud sciendum 10. ff. de separat. si usus pretii receperit vel exegerit, sive in præteritum, sive in futurum adeoque in antecessam, arg. d. leg. 1. §. illud 10. in fine ff. de separation. leg. qui in futurum 57. pr. ff. de pactis, si indulserit emptori solvendi dilationem, arg. l. pen. C. de re judicata, l. qui ea lege 3. C. de pact. inter emi. & vendit. Quod si simpliciter rem venditor tradiderit, ac ab emptore au-

ferri passus sit, nec quicquam de pretii solutione dictum fuerit, neque quicquam eorum intervenierit, quam enumerata sunt, vix est, ut dicti debeat de pretio tunc fides habita; cum ita neque securus fuerit venditor redditus, neque ei satisfactum sit, neque ulum habita fidei indicium existat; atque insuper, admissa sententia contraria vix casus superfuturus esset, in quo non emptori intelligeretur de pretio fides habita, nisi cum nominatim id expressum esset, venditorem nolle sequi fidem emptoris, atque ita frustranea videretur illa Imperatoris admonitio, non aliter res venditas & traditas emptori acquiri, quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit, d. §. 41. Instit. de rer. divis. Confer Mollerum semestrium lib. 4. cap. 23. n. 3. §. 4. & seqq. Hugo. Grotium manud. ad jurispr. Holl. lib. 2. cap. 5. n. 19. Vinnium ad §. 41. Instit. de rer. divis. Resp. Jurisc. Holl. par. 4. consil. 217. Sim. van Leeuwen cens. for. par. 1. lib. 4. cap. 17. n. 20. & alios ibidem citatos.

12. An autem, & quando, res vendita & tradita, etiam post fidem de pretio habitam, vindicari per venditorem possit, latius expositum sit de rei vindic. n. 14. 15. Uti & plenius in tit. de acquir. rer. domin. explicandum erit, ex emptione aliisque similibus causis non aliter transferri dominium immobilium, & quae immobilibus hac in parte assimilata sunt, quam si traditio solemniter coram lege loci, aut in feudibus coram curia feudali, facta sit, soluto etiam quibusdam in locis tributo quadragessimae aut alterius partis pretii, sive pendenda.

13. Quandoque tamen praeter vacuum empti rei possessionem etiam alia per venditorem emptori praestanda sunt. Rerum namque fungibilium, nec non praedii ad quantitatem venditi admensuratio aut appensio venditori incumbit, arg. leg. quod capere 35. §. in his, qua 5. ff. de contrab. empt. l. 2. §. 1. ff. de peric. & commodo rei vend. de qua mentione ac quaestionibus circa eam, agendum pluribus tit. de solutionibus. Fundi venditi demonstrationem fieri necesse est, l. Titius heres 48. ff. b. t. Licet nominare confinium agrorum dominus venditor haud teneatur, quasi supervacua sit nominatio confinium post ipsos fines satis monstratos, l. cum servo 63. §. 1. ff. de contrab. empt. Ant. Matthaeus de auct. lib. 1. cap. 8. n. 17. Hugo Grotius manuduct. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 15. num. 13. neque etiam tradere emptori instrumenta ad probandam originem acquisitionis, seu docendum jus suum, necessaria; quippe quae monstrari seu ostendi emptori, ac ubi usus exegerit; exhiberi sufficit, ea lege, ut, postquam is emptor usus fuerit, venditori asservanda restituantur, arg. l. instrumenta 24. C. de fideicommissis, d. l. Titius heres 43. l. creditor 52. pr. ff. b. t. Groenewegen ad Grotii manud. d. lib. 3. cap. 15. num. 14. Carpovius defin. forens. par. 2. consil. 33. defin. 18.

14. Omnia insuper praestanda emptori commoda, cedenda jura, & actiones, quae rei venditae occasione per venditorem acquisita sunt, enumerata in t. de peric. & commodo rei vend. n. 9. Interponenda & cautio de his omnibus tradendis aut praestandis, si nondum venerit dies traditionis praefixus, vel traditio de praesenti aliquo casu impedita sit, arg. l. ex empto 11. §. idem Neratius 8. ff. b. t. l. emptor 24. C. b. t. l. in omnibus 41. ff. de iudiciis, §. & si rem 2. 3. instit.

de offic. iudicis. Ac denique solvendum id quod interest, si vel res aliena a sciente vendita sit, licet necdum evicta, l. servus, quem 30. §. 1. ff. b. t. (utcumque nominatim id actum esset, ne eo nomine quicquam praestetur, nisi & emptor sciverit rem alienam esse, l. tenetur ex empto §. ult. ff. b. t.) vel res sacra aut alias commercio exempta ignorantia dolo malo distracta fuerit, §. ult. inst. de em. venditione, l. qui officii 62. §. 1. ff. de contrab. empt. vel venditor malum confinem celaverit, quam emptor si audivisset, non fuisset empturus, l. quod capere 35. §. ult. ff. de contrab. empt. (quod tamen moribus non obtinere, monet Groenewegen ad d. l. 35. §. ult.) vel in mora tradendi sit, aut dolo vel culpa tali, quae per eum ex natura negotii vel conventionem praestanda est, fecerit, quo minus tradere possit; vel denique contumaciter tradere nolit, cum haberet tradendi facultatem. Neque enim venditor ad traditionem rei venditae praestare cogi potest, sed liberatur praestando id quod interest; tunc quia obligatio ad tradendum est facti obligatio; in omnibus vero faciendi obligationibus id obtinet, ut, qui factum non adimplet, praestationem pecuniaria ejus quod interest, desungi possit, l. si quis ab alio 13. §. 1. ff. de re iudic. §. ult. inst. de verb. obligat. tum quia nulla legibus via aut ratio est prodita, per quam districtae ad traditionem compelli posset; tum denique quia pluribus in legibus praestatio ejus, quod interest, venditori invenitur imposita, qui rem venditam praestatio sua tradere non vult, l. si traditio 4. C. de act. empti l. si iactum 12. ff. b. t. Nec est, quod excipitur, in emptione rem, non factum, in obligationem deduci, l. venditor ex hereditate 21. in med. ff. de hered. vel act. vend. ac vacuae possessionis traditionem non nudum esse factum, sed tale, quod continet causam bonorum, l. in conventionalibus 52. §. 1. ff. de verb. oblig. Etiam ita in emptione res in obligationem deducitur, ut circa eam interponi debeat facti praestatio, traditio scilicet vacuae possessionis: quae ipsa traditio etiam in se spectata nudum factum est, consistens quippe in datione de manu in manum, aut inductione in possessionem, aliove facto simili, quo contingit translatio possessionis; ac proinde ejusdem naturae est factum tradendi fundum & fossam fodiendi quantum ad praestationem ejus quod interest ob id, quod factum impletum non fuit, nec quisquam directio per rerum naturam ad factum cogi potest, l. stipulationes 72. pr. ff. de verb. oblig. nec aliam putationem esse, cur is, qui stipulatus est fossam fodiri, vacuam possessionem tradi, domum edificari, dicatur incertum stipulatus esse, l. ubi autem non 75. §. quid id 7. ff. de verb. oblig. quam quia incertum est, an implementum facti secuturum sit, an vero, quia factum non fuit praestitum, in pecunia condemnatio facti vicem sit suppletura. Quod autem in d. l. 52. §. 1. de verb. oblig. Ulpianus scripsit, vacuae possessionis traditionem non nudum factum esse, sed causam bonorum continere, non alio pertinet, quam ut significet, ex facto illo traditionis vacuae possessionis aliquid nostris bonis accedere, dominium nempe aut civilem possessionem cum usucapendi facultate, juxta l. ex empto 11. & in primis 2. ff. b. t. junct. pr. inst. de usucapion. quod non ita est in aliis factis, nihil post se relinquentibus, aut patrimonio adjicientibus, quale est factum eundi Romam, in Capitolium ascendendi, & quae hujus generis sunt alia plura. Nul-

larum quoque vtrium sunt, quæ ex nostra sententia a nonnullis educuntur absurditates; sic jus civile probare contractuum violationem, sic legis auctoritate frangi impune posse fidem datam, dum aliud in obligationem deductum fuit, aliud emptori invito obtruditur. Considerandum enim in obligatione quidem solam esse tradendi necessitatem, §. 2. *inst. de donat. d. l. 11. §. 2. ff. b. t. sed in liberatione esse præstationem ejus quod interest; quæ ipsa præstatio ejus quod interest ob rem non traditam perfidia ac contractus violati poena est, l. qui tibi 6. C. de hered. vel act. vend. ut proinde non impune ferat frangens contractus fidem; nisi quis eadem ratione contendendum putet, & dolum impune fieri, & facti nudi obligationes impune negligi, dum in contractibus dolum faciens, factumve nudum haud adimplens, non in aliud quam quanti adversarii interest damnari solet. Quin imo, pari jure dixeris, venditorem, qui dolo malo fecit, quo minus rem tradere posset, dum illam confregit consulto, vel in mare abiecit, vel alteri postea vendidit ac tradidit, impune fidem frangere, cum omnibus etiam dissentientibus placeat, hoc omnes ad id quod interest rem traditam non esse, oportere damari. Frustra quoque obtenditur, adversus venditorem refractarium paratam esse ablationem manu militari faciendam, quo fiet, ut emptor vacuum possessionem atque ita traditionis effectum consequatur, l. qui restituitur 63. ff. de rei vindic. Penitus enim attendenti apparebit, in d. l. 63. ablationem manu militari adhiberi, ut res iniquo ac contumaci subducta possessori ad verum dominum reverteretur, eique suum defendatur potentissimum dominii jus; quorum nihil in emptione contingeret per ablationem manu militari factam, dum res vero auferretur domino, ac dominium ejus tribueretur ei, qui dominus non est. Ne dicam, ablationem atque translationem dominii a domino in alium jure Romano iudicium & magistratum ordinariurum excessisse potestatem, ac solius Principis aut legis id fuisse: usque adeo, ut ne hypothecario quidem creditori, potentius in pignore jus habenti, quam emptor empta rei ac necdum tradita: intuitu habet, prætor dominium pignoris, emptorem toto biennio haud invenientis, addicere potuerit, sed solus Princeps, l. ult. C. de jure domin. impetr. nec alia prætoribus competierit per manum militarem inductio in possessionem, quam quæ missionis in possessionem tuendæ gratia interponebatur, dominium neutriquam inducto tribuens, sed tantum detentionem l. si quis missus 3. ff. ne vis fiat ei, qui in possess. miss. erit, l. si finis a sit 15. §. ubi autem 23. ff. de damno infecto. Non etiam adversatur, quod interesse nequeat duplum excedere, l. unic. C. de sent. quæ pro eo quod interest feruntur, & tamen venditor ne duplo quidem pretio oblato ab emptione possit rescire, aut ejus petere rescissionem, l. non est 6. C. de rescind. vend. Agit enim l. 6. de casu, quo contractus utrimque jam impletus erat traditione rei & pretii numeratione; a quo proinde recedi non poterat, nisi nova interposita venditione, l. ab emptione 53. ff. de pactis, ad quam de novo ineundam invitus nemo compellitur, nec dupli nec quadrupli facta oblatione, l. invictum 11. C. de contrab. empt. Pretii certe numeratio supponitur, quia non potest offerri pretium duplum, nisi ab eo, qui id jam recepit. Supponitur & traditio, quia, si venditor necdum tradidisset, supervacua*

ipsi foret petitio rescissionis; cum & retinere rem sibi potuisset, & alteri vendere ac tradere dominiumque in secundum emptorem transferre, non aliam subiturus perfidia: poenam, quam ejus quod interest præstationem, ut ante dictum, l. qui tibi 6. C. de hered. vel act. vend. Sed &, si vel maxime daretur, in d. l. 7. C. de re rescind. vendit. agi de venditione tali, ad quam necdum rei traditio neque numeratio pretii secuta fuit, non tamen argumentum, inde a dupli pretii oblatione petitum, ulla stringeret ratione; cum tempore Diocletiani & Maximiani, auctorum d. legis sextæ, nondum præstatio ejus, quod interest, ad duplum coarctata fuerit, sed omnino duplum excedere potuerit; dum a Justiniano demum inductum fuit, ne id quod interest, in casibus certis duplum egrediatur, per d. l. unic. C. de sent. quæ pro eo quod interest. Minus movet, quod ea ratione fieri possit, venditorem ex sua perfidia lucrum sentire, emptorem vero harere in damno, si forte res aureis centum emptori primo distracta deinceps trecentis aut pluris vendi potest, quo tamen casu emptor a venditore non ultra duplum, adeoque non ultra ducentos aureos nomine ejus quod interest consequeretur, l. unic. C. de sent. quæ pro eo quod interest. Et enim, aut tempore venditionis res aureis centum empta valebat trecentis atque tunc venditor non tam præstabit emptori id quod interest, quam potius ipse desiderabit suppleri pretium vel rem restitui, quia læsio ultra dimidium est, l. 2. C. de rescind. vend. aut ex adverso, cum tempore contractus non pluris valuisset res vendita, quam quanti distracta erat, aucto postea pretio cepit trecentis valere, ac eo casu totum, quanti emptoris interest, atque adeo etiam triplicatum pretium emptione expressum, venditor præstare compellendus foret; quia illud interesse fuit ex incerta causa, incremento scilicet incerto æstimationis temporis futuri post venditionem, dum præsentia quidem rerum pretia certa sunt, futura non item; in casibus vero incertis condemnatio in id quod interest intra dupli quantitatem coarctata non est, d. l. n. C. de sent. quæ pro eo quod interest. Leve insuper est, quod ajunt, parem emptoris ac venditoris obligationem esse; emptorem præcise cogi ut pretium solvat, venditorem ergo compellendum vicissim ut rem præcise tradat emptori. Diversitatis namque ratio in eo est, quod re non tradita in locum ejus subintrare possit præstatio ejus quod interest, & rei ipsius vice fungi; at pretii seu pecuniæ numeratæ vicem supplere nequeat id quod interest, cum omnia æstimet pecunia, a nullo æstimetur, nec, uti æstimatio rerum, quæ mercis numero habentur, in pecunia numerata fieri potest, ita pecunia quoque merce æstimanda sit, l. si ira fidejussorem 42. ff. de fidejussor. Non obstat denique, quod a Paulo scriptum est, cum qui alienam rem vendiderit, & medio tempore heres domino rei extiterit, cogendum implere venditionem, l. si quis alienum 46. ff. b. t. quæ coactio ad implementum excludere videtur liberationem per præstationem ejus quod interest, quippe ad quam ejus quod interest solutionem venditor etiam ante imperatrum successionis jure dominium devinctus erat, l. servus, quem 30. §. 1. ff. b. t. Respondendum enim, obligationem quidem ad tradendum, quæ & ante acquisitionem dominium nata erat ex venditione, firmari magis per supervenientem proprietatis acquisitionem; adeo ut, cum antea tradendo non dominium, sed tantum pos-

sessionem, in accipientem fuisset translaturus, nunc emtorem ex traditione dominum efficiat, *l. ex emtio 11. §. Et in primis 2. ff. b. t.* sed id non impedire, quominus & post acquisitum dominium prastatione ejus quod interest liberetur, maxime si consideres, etiam ante dominium quassitum venditorem ex ipso venditionis contractu obstrictum fuisse ad implendam venditionem, *d. l. 11. §. 2. ff. b. t.* Nostros vero mores quod attinet, scriptum quidem a pluribus invenio, venditorem habentem rei tradendae facultatem compelli posse, ut tradat, nec liberari prastando id quod interest. Neostadius *Curia supr. decis. 50. Groenewegen ad l. 4. C. b. t. Leeuwen cens. for. par. 1. lib. 4. cap. 10. num. 10.* atque ita emtori electionem a Grotio tribui, utrum post moram in tradendo velit acceptare a venditore quanti sua interest, an etiamnum mordicus urgere traditionis necessitatem, *Manud. ad jurispr. Holl. lib. 5. cap. 15. num. 26. 27. 28.* Neque hac dubium habebunt, si iudicibus nostratibus id vindicetur, quod ex officio suo veris dominis rem auferre & in alium transferre possint, uti hanc ipsis potestatem defendit Neostadius *d. decis. supr. Cur. 50.* Caterum si extremum illud, abductionem nempe ad inductionem in possessionem per manum militarem non ita facile nec promiscue adhibendam iudices censuerint, alterumque propositum a Neostadio cogendi modum amplecti malint, civile nempe venditoris custodiam (*Gyaelingr*) magis est, ut tunc adhuc Romani juris definitionem servari dicamus, in quantum tunc non aliud in reis ad tradendum compellendis adhibetur remedium, quam quod ad impe-trandum implementum obligationis ad alia qualiacunque sive nuda sive non nuda facta tendentis comparatum est; atque adeo adhuc verum erit, liberari venditorem prastando id quod interest, sicut evenit in omnibus facti obligationibus: quod & Neostadius haud diffidet, dum scribit, si venditor tadium carceris pervicacia evincat, & tradere nolit, tum demum emtori facti prastationem per iudicem aestimare licebit, pretiumque pignorum captis exsequi, venditore nihilominus carcere detento, dum pretium ex pignorum captorum distractione confectum, resque iudicata soluta fuerit, *decis. 50. in fine.*

15. Non tamen prastanda emtori per venditorem ea, quae tantum commendandi gratia, non ut prastaret, de rei bonitate dixit, nisi dolus concurrat, *l. sciendum 19. ff. de adil. edict. l. quod venditor 37. ff. de dolo, l. Julianus 13. §. si venditor 40. ff. b. t.* aut nisi temere asservaverit bonae frugi & fidum esse servum, quem vendidit, cum fur esset; eo quod, uti is, qui scit, pramonere debuit, furem esse, sic, qui id ignorat, non debet facilis esse ad temerariam indicationem, *l. Julianus 13. §. quid tamen 4. ff. b. t.* Sed de his latius *l. de adil. edict.*

16. Venditi actio, quae itidem personalis & bonae fidei est, venditori datur, sive rei venditae dominus sit, sive, cum dominus non esset, vacuum tamen traderit rei possessionem, *arg. l. ex emtio 11. §. Et in primis 2. in fine ff. b. t.* Neostadius *Curia. supr. decis. 125.* & utiliter etiam ei, pro qua procurator ex mandato rem vendidit, *arg. l. Julianus 13. §. si procurator 15. ff. b. t.* Si iudicis decreto per executores rei iudicatae res venditae sint, executoribus ipsis velut venditoribus, non item creditoribus, in quorum utilitatem cedit pretium, actio hac danda est, *arg. l. a Di-*

*Fio 15. et. sed si emtor 7. ff. de re judicat. Resp. Jurisc. Holl. part. 3. vol. 2. concil. 229. pag. 655.* Instituitur autem adversus emtorem, & utiliter etiam contra eum, qui emi mandavit, maxime, si cum constaret de mandato, nomen ejus, tanquam emtoris, insertum sit instrumento emtionis, ac merces mandati tradita sint, *arg. d. l. 13. §. 25. ff. b. t.* etiamsi tunc mandans procuratori pretium numerasset, venditori pro re vendita pendendum; nec hic persolverit, *Resp. Jurisc. Holl. part. 1. concil. 248.*

17. Quod si quis rem ea emerit lege, ut pretium solvat, quando voluerit, aut postquam fuerit Romam profectus, ipse quidem vivus conveniri nequit ut pretium prastet, aut Romam eat, quo nascatur exactio pretii, sed magis post obitum ejus adversus heredes demum ad implementum contractus agendi potestas est, quasi extincto jam illo volendi arbitrio, ex quo non ipse contractus suspensus erat, sed tantum implementum contractus pure celebrati, *arg. l. locatio 4. ff. locati.* Nec adversatur, *l. centesimis 46. §. pen. Et ult. ff. de verb. obl.* in qua Paulus ait, inutilem esse verborum obligationem, qua quis promittit centum, si voluerit, vel cum voluerit quidem ipse vivus non constituerit se velle obligatum esse; unde sequi videbatur, nostro quoque casu inutilem emtionem esse, si emtor ipse vivus Romam eundo non declaraverit, se velle debere. Etenim longe aliud est, totam venditionem, stipulationem, aliamve similem conventionem dependere ab arbitrio ejus, qui futurus est debitor; quo casu, uti stipulatio secundum *d. l. 46. §. pen. Et ult.* inutilis est, ita quoque emtio imperfecta censetur, *l. quod cap. 35. §. illud 1. ff. de contrab. emi.* aliud vero, emtionem pure contrahi, sed implementum ejus differri in tempus arbitrio emtoris ac voluntate definiendum, quod est in nostra facti specie; in qua tantum obligationis ad pretium solvendum, illico cum ipso contractu nata, executio suspensa fuit a voluntate emtoris; cujus proinde voluntas morte cessans, etiam non ultra suspendere potuit implementum a sola emtoris voluntate dilationem habere, *d. l. 4. ff. locati, Sande dec. Fris. lib. 5. t. 9. de p. 2.*

18. Tendit hac actio ad id, ut emtor pretium solvat, nummosque ita solutos accipientis faciat jure dominii, licet res aliena fuisset vendita, *arg. l. ex emtio 11. §. Et in primis 2. ff. b. t.* impensas restituat a venditore post venditionem in rem emtam factas, adeo ut & in funus servi venditi, sed ante traditionem extincti, erogata reddenda sint, *l. Julianus 13. §. praeterea 22. ff. b. t. l. pen. C. b. t. arg. l. 1. §. licet autem 3. ff. de peric. Et comm. rei vend. atque etiam sumtus in cibariis servi aut animalis venditi, si per emtorem steterit, quo minus ei traderetur, *l. si venditor 38. §. si per emtorem 1. ff. b. t.* Prastet insuper ea omnia, quae vel ex speciali pacto apposito, vel ex natura emtionis prastanda sunt, praecipue usuras ex mora; cum aequum videatur, ut, dum re fruitur emtor, usurae venditori cedant, *l. curabit 5. C. b. t. l. Julianus 13. §. veniunt 20. 21. ff. b. t.* quod & nostris moribus, quibus alioquin difficilior ex mora extrajudiciali usurae debentur, (*ut dicitur 2. de usuris*) in praediorum rusticorum & urbanorum venditione probatum est, ex quo illa fuerint emtori tradita, vel pensionis cujusque dies cessit, ubi annua bima trima die solutio pretii ex pacto fieri debet, *arg. l. Jan-**

*Et* 40. in mod. ff. de reb. creditis, Hugo Grotius manud. ad jurispru. Holl. lib. 3. cap. 15. n. 4. 5. Responsa Jurisc. Holl. part. 1. consil. 55. in fine. Appendix decisionum post resp. Jurisc. Holl. part. 3. vol. 1. pag. 41. in pr. nisi nominatim id actum sit, ut pensionum etiam illarum, quarum dies post demum cessurus est, usura pendantur, arg. l. si legatum 3. §. ult. ff. de annuis legatis. Neque ab hac usurarum obligatione emptorem liberabit, quod forte venditor sine futura numerationis apocham dederit, vel etiam grapharius per quandam gratificationem confessus apocha fuerit, nummos ex re, presente pecunia per auctionem publicam vendita, apud eum deponendos solutos esse, cum vere solutio non intercessisset, arg. l. C. plus valere quod agitur quam quod simulate concipiuntur, maxime si consideres, neque grapharios ista prae-dictos esse gratificandi potestate, sed nudos pecuniarum consignatarum custodes censeris; neque emptori impunitam esse oportere fraudem legi venditionis factam, Ant. Mat. de auction. libr. 1. cap. 13. n. 5. Neque quicquam facit in contrarium, quod apochis publicis non numerata pecunia exceptio opponi nequeat, uti nec confessionibus depositarum pecuniarum, l. in contractibus 14. §. 1. C. de non numer. pecun. cum id inter ipsos quidem illos, inter quos apochae tales fabricatae sunt, obtineat; aliis vero, quorum interest nihil clandestinis & domesticis simulari fraudibus, machinationes tales non debeant obesse, arg. tot. r. ff. qua in fraud. crediti. facta sunt ut restit.

19. Non etiam usurarum praestationi sese emptor jure subduxerit ex eo, quod ob imminentem rei venditae ac traditae evictionem denegaverit pretii solutionem, aut venditor noluerit illud legitimo modo oblatum acceptare; cum his in casibus oportuisset illud consignatum deponere; eo quod usurae pretii rerum venditarum non tam ex sola consideratione morae ex persona per interpellationem introductae, quam potius propter conventionem aut moram ex re debentur, nostris praesertim moribus: ne scilicet emptor simul lucratur usuras pretii & fructus rei, d. l. curabis 5. C. b. t. d. l. 13. §. 20. 21. ff. b. t. qualium usurarum cursus sola oblatione non sistitur, sed depositione opus est, l. acceptam 19. C. de usuris, arg. l. 1. §. ult. l. debitor usurarius 7. de usuris, ac proinde, licet venditori, fidejussores idoneos pro evictione tunc non danti, pretium emptor solvere non cogatur, l. pen. §. 1. ff. de peric. & commodo rei venditae, tamen nec in suos usus retinere potest, sed consignatum deponendum est, arg. l. evictis agris 18. §. 1. ff. de usuris. Joh. a Sande devis. Frisic. lib. 4. tit. 14. defin. 8. & multi alii ibidem citati, Fachineus controver. lib. 2. cap. 32. quas. 2. Carpovius definit. for. consil. part. 2. consil. 34. defin. 38. Berlichius part. 2. conclus. praef. 38. n. 15.

20. Non tamen hac actione consequitur venditor praeter usuras omne omnino, quod mora non facta consequi potuisset, veluti si negotiator sit, & pretio soluto ex mercibus plus, quam ex usuris, fuisset lucraturus, l. ult. ff. de peric. & commod. rei vend. Nam nec emptor ob moram in tradendo factam jure petierit lucri istius aestimationem, quod negotiando quzrera potuisset, impleta suo tempore rei venditae traditione, l. iustitulis 21. §. cum per venditorem 3. ff. b. t. Nec obstat l. arbitraria 2. §. ult. ff. de eo quod certo loco, cum id singulare sit in trajectitia pecu-

nia, quae negotiationis gratia certo loco numeranda erat.

21. Similiter ob pretium non solum non recte venditor contendit ad emtionis dissolutionem, reique jam per traditionem translatae restitutionem; sed magis ad implementum ejus experiendum est, l. incipile 12. C. de rei vindic. nisi ab initio id nominatim convenerit, ut ab emtione ob moram in ea implenda factam recedere liceat, l. venditi actio 6. C. b. t. Ac de eo casu, quo id nominatim actum fuit, accipi poterit rescriptum Imperatorum in l. cum te fundum 6. C. de pactis inter emi. & vend. si illico pro convenias legatur convenit, cum Cl. D. Noodt probabil. lib. 4. cap. 2. Quamvis & dici non inepte possit, retenta lectione d. legem intelligi posse de contractu innominato, & nata ea occasione conditione causa data causa non secuta. Exiguu scilicet pretio Rimulur (ad quem dirigitur rescriptum) fundum in Titium transtulerat, certae rei contemplatione inter eos habita, adeoque ut aliquid vicissim a Titio fieret aut praestaretur praeter pretium illud vius emtione expressum; cum autem Titius contractum hunc innominatum ex solatere haud impleverit, ajunt Imppp. eam rem Rimulur fraudi non fore, quando non impleta promissi fide dominii translati jus in suam causam reverti conveniat, id est, cum conveniat, seu aequum sit, non impleta promissi fide, adeoque non secuta causa, ob quam res viliori pretio distracta & sic data erat, jus dominii in suam causam reverti, ad Rimulur redire, intentata nempe conditione causa data causa non secuta adversus Titium, promissa non implentem, quam conditionem non ex vero, sed quasi ex contractu nasci, dictum fuit, tit. de condit. causa data. Atque ita facti species in hac lege sexta comprehensa coincidit fere cum ea, quae est in l. tenetur 6. §. si vendidi 1. ff. b. t. ubi Pomponius ait, si vendidi tibi insulam certa pecunia, & ut aliam insulam meam reficias, agam ex vendito ut reficias. Nec est, quod regeras, eo ipso, quo Pomponius in hac lege actionem ex empto dat ad insula refectorem, necessario sequi, negotium hoc non ad contractus innominatos, sed ad emtionem debere referri, adeoque inepte legem 6. C. de pactis inter emi. & vend. ita accipi, quasi non emtio sed innominatus contractus in eo proponeretur. Item, quod in quaestione, utrum emptio an permutatio sit, si ex uno latere res, ex altero latere res simul & pecunia defur, responderi solet, videndum scilicet esse in dubio, utrum plus in re sit quam in pecunia, an ex adverso plus in pecunia quam in re pecuniae addita, ut isto quidem in casu permutatio, in hoc vero emptio dici debeat; id huc quoque transferendum est. Scilicet, si in conventionem, ut ex uno latere res praestetur, ex altero pecunia & simul factum aliquid, plus sit in aestimatione facti, quod pecuniae danda junctum erat, quam ex ipsa pecunia, contractus innominatus erit, a potiori imposita denominatione, uti innominatus esset contractus, ubi tantum factum refectiois aut simile quid ex uno latere praestandum esset, secundum Pomponium & Neratium in d. l. 6. §. 1. ff. b. t. l. insulam hoc 6. ff. de praescrip. verbis, ac de eo casu accipi oportere legem 6. C. de pactis inter emi. & vend. satis inde colligi potest, quod fundus proponitur non venditus, sed exiguo pretio in alium translatus, certa rei contemplatione inter eos, qui contrahebant, habita; pre-

tum autem exiguum sine dubio censi debet minus dimidiato, arg. l. 2. C. de rescind. vend. cum ergo ea ratione praeponderaretur facti praestandi aestimatio, majorque esset exiguo illo pretio, quod intercesserat, non aliud videri poterat contractus quam innominatus do ut facias. Contra, si plus sit in pecunia numerata, quam facti implendi ac pecuniae adjuncti aestimatione, atque ita pecunia praeponderet, emptio magis quam contractus innominati species in tali conventionem contingeretur, ac de tali casu recte acciperis d. l. 6. §. 1. ff. b. r. ubi insula non simpliciter translata proponitur in alium, sed vendita, idque non exiguo aliquo pretio, sed simpliciter certa pecunia, cui certae pecuniae non factum adeo sumtuosum, sed tantum refectio alterius insulae, addita fuit, qualis refectio plerumque ad modicas tantum impensas per fructuarium maritum in rebus dotalibus aliosque similes faciendas, nec finito usufructu aut matrimonio soluto reddendas, pertinet, arg. l. usufructu 7. §. quoniam 2. ff. de usufructu & quomodo quis utar. l. omnino 12. l. pen. ff. de impens. in rem dot. factis, l. fructus eos esse 7. §. ult. ff. soluto matrim.

22. Quia vero nostris moribus frequens est, praedia pretio annua bima trima die solvendo vendi, & pensione prima soluta rem immobilem emptam coram lege loci ita solemniter transferri traditione, ut in pretium residuum res ipso traditionis tempore obligetur, cujus generis instrumenta obligatoria dicuntur *custing briefen*, & nummi inde debiti, *custing penningen*. Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 14. n. 56. 57.* hinc dubitari posset, an, si primus secundo praedium venderit pretio certis pensionibus solvendo, illudque pro pretio residuo particulatim statim temporibus pendendo obligatum coram lege loci solemniter tradiderit, secundus vero idem illud praedium rursus tertio distraxerit pretio itidem annua bima trima die numerando, cum jam pensionum prima venditionis dies unus alterque venisset, neque tamen solutio secuta esset; an, inquam, primus venditor differre teneatur exactionem pensionum illarum, quarum dies jam venerat, donec venerint & dies pensionum illarum, in quas venditionis secundae pretium divisum fuit? Sed cum res inter alios acta aliis non noceat, neque primus emptor alia lege rem in praedictum venditoris tradere emptori secundo cum effectu potuerit, quam qua primus venditor eam voluit in primum emptorem translata; consequens est, ut jure suo venditor primus recte praesertim petat solutionem illius partis pretii, cujus dies jam venit; aut alioquin praedium, tanquam jure pignoris sibi obnoxium, solemniter subhastationis decreto vendi curet; nisi emptor secundus intercedat, oblata pensionum, quae peti possunt, parata solutione, interusurium medii temporis, quo tardius ipse solvere potuisset, vicissim venditori secundo propter representationem in pretii solvendi partem imputatur.

23. In quaestione, uter prior contractum implere debeat, emptor an venditor; respondendum videtur, cum qui agit, sive emptor sit sive venditor, prius ex quo latere implere debere ac praestare omnia, ad quae praestanda ex illo contractu obstrictus est, ne alioquin per reum conventum exceptione contractus ex latere auctoris necdum adimpleri repellatur, l. Julianum 13. §. offerri d. l. qui pendentem 25. ff. b. r. l. adiles etiam 25. §. ult. l. si servus 57. ff. de adilis. editis.

l. ex his praedictis 5. in fine C. de coactione. l. singulari 78. §. pen. ff. de contr. empt. Zangerus de exception. pars. 3. cap. 22. num. 6. 7. Gratianus *discept. forens. cap. 525. in pr. Andr. Gayl lib. 2. observat. 17. Resp. Jurisc. Holl. part. 2. consil. 122. Groenewegen ad Grotii manud. jurispr. Holl. lib. 3. cap. 15. num. 9. & alii ibi cit.* Ut tamen exceptio contractus ex parte auctoris non impleti non per reum excipientem probanda sit, sed magis per actorem ipsum, ex contractu velut impleto agentem, implementum probari debeat; nam etsi regulariter verum sit, reum in exceptione actorem fieri, & gravari onere monstrandi exceptionis veritatem, l. 1. ff. de exception. l. si quidem 9. C. de except. non tamen id hic locum habet, tum quia totum auctoris fundamentum in contractu ex sua parte impleto consistit, ut proinde implementum illud ab adversario negatum docere teneatur; aequae ac probare teneretur contractum intervenisse, si & illud reus inficias iret, (de qua emtionis probatione vide Mascardum *conclus. 1409.*) tum quia reus in exceptione simplicem allegat facti negationem, cujus naturali ratione probatio nulla est, l. actor 23. C. de probatione. l. assertatio 10. in fine C. de non numerata pecun. Mascardus de probatione *conclus. 892.* Zangerus d. part. 3. cap. 22. Carpovius *definit. for. part. 1. consil. 10. def. 18.* Plane, in quacunque judicii parte objecta fuerit auctori exceptio contractus non impleti, liberum auctori est implementum quantocius offerre, atque ita efficacem reddere suam, quae laborare ab initio videbatur, petitionem, arg. l. si rem alienam 9. §. ult. ff. de pignorat. act. Gratianus *discept. for. cap. 325. num. 10.* Menochius de arbitrar. jud. libr. 1. quaest. 16. n. 6. Tiraquelhus de retract. gentil. §. 1. gloss. 18. num. 13. Quod si neuter contrahentium alteri fidat, non aliud superest, quam ut & rei mobilis venditae & pretii promissi sequestratio fiat, atque ita sequester venditori pretium, emptori rem praestet, l. si soluturas 39. in fine ff. de solution. vel uterque idoneam interponat de implendo contractu cautionem, arg. l. videamus 26. ff. de adilis. editis. Groenewegen ad Grotii *manud. jurispr. Holl. lib. 3. cap. 15. num. 8. in fine.*

## TITULUS II.

### Locati conducti.

#### SUMMARIA.

1. Quid sit locatio, proxima emtionis? Quid distet a promissione de facienda locatione? An locatio in longum tempus sit alienatio? an sit inutilis quae in longum tempus facta est, si non solemniter coram lege loci, ubi res immobilis locata jacet, facta sit, per distinctionem ex moribus explicatur. An prohibeatur alienare in longum tempus locare possit?
2. An ad locationem praediorum urbanorum & rusticorum scriptura opus sit in Hollandia & Ultrajecti?
3. Quae res locationem recipiant, quae non? An res aliena locari possit? An & quando per locationem dominium transcat?
4. An fructuarium, habitationem aut usum habeant, aut antichresin, possit res illas elocare etiam ipsi dominis rerum?
5. Conductor quando ipse rursus elocare rem possit, quando non?



6. De locatione operarum? qua locari possint? eligit quisque, cujus opera uti velit. Fallit id in molitoribus & molendinis privilegiatis (dwang-Molens). Nec praefecti navium bellicarum merces jure transvebunt.
7. Merces in locatione quibus veniat appellationibus? certa debet esse. Sape, licet conventionem non definitur, usu tamen certa est.
8. Merces in pecunia numeraria consistere debet; aliquando in parte fructuum. Quis sit colonus particularis, & an is potius possit remissionem mercedis ob sterilitatem?
9. Locationes sunt vel privatim vel auctione publica; auctione publica res fisci, Principis, civitatum, pagorum. De locatione, quamdiu locator voluerit; deque ea, qua per creatores sit ad tempus, quo pupilli majores erunt. An ea expiret per veniam aetatis, aut per nuptias? De locatione tacita. An pro ea obligati manant fidejussores & pignora prima conductionis? An & repetita tacite censatur clausula consensus in condemnationem, ac pena stipulatio?
10. In quantum tempus tacite repetita censatur conductionis, maxime in praediis rusticis & urbanis?
11. Apud nos nunc non ultra probata sunt tacite locationum continuationes in praediis rusticis & urbanis. Non etiam tacita continuatio est, si locator furem caperit vel moriatur, & finito locationis tempore nullus ei heres existat.
12. Qui plura scripserint de tacita conductione?
13. Finito locationis tempore, an primus conductor tantum offerens quantum novus, potior sit invito locatore? An non, si sit conductor praedii fiscalis? An fructuario elocante proprietarius extraneo conductori preferendus sit, si tantandem offerat?
14. Quid sit actio conducti? contra quos detur? Ad quid tendat? ubi de instrumentis actum aut fundi locati; de reparatione; de patientia tollendi ea, qua conductor suo sumtu fecit, & offerendi innoxia illata, finita conductione. An & reparandum sit conductori damnum, quod ex vitio rei locata passus sit?
15. Si quis separatim duabus eandem rem locaverit, vel suas operas, qui potior sit?
16. Recensentur casus, quibus conductor ante tempus expelli potest, nec tamen consequitur id quod intererat: ubi de eo, qui re locata indiges ad proprios usus; de necessaria rei locata reparatione; de abusu conductoris; de mora solvenda pensionis; de morte fructuarii & praebendarii, & fiduciarii, qui agros elocaverant, & quo utique per pensionis perceptionem proprietarius fideicommissarius aut successor praebenda consecutus confirmasse praecedentem conductionem? denique de agro, qui per boves captus, ab his elocatus est, si ante finem locationis iterum expellatur.
17. Recensentur casus, quibus expulsus ante tempus consequitur id quod intererat; sub quo & continetur, quanto pluris conductor primus secundo locavit. Ubi de eo, qui sciens vel ignorans locavit rem alienam; de fructuario, qui rem fructuariam locavit ut propriam; de fundo dotali per maritum locato, & an uxor soluto matrimonio stare teneatur tali locationi; & an pupilli locationi per tutores facta? An legatarius proprietatis aut ususfructus, aut emtor, locationi per defunctum aut venditorem facta? & quid noveris moribus in hisce obtineat?
18. Fortia licentia expellendi conductorem ante tempus non privata, sed publica auctoritate id fieri debet; debet & praecedere denuntiatio temperata, ut conductor sibi altius prospiciat in proximum migrationis tempus. Non impeditur expulsiōis licentia ex eo, quod conductori ipsum praedium conductum in securitatem conductionis obligatum sit. Nec ob quomvis abusum; sed tantum ob graviolem, arbitrio iudicis, conductor expelli potest.
19. Porro statuto, quod successor particularis stare teneatur locationi, etiam futuri temporis pensio ei solvenda est, licet conductor eam in antecuram jam solvisset locatori?
20. An literati ad migrandum egerere possint vicinos cum strepitu majorem artificia exercentium?
21. Quid sit actio locati? Quibus detur & contra quos? Si plures conduxerint, an singuli in solidum teneantur? An locatori primo actio detur contra secundum conductorem, saltem tunc, cum conductor secundus aliquoties primo solvit locatori? An conductor secundus solvens primo locatori liberetur?
22. Petitur hac actione merces integri temporis, licet conductor ante tempus migraverit, non habens migrandi causam. An cedat in conductoris ante tempus migrantis exonerationem merces illa, quam tertius pro reliqui temporis usu solvit; an magis cedat lucro locatoris.
23. Si conductor migret ex justa causa, non solidam totius temporis, sed tantum pro rata, mercedem solvit. Recensentur iusta migrandi causa; ubi de alienatione per locatorem facta; non praestito commodo usu rei; incursu hostium aut latronum; iusto metu ex ruina, peste violentiore, spestris. Non est justa causa, si conductor jure domini commodum suis usibus praedium acquisiverit.
24. An, & quando ob insolitam sterilitatem remissio mercedis facienda sit, vel non, prolixe traditur; an ob insolitam ubertatem merces augenda sit?
25. Qua sit insolita sterilitas, arbitrio iudicis definendum. Sterilitas aestimanda consideratis omnibus totius agri fructibus, non partium singulorum, dum quadam in vineis, quadam in arvis sunt. Quid juris, si paucissimi fructus nati maximo pretio venditi sint? Quid si fructus uberissimi pretio vilissimo? An uno vicinorum remittente, etiam reliqui remittere debeant?
26. Recensentur aliae causae, ob quas remittenda merces; ubi de eo, qui sine causa expulsus est ante tempus; vel cum ab initio usum non praestitisset, portea offert; vel longe maiorem dixit agri locati quantitatem.
27. Si opera conducti non sint, an nihilominus merces debeatur, explicatur per distinctiones; ubi & de nauta, qui vel suo vel mercatoris facto vel casu impeditur est merces transvehere, ex jure Romano ac moribus.
28. Si quis bona fide solverit, mercedem hostibus ea regione positam, iterato solvere non tenetur, si antea non fuerit in mora notabili.
29. Qualem culpam praestet conductor in re conducta, & quibus praecipue appareat culpa conductoris?

Ubi de forma rei conductæ per conductorem mutata, de citrario citium eversione, nauta fervente tempestate navigationem insolens, vadorum peritior non recipiente; fullone vestes permutante, aut patiente eas a muribus rodi; etiam de facio tertii per conductorem prestando.

30. Quando de culpa levissima conductor teneatur; ubi de artificibus gemmas includentibus, columnas transportantibus?
31. An, & quando conductor de casu teneatur? si artifex in rem alienam impenderit operam, & illa casu pereat, domino materia, artifici opera pretium perit.
32. Finisio tempore locationis res locatori reddenda. Quo modo puniatur jure Romano ac moribus, qui restituere non vult? An conductor possit locatori repetenti abjicere exceptionem dominii? An sortitus tanquam dominus intercedere possit, ne conductor restituat locatori? An retineri res conductæ propter impensas a conductore in eam factas?
33. Quid sit locatio operis? An eo includat conductorem operarum? & quid distet a locatione operarum & usus?
34. Locatur opus vel averione, vel in pedes mensuræ, vel in dies singulos constituta mercede. An redemptor operis possit alteri demandare operis implementum? & an ipse ex substitui facta teneatur?
35. De probatione & improbatione operis. Quis sit effectus, si probatio operis arbitrio locatoris permittatur? Quid si redemptor a præscripto recesserit ex voluntate locatoris? Explicatur, an, & quo usque committi possit arbitrio debitoris, an debeat, vel arbitrio creditoris, an sibi velit deberi.
36. De probatione operis per tertium faciendâ, an in tempus operis faciendâ prorogare possit? Quid juris, si inique, aut dolore, arbitrium interposuerit, aut interveniente dolo ipsius redemptoris? Si tertius nolit vel non possit arbitrari, non est nulla locatio operis, sed iudex tunc arbitratur.
37. De periculo operis, an illud ad locatorem, an ad redemptorem pertineat, per distinctiones explicatur. An post operis probationem periculum pertinet etiam ad locatorem probantem, si operis vitio opus collabatur? De operis necdum probati vitio quamdiu locator queri possit? Si plures sint redemptores ejusdem operis, an singuli in solidum conveniri possint, si opus non perfectum aut vitio suo collapsum sit?
38. Intra quod tempus opus redemptum absolute debeat? An agi possit ad id quod interest, vel opus alteri relocari possit ante lapsum temporis, quo perfici debuit?
39. Quo in loco opus faciendum sit? si alibi fiat, redemptor nihil agit. An valeat redemptio operis sine loci adjectione?
40. Quando operis redemptori solvenda sit merces, si de eo nihil pacto actum sit? An opere non perfecto, ut præscriptum erat, redemptori opus relinqui possit, an magis solvenda sit merces prorata diminuta? An operis retentio pro mercede promissa sit?
41. De contractu inter magistrum navis & exercitorem, magistrum & socios nauticos; dominos mercium & magistrum; magistrum navis præcatoria

& socios nauticos piscationi, operam navaturus remissive.

1. Proxima emtioni & venditioni in plurimis, ac iisdem prope juris regulis consistens, est locatio conductio, distincta a promissione de re elocanda: & a pactione de re non alteri quam Titio locanda; de quibus confer scripta tit. de contrah. emt. num. 2. cum locatio conductio sit ipse contractus, bonæ fidei, consensu constans, de usu vel opera cum mercede commutanda. Nam uti emtio & venditio contrahitur, si de pretio convenit, ita & locatio conductio contrahi intelligitur, si de mercede convenit, l. 1. 2. ff. b. l. pr. Instit. b. l. adeo ut neque scriptura opus sit, neque alia solemnitas desideretur, si modo contractus probationem habeat, tit. Instit. de oblig. ex consensu. Et quamvis in longum tempus, puta in decem aut plures annos, locatio contrahatur, non tamen ideo necesse videtur, ut secundum mores nostros coram lege loci perficiatur, quasi inde conductori jus aliquando in re nasceretur, quale jus in re non posse aliter quam coram lege loci immobilibus imponi, dicitur tit. de acquir. rer. domin. Etenim, cum inter omnes constet, ex modici temporis elocatione circa res immobiles celebrata nullum conductori acquiri jus in re, aut saltem non tale, ad cuius natiuitatem solennitas illa coram lege loci trahendi rem locatam requireretur; magis est, ut nec ex temporis longioris adjectione ullum conductori quæratursus in re, ne ex accidenti aliquo temporis, quod ne obligationem quidem inducere aut perimere potest, negotium classi iurium ad rem subductum, in numerum iurium in re transferatur. Neque dubitandum videtur, quin locatio in decennium, vicennium, longiusve tempus contracta locator ac heredes ejus personali actione conducti compellendi sint ad usum conductori relinquendum integro longo aut longissimo tempore in contractu definito; & vice versa per locati actionem conductor heredesque eius, ut maneat in conductione ac mercedes solvat temporis, utcumque longissimi, locatione comprehensi, arg. l. viam veritatis 10. C. b. l. 24. §. 3. C. de sacrosanct. Eccles. novell. 120. cap. locationes 3. In quantum tamen & Hollandiæ moribus, & novella decisione Ordinum Ultrajectinorum anni 1659. art. 19. invaluit, emtores aliosque successores stare debere locationi per venditorem factæ, contendendi forte non improbabilius possit, eo modo locationes in longum tempus non multum distare ab alienationibus aliis non nisi coram lege loci perficiendis, ad id, ut conductor ultra decem annos usum rei conductæ sibi posset arrogare invito eo, qui particulari titulo elocati prædicti dominium nactus est; ne alioquin via malignis pandatur fraudatoribus in necem creditorum clam elocandi in tempora longissima res suas immobiles, ob onus diuturnæ talis locationis procul dubio vili pretio in publicis auctionibus deinceps distraendas. Quo distinctionis temperamento, quod nempe privatim facta locatio ultra decennium firmitatem habeat inter contrahentes ipsos & heredes eorum, at non in præjudicium tertii successoris particularis aut creditorum, qui ea possent videri locazione in longum fraudati, dissidentium inter se DD. conciliatio tentari forte possit. Eoque facit, quod a Neostadio Curia supr. decis. 70. Ant. Matthæo param. Belg. juris. paramia 5. num. 13. a-

illisque observatum, in ipsis venditionibus solennem immobilium coram lege loci potissimum requiri, ne tertius ledatur, secundum ipsum proseum Carolinæ constitutionis, solennem istam traditionem præcipientis; ceterum emtoris & venditoris intuitu privatam venditionem simplicemque traditionem ita operari, ut venditor contra suum factum venire nequeat, aut rem emtori avocare, sed potius exceptione venditæ repellendus sit. Confer de hac in tempus longum locatione Groenewegen ad l. 9. C. b. t. & ad *Groenewegen ad l. 9. C. b. t.* & ad *Groenewegen ad l. 9. C. b. t.* *Holl. lib. 3. cap. 19. num. 21.* Sim. van Leeuwen *cons. for. part. 1. libr. 4. cap. 22. num. 5.* Abr. a Wesel *ad novellas consil. Ultrajectin. art. 19. num. 13. 14. 15.* ibique DD. cit. Nec dubitem, quin ex iisdem principiis jam propositis decidenda sit quaestio, utrum alienare rem prohibitus eandem possit in tempus longum locare, de qua *Tiraquellus de retract. gentil. §. 1. gloss. 14. num. 81. & seqq.* Sande de *prohib. alienatione part. 1. cap. 1. num. 45. 46. 47.*

2. Sed & ad locationes prædiorum tum urbanorum tum rusticorum secundum mores Hollandiæ & ditionis Ultrajectinæ nunc scripturam requiri, verius est: Statut. Ultraject. rubr. 7. art. ult. Politica Ord. Hollandiæ anni 1553. art. 31. vol. 1. pl. Holl. pag. 537. Et quamvis de urbanis proluxa ante hac inter Hollandiæ Jurisconsultos disputatio fuerit, aliis hic quoque scripturam ratione non improbabiliter desiderantibus. Resp. Juriscons. Holl. part. 1. consil. 263. aliis Instrumentorum necessitatem negantibus, & juris Romani dispositioni locum tribuentibus. Groenewegen ad l. 24. C. b. t. omnem tamen dubitandi rationem sustulit deinceps editum Ordinum Hollandiæ promulgatum 3. Aprilis 1677. vol. 4. placit. pag. 1057. quo cautum, ne sine scriptura ac charta sigillata prædiorum aut rerum quarumcumque immobilium locatio fiat; denegata locatori actio ad mercedem, legalique in invecis ac illatis hypotheca aut retentione; conductori vero adempta omnis usus persecutio; etiamsi utrimque locatio ac conductio in confesso esset, præter multam pecuniariam secus facientibus irrogandam.

3. Elocari possunt res omnes, quæ sunt in commercio, sive corporales, sive incorporales, si modo id caveretur jure Romano, ne prædia rustica a militibus aut curialibus conducantur colenda, l. si ignorans 50. ff. b. t. l. Curialis 30. l. 31. l. ult. C. b. t. (quod tamen non servari notat Groenewegen ad d. l. 31.) neve elocentur ipsa personalium servitutium jura, aut separatim sine prædiis reales servituties jam constitutæ, quippe a prædiis quorum qualitates sunt, seorsim non existentes, l. locare 44. ff. b. t. De cetero non interest, utrum res sint locatoris propriæ, an alienæ, cum ea ordinaria locationis natura sit, quod non solet dominium mutare, l. non solet 39. ff. b. t. licet negari non debeat, quin aliquando locationis occasione dominium transeat, non vi locationis, sed jure accessionis ex jure gentium, dum ædificata per redemptorem operis in alieno solo, soli domino acquiruntur, & tamen locatio est, in quantum artifex elocat operam suam, id est, faciendi necessitatem, secundum facti speciem in *h. i. si pretio 22. §. cum insulam 2. ff. b. t. l. jura. l. redemptores 39. ff. de rei vindic.* Nec dubium, quin & anomala quædam locatio sit; qua id agitur, ut non idem in specie, sed ejusdem generis reddatur, veluti cum argentum pa-

silatum fabro datur, ut vasa fiant, aut aurum, ut annuli: adeo ut & in creditum tunc itum intelligatur, l. in navum 31. ff. b. t. ac ad hujus generis conductionem respiciens videtur Javolenus, cum inter ea, quibus dominium transfertur, ipsam quoque recenseret conductionem, l. in omnibus 55. ff. de obligat. & act.

4. Ex eo autem, quod res aliena locari potest, descendit, quod & fructuarius elocare possit res fructuarias, l. arboribus 12. §. usufructuarius 2. l. non ait. ur 33. l. 39. ff. de usufructu & quemad. quis utat. & habitator ædes quarum habitatio ei legata est, §. pen. Instit. de usu & habit. & usum ædium spatiosarum habens partem earum, l. catenam 4. ff. de usu & habit. & creditor rei sibi pignori obligatas cum pacto antichresios, l. si pignus mihi 37. ff. de pignorat. act. l. creditori 23. ff. de pignor. & hypoth. usque adeo, ut hi omnes non extraneis modo, sed & ipsis rerum dominis eandem recte locent, d. l. 37. ff. de pignorat. act. l. res pignoris 37. ff. de acquir. vel amit. possess. l. Pomponius 29. ff. quib. mod. usufr. amit. Non obstante eo, quod rei suæ conductio nulla sit, l. neque pignus 45. ff. de reg. juris, licet quis errore lapsus rem propriam conduxisset, l. qui rem 20. l. ad probationem 23. Cod. b. t. adeo ut & ipso jure evanescat locatio, quamprimum conductor rei conductæ dominium adeptus est, l. si qui domum 9. §. ult. ff. b. t. Etenim ita demum rei suæ conductio utilis est, si alius nullum in re nostra jus adeptus sit; cum utique eatenus alteri jus in re nostra constitutum est, illa a nobis alienata intelligatur, & ita non ut nostræ, sed ut alienæ conductio sit.

5. Ipsi quin etiam conductori licitum rem alteri rursus elocare, l. nemo prohibetur 6. C. b. t. l. solutum 11. §. solutum 5. ff. de pignorat. act. l. si sibi 7. l. si in lege 24. §. si colonus 1. ff. b. t. idque vel in totum vel pro parte, l. si vero plures 5. §. 1. fin. de bis qui offund. vel deiec. l. qui insulam 30. ff. b. t. nisi conductor secundum ejus conditionis sit, ut magis utendo nociturus si rebus conductionis quam primus, aut illis usibus rem locatam destinaturus, arg. l. si cuius rei 13. §. ult. §. de usufructu & quemad. quis utat. Gomezii variat. resolut. tom. 2. cap. 3. n. 11. Christinus ad leg. Moelinien. tit. 6. art. 10. §. 2. vel nisi conductor primus agri sit colonus partiarius, quippe qui fructus cum domino dividens quodam societatis jure, alium domino socium, quem is haud elegit, obtrudere non potest, arg. l. si merces 25. §. vis major 8. in fine ff. b. t. junct. l. qui admittitur 19. l. actio 65. §. societas 11. ff. pro socio. Neostadius Curia sup. decis. 31. aut nisi aliud nominatim convenerit, d. l. nemo 6. C. b. t. potest enim id pacto locationi adjecto agi, ut conductori non liceat alteri rursus elocare, adeo ut & lex commissoria recte apponatur, ut nempe res hoc ipso, quo per conductorem elocatur tertio, destinata locata esse, ac ad dominum ante finitum locationis tempus revertatur, vel etiam pænæ stipulatio efficax concipiatur in casum, quo alteri locatio facta fuerit. Appendix decis. post Responsa. Jurisc. Holl. part. 3. vol. 1. p. 47. Respons. Jurisc. Holl. part. 2. consil. 200. Quin imo nostris moribus obtinuit, agros locatos non posse per conductorem sine domini locatoris voluntate sublocari, edit. Caroli V. anno 1515. vol. 1. plac. Holl. pag. 363. 364. quod firmatum edito politico Ord. Holl. 1530. art. 50. d. vol. 1. pag. 537. Neo-

stadius *Curia sup. decr.* 13. ac in aedibus rursus sublocandis arbitrio domini relinquitur, an novum conductorem admittere velit, an quodam jure protimesios sibi rem eadem mercede retinere, excluso conductore. Christinus *ad Leg. Mechlin. tit. 8. art. 7.* Leuven *cons. for. part. 1. lib. 4. cap. 22. num. 9.* ubi & statuta plura recenset. *Wassenaar praed. judic. cap. 7. num. 18.*

6. Praeter usum rerum elocantur & opera, tam liberorum hominum quam servorum mercenariis, non alia, *l. naturalis §. 5. ac cum do 2. ff. de praescript. verb.* non liberales advocatorum similiumque, quibus salaria, non mercedes, praestari solent, juxta *l. 1. & tit. tit. ff. de extraordin. cogit.* Et quamvis aequum plerumque habeatur, libero cujusque arbitrio relinqui, quorum operas conducere ac adhibere velit, dum inter artifices longa saepe differentia est & ingenii, & doctrinae, & instructionis, & fidei, diligentiae, sedulitatis, similiumque, unde multum referre potest, cuius quisque opera atque ministerio utatur, *l. inter artifices §. 1. ff. de solut. moribus* tamen nostris quandoque illa eligendi libertas invenitur denegata; veluti in tritico molendinis conterendo, in quantum molendina quadam, & eorum intuitu molitores, privilegio donati sunt, ne regionis incolae aliis molitoribus frumenta dent comminuenda, nisi mercedis parte tertia, aut alia, molitori privilegiato depensa: quia molendina inde etiam vulgo de *Wammegmolens* dici solent, ac in ea inveniuntur Hollandiae parte, quae Beyerlandia appellatur, *decretum Ordin. Holl. 29. Octob. 1657. vol. 2. placit. Holl. pag. 2487. Waarschouwings van de Rekenmeesters per dominyum van Holland. 19. May. 1661. d. vol. 2. pag. 2653. in fine.* Quemadmodum ex adverso quoque variis Ordinum Generalium edictis vetitur, ne navium bellicarum praefecti merces recipiant transvehendas, & novissime 14. Novembr. 1670. vol. 3. placit. pag. 1370 ubi & anteriora recensentur.

7. Pro usu vel operis merces constituenda, (quae subinde pretium, quandoque & manupreium appellatur, maxime, quando solvitur pro opere manu facto, ut docet Brissonius *antiquit. lib. 4. cap. ult.*) eaque certa vel ab initio, vel ex post facto, dum in arbitrium tertii certi, non incerti, confertur mercedis determinatio, *l. si mercor 25. ff. b. t. eodem modo*, quo id in pretio emtionis obtinere dictum *tit. de contrab. emt. num. 23.* Quamvis etiam aliquando a lege vel consuetudine mercedis determinatio facta fuerit jure Romano, hodieque fiat, *novell. 122. Rittershusius ad novellas part. 3. cap. 13.* Hocque nititur fundamentum, quod a nonnullis scriptum est, elocato usu operis sine expressa mercedi mentione aut definitione, locationem nihilominus efficacem esse, ac usu operis praestito, eam videri mercedem tacite in conventionem deductam, quae ex consuetudine promitti solet.

8. Consistit autem merces regulariter in numerata pecunia, exemplo pretii in emtione, non item aliis in rebus, *§. 2. Inrit. b. t. nec uno in nummo, l. si quis conductoris 46. ff. b. t. nec in parte fructuum nisi quod ab initio conveniri potest, ut locator frumenti certum modum certo pretio quotannis perciperet ex fundo locato, l. red adder 19. §. si dominus 3. ff. b. t. quodque favore agriculturæ permissum fuit agrum certa fructuum ponderatione vel mensura locare, l. si oliv. 21. C. b. t. quo etiam casu propter insolitam*

sterilitatem minui quantitatis fructuum promissa praestationem, rescriptum est, *l. concepta tempo c. 16. C. b. t.* Quod si non certa fructuum ponderatio, sed portio pro rata eius, quod in fundo nascetur, dimidia forte vel tertia, constituta fuerit, colonus partiaris dicitur, magisque conventio talis ad societatem quam conductione accedit, dum partiaris hicce colonus quasi societatis jure & damnum & lucrum cum domino fundi partitur, *l. si mercor 25. §. vis major 6. in fine ff. b. t. arg. l. cum duobus 52. §. utrum ego 2. §. ff. pro socio, l. si pascenda 8. C. de pallis.* Unde & tunc de mercedis remissione quaestio esse nequit, quippe mercede nulla vere in conventionem deducta, arg. *d. l. 25. §. 6. ff. b. t. Abr. 2. Wesel de remissione mercedis c. d. n. 1. & alii plures ibidem citati.*

9. Formam modumque locationis quod attinet, primo quidem vel privatum vel publica auctione fieri potest, arbitrio locatoris: eo excepto, quod rerum fidei, vel Principis, vel civitatum (hodie etiam pagorum) elocatio auctione publica peragi debeat, quod pluribus firmat Ant. Matthaeus *de auction. libr. 1. c. 3. num. 6. 7. 8. 9.* ac fieri solere testatur Sim. van Leeuwen *cons. for. part. 1. lib. 4. cap. 22. num. 15.* Sed & secundo vel ita contrahitur, ut certi temporis finem habeat, puta anni, biennii, quinquennii; vel ita ut incerta sit duratio ejus, veluti, *quamdiu locator voluerit*; quo casu & morte locatoris, & voluntatis contrariae declaratione, per locatorem vivum facta, eam precarii exemplo fieri placuit, *l. locatio precarii 4. ff. b. t.* Hocque etiam pertinent illae, quae a minorum curatoribus subinde conscribantur usque ad illud tempus *quo pupilli majores erant*; in quantum incertum est, an secundum rei veritatem ex annis, an vero necdum impleto legitimo annorum numero per impetratam aetatis veniam, aut nuptias ex nostris moribus, ad majorenitatem inque suam tutelam perventuri sint. Locationes enim usque ad majorenitatem a tutoribus factas etiam venia aetatis aut nuptiis intervenientibus expirare debere probabile est, quasi id gerant tutores, ut cum administrationis curatoriae fine locationis quoque finis esset, Charondas *lib. 4. respons. 46.* Christinus *ad Leg. Mechlin. tit. 10. art. 27. in notis in fine.* Abr. a Wesel *ad novellas constit. Ultraject. art. 13. num. 17. 18.* Denique & in locationibus tacitis id evenire solet, ut temporis incerti finem locatio habeat, si modo tacitas excipias rusticorum pradiorum locationes. Quod ut magis in aperto sit, sciendum, non expressas tantum, sed & tacitas locationes in jure probatas esse: quae ratione, si impleto tempore, quod ab initio conductioni appositum est, conductor usum haud restituat, sed locatore non contradicente perseveret uti, tacite continuata seu repetita videtur locatio una cum obligatione pignoris, quod in primae conductionis seu pensionis securitatem suis in rebus conductor constituerat, non item fidejussorum, qui pro primo intervenerat contrahe, neque etiam rerum ad alium quam conductorem pertinentium, dum vel tertius res suas prioris conductionis pensionibus devinxerat, vel conductor ipse res alienis domino consentiente aut ratum habente; nisi & fidejussoris, aut domini rerum pignoris nexu obstructum, repetitus in obligationem consensus concurrat; quippe quos sine sui voluntate obligari, aut rerum suarum obligationem pati invitos, iniquum esset, *l. si non*

quaritur 13. §. qui impleto 11. l. 14. ff. b. t. l. si, cum Hermes 7. C. b. t. arg. l. novatione 4. C. de fidejussoribus. Quod si prima conductionis instrumentum inserta sit formula parata executionis, sed secundum mores nostros consensus in condemnationem ad ea, quae ex conductionis lege praestanda sunt; non animadverto, cur non etiam ille in condemnationem consensus ad tacite repetitam procedatur conductionem: cum utique iisdem legibus prior constabat conductio, intelligatur quisque recondaxisse quoad ejus fieri potuit, dum lapsu primi contractus spatium remanebat in conductione; neque sufficiens diversitatis ratio reddi possit, quare magis vinculum pignoris in secundam perduraret conductionem, quoties obligatio ejus ab arbitrio conductoris pendet, quam perseveraret clausula assensus in condemnationem, quae aequae spontanea processerat conducentis voluntate, ac ejus expressa potuisset conventionione renovari. Dissent. Matth. de Alfiectis decis. 365. n. 15. Menochius de praesumpt. lib. 3. praes. 85. n. 46. Christinaus ad leg. Mechlin. tit. 8. art. 8. n. 6. in addit. & perique D. quibus & ideo placet, nec penam conductioni priori appositam in tacita conductione videri repetitam, Mantica de sac. & ambig. convent. lib. 5. tit. 15. num. 23. sed sine fundamento, ut not. Brunnemanus ad d. leg. 13. ff. b. t. num. 14. 15.

10. Tempus, in quod tacito consensu conductione continuata videtur, pro rerum varietate varium est. In praediis enim rusticis, naturales aut industriales fructus ferentibus, usque ad annum reconductio facta censetur, eo quod plerumque intra anni inchoati ac vertentis spatium omnis fructuum nativitas, incrementum, atque perceptio absolvi, annuatimque redire solet, d. l. 13. §. 11. ff. b. t. Unde si non annis singulis, sed vel unoquoque demum biennio, quadriennio, aut quinquennio, veluti in sylva caedua, fructuum perceptio ex more regionis aut ex fructuum natura fiat, magis est, ut in longius illud tempus, quo semel perceptio fructuum initium ac finem habere atque ita absolvi potest, tacite colonus reconductisse intelligatur. Gomezus var. resolut. tom. 2. cap. 3. num. 15. in mod. In urbanis autem praediis aliisque rebus quotidie sui usum praebentibus, nec non in operis fumentorum ac sarvorum eo jure utebantur Romani, ut prout quisque habitasset, aut usus esset, aut operam receperat praestationem, ad mercedem obligatus esset, ac de cetero omni die migrandi vel usus abdicandi habere potestatem, d. l. 13. §. 11. ff. b. t. nisi in scriptis certum conductionis tempus comprobatur sit, ut loquitur Ulpianus in d. l. 13. in fine id est, nisi scriptura primae locationis comprehensum fuerit, in quantum temporis spatium censi deberet tacite repetita conductione, cum quo conductor impleto tempore prima conductionis in conductione remanisset. Quo modo nunc apud nos, & aliis plurimis in regionibus ita jus est, utedium, famulorum, ac ancillarum conductione per silentium utriusque post primi temporis finem usque ad proximum migrandi terminum continuata habeatur, dum per statuta aut consuetudines inveteratas definita inveniuntur certa ex aedibus migrandi tempora, certi operarum a famulis ac ancillis elocatarum fines, simulque necessitas imposita denunciationis maturae faciendi per eos, qui finito locationis tempore usum operave recipere ul-

tra nolunt, aut in posterum praestare, ut lippis tonsoribusque notum. Vide Leeuwen *cons. for. par. 1. lib. 4. cap. 22. n. 6.* & 15. Groenewegen ad l. 16. C. b. t. Wassenar *pract. judic. cap. 7. n. 22.* Sande *decis. Friis. lib. 3. tit. 6. defin. 1.* Abr. a Wesel ad *novell. consit. Ultraject. art. 19. num. 3.*

11. Notandum interim, nunc in Hollandia nullas amplius tacitas praediorum sive rusticorum sive urbanorum admitti posse conductiones, ac continuationes ex quo placuit, nullam omnino esse & inefficacem utrimque praediorum urbanorum & rusticorum locationem, quae in scripturam, charta sigillata comprehensam, redacta non est, ut ante dictum n. 2. Non etiam posse tacitam concipi locationis redintegrationem, si locator furere coperit, aut moriatur, & nullus ei finito locationis tempore heres existat; cum his in casibus tacita voluntatis declaratio intelligi nequeat, l. qui ad corum 14. in fine ff. b. t. arg. l. certo 6. ff. de precario. Secus, si heres aut curator locatoris furiosi conductorem finito tempore relinquit in conductione.

12. Plura de tacita conductione vide apud Brunnemannum & DD. ad d. l. 13. §. ult. ff. b. t. Menochium de praesumption. lib. 3. praesumpt. 85. Maccardum de probation. conclus. 994. Mantica de tacit. & ambig. convent. lib. 5. tit. 15.

13. Quia vero locatio consensu constat, sequitur, finito primo locationis tempore locatoris in arbitrio esse, utrum eundem conductorem consentientem volentemque in eadem conductione retinere velit, an magis alteri rem elocare dimisso priore; adeo ut conductori primo jus non sit, eadem oblata mercede, quam novus conductor promissit, eundem excludendi, sibi-que velut jure quodam retrahat praestationem vindicandi, l. ne cui liceat 32. C. b. t. qualis consuetudo seu potius corruptela, cum superioribus seculis invaluisse, merito per edictum Caroli V. reprobata fuit, nisi tale jus nominatim conductori primo per adjec- tam primae locationi praestationem datum appareat, convenienter d. l. 32. C. b. t. *Edict. Car. V. anno 1515. vol. 1. placit. Holl. pag. 363.* quod & plenius renovatum edicto Ordinum Hollandiae, poenis gravioribus in eos propositis, qui novos colonos meru, minis, aut vi terrere vel turbare ausi fuerint, *Politike Ordon. Jun. 1530. art. 30. & seqq. d. vol. 1. pag. 337. & placito anni 1658. 26. Sept. vol. 2. placit. pag. 2515. & seqq.* ac aliis quoque in locis observatur, ut apparet ex iis, quae habet Sande *decis. Friis. lib. 3. tit. 6. defin. 2.* Carpzovius *defin. for. par. 2. consit. 37. defin. 8.* Et quamvis jure civili praediorum publicorum conductoribus hoc privilegium indultum fuerit, ut inviti de praedio conducto haud expellantur, si oblata per novos conductores augmenta & ipsi suscipiant, l. congrui 4. C. de locat. praedior. civilium, id-que etiamnum in Frisia atque Saxonia servari testatur Sandius, Carpzovius d. l. tamen ne tales quidem in Hollandia reliquisque Belgii locis, ut & apud Gallos, hac in parte a ceteris rerum privatarum conductoribus separari solent; tum quia nec inviti nunc ad repetitam compellantur conductionem; tum quia colonorum defectus penes nos tantopere metuendus non est, ut praemiis aut privilegiis ad publicorum conductionem invitandi forent; uti testes sunt Christinaus ad *Leg. Mechlin. tit. 8. art. 8. num. 4. 5.* Ant. Matthaeus de *auction. lib. 2. cap. 2. n. 8. g.* Groen-

wegen ad d. l. congruit 4. Cod. locat. prad. civil. Loeuwen cent. for. part. 1. lib. 4. cap. 22. n. 16. Quod si fructuarius secundum concessam legibus potestatem fundum fructuarius alteri locet, proprietatis dominum mercedem eandem offerentem non oportere extraneo praeferi conductori, nec speciem quandam retractus exercere posse, verius est, nisi id nominatim per consuetudinem proprietario datum appareat, uti id concessum lege Mechliniensis t. 8. art. 4. ubi Christinaus. Alioquin enim, cum retractus praeter communes juris regulas inductus strictam recipiat interpretationem, nec extensionem pati debeat, ut dictum sit de lege commissor. n. 9. denegari fructuario non debuit conductoris suo arbitrio eligendi licentia sine limitatione per leges tributa, l. arboribus 12. §. usufructuarius 2. ff. de usufructu & quemad. quiritat. Tiraquellus de retract. gentil. §. 1. gloss. 7. num. 55. & quilibet. reqq. Castillo Sotomajor de usufructu cap. 74.

14. Nascitur ex hoc contractu duplex actio, locata scilicet & conducti. Conducti actio est personalis bonae fidei, quae datur conductori & heredi ejus, adversus locatorem & ejus heredem; non item contra successorem particularem, qualis est donatarius, legatarius, emtor, alique, de quibus latius in sequentibus num. 17. ad id, ut usus vel operae praestentur, & simul ea omnia, sine quibus commode quis uti nequit: non in numero sunt instrumenta praedii elocati, recensita plenius in l. sed addes 19. §. illud nobis 2. ff. b. t. (quae tamen moribus non praestari, nisi fundo affixa sint, vel alias nominatim id actum sit, monet Groenewegen ad d. l. 19. §. 2. ff. b. t.) & resectio necessaria aut restitutio ostiorum, fenestrarum, tectorum, similiumque vetustate vel aliter nimis corruptorum, l. ex conducto 15. §. compensis. 1. l. si mercor 25. §. si vicino 2. ff. b. t. Christinaus ad Leg. Mechlin. tit. 8. art. 9. nisi conductor quotidianae refectiois onus suis impendiis in se receperit, vel corruptio tali conductoris culpa, qualem ex natura contractus praestare tenetur, conductus rebus illata sit, d. l. si mercor 25. §. 3. & 4. ff. b. t. Adhuc, ut locator patiat, conductorem tollere ostia & alia quae suo summo in re conductae fecit, quatenus ablatis fieri sine rei detrimento potest, l. sed addes 19. §. si inquilinus 4. ff. b. t. patiat & tolli investita illata usque adeo, ut si dominus adeo coangustaverit aditum aditum, ut illata iterum efferi nequeant, teneatur rursus eundem dilatare, d. l. sed addes 19. §. si inquilinus arcam 5. ff. b. t. Praestetur denique reparatio damni totius, quod conductor ex rei conductae vitio passus est, sive sciverit locator vitium illud, sive ignoraverit, quoties circa rem locatam artificum versatur, & locator artifex est; quippe qui tunc utique scire debuerat, quae auz artis erant; quo pertinet id, quod de dollis vitiosis elocatis, unde vinum effluxit, Jurisconsultus ait, ignorantiam locatoris haud excusatum esse. Nam si id elocatum sit, circa quod nulla versari solet artis professio, dum saltus pascuus locatus fuit, in quo mala herba nascebatur, unde animalia conductoris demortua aut deteriora facta sunt; non aliter ad id quod interest conveniri locator potest, quam si vitium subesse sciverit; ignorantem succurritur haecenus, ut mercedis remissione liberetur l. sed addes 19. §. si quis dolia 1. ff. b. t. arg. l. Julianus 13. pr. ff. de act. emi.

15. Quod si duobus separatim res eadem, veluti

domus, in solidum elocata fuerit, unus ipsius intuitu potior haberi debet, cui prius a locatore usus adium concessus est, sive is prior sive posterior conductor sit: cui consequens est, ut conductor alter ob non praestitum rei usum ad id quod interest contra locatorem experiat. Si enim rem duobus separatim vendens posteriorem traditione rei dominum efficiat, quia non obstante venditione priore dominium rei penes ipsum remanserat; quid ni longe magis usum posteriori efficaciter concesserit, utrunque priori jam ante locatum; arg. l. qui sibi 6. C. de hered. vel act. vend. l. quoties 15. C. de rei vindicta. Quanquam enim in operis duobus simul locatis Ulpianus conveniens censuit, priori conductori ante satisfieri, l. in operis 26. ff. b. t. similique ratione aequum judicari debet, primo conductori magis quam secundo conductae rei praestari usum; tamen, uti operis posteriori praestitis locator operarum in fidei non servatae poenam priori ad id quod interest damnandus foret; ita quoque, si usus posteriori conductori jam re ipsa contra fidem priori datam concessus sit, non aliud amplius priori petendum superest, quam id quod interest, violatam non fuisse contractus fidem, arg. d. l. 6. C. hered. vel act. vend. Confer Mozzium de contractib. tit. de naturalibus location. num. 11. Covarruviam variar. resolut. lib. 2. cap. 19. n. 8.

16. Licet autem conductor regulariter ante tempus locationi additum expelli nequeat de domo vel fundo, aut rerum aliarum usua ei tolli; plures tamen in jure casus recensentur, quibus illud permittitur est; idque vel ita, ut expulso neque per expellentem neque per alium id quod interest praestandum sit, sed sola temporis futuri, quo non utetur, pensio remitti debeat; vel ita, ut expulsus in solarium quanti sua interest jure persequatur. Prioris generis causa nascitur si domum elocatam dominus propriis usibus ex nova causa necessariam esse probaverit, vel ea necessaria indigeat reparatione, quae salva inhabitatione fieri nequit; vel conductor in re conductae male versetur, l. ade quam 3. C. b. t. Christinaus vol. 3. decis. 115. Groenewegen & vulgo DD. ad d. l. 3. Loeuwen centur. for. part. 1. lib. 4. cap. 22. n. 16. vel integro biennio conductor moram fecerit in solvenda pensione; quo casu etiam, aperta domo vel horreo, res publicae describi ac inde dimoveri possunt, quoties conductor absens est, l. quero 54. §. inter 1. l. cum domini 56. ff. b. t. vel fructuarius fundum fructuarius elocaverit in certum tempus, velut in quinquennium, & anno forte tertio usufructus morte aliove modo finitus ad proprietarium revertatur; cum acire conductor debuerit conditionem ejus cum quo contrahebat, & prospicere hoc posse evenire, adeo ut ne sumtus quidem, quos fecit in fundum, quasi quinquennio fructurus recipiat pro rata, l. si quis domum 9. §. hic subiungi 1. ff. b. t. Idemque jus est in praebendariis, ac fideiulariis agros ad praebendam pertinentes aut ex fideicommisso post mortem restituendos elocantibus, ac ante finem locationis morientibus, quippe qui fructuariis similissimi existantur. Nec oberit proprietariis, successoribus in praebenda, ac fideicommissariis, quod aliquandiu conductori usum reliquerint, ac pro eo mercedem receperint. Cum enim id tantum fiat ex continuatione quactam vel magis renovatione locationis per mortem fructuarii similiumque revere extinguitur, eaque renovatio non ver-

bis sed rebus tantum & factis declarata consensu interposita sit, consensus ille solo facto declaratus non ultra operari potest, quam quatenus ex illo facto necessaria consensus renovati consequentia atque inductio est; non est autem ulterius, quam ratione temporis, cuius pensio accepta, vel per quod usus conductoris relictus est. Et sane, si inter eandem personas, finita conductione prima, per tacitum consensum non intelligitur ultra repetita conductio, quam quatenus prædii rusticis usque ad annum, ut ante expositum; ratio nulla est, cur inter diversas personas in tempus longius consensu tacito crederetur renovata. Confer Petrum Barbosam ad l. si filiofamilias 26. §. ult. ff. soluto matrim. num. 18. & seq. & num. 28. 29. Sursum doctr. 33. Sim. van Leeuwen cent. for. part. 1. lib. 4. cap. 22. num. 18. Appendix. decisionum part. resp. Iurisc. Holl. part. 3. vol. 2. pag. 36. Denique & sine spe consequendi id quod interest expelli conductor ante tempus potest, si prædium per hostes jure belli occupatum a facio hostili in certam tempus conduxerit, ac ante temporis finem expulsi iterum inimicis prædium postliminii jure ad pristinos dominos reversum sit. Resolutio namque jure locatoris, jus quoque conductoris resolvitur necesse est, maxime, cum invito prædii domino, salvaque postliminii spe, jus hosti locanti vi & armis quaeritur sit, quod non ultra se potuit extendere, quam quatenus hostes rerum potiti sunt, arg. l. quod meo nomine 18. §. ult. ff. de acquir. vel amitt. possess. l. si captivus 20. §. verum est l. ff. de captiv. & postlim. Abr. a Wesel de remissione mercedis cap. 11. num. 44. & seq.

17. Ex adverso pluribus in casibus ita leges concesserunt facultatem impune expellendi conductorem ante tempus, aut elocatz rei usum ei auferendi, ut tamen conductor jure expulsus per alium regressum habeat adversus locatorem ad id quod interest, usum sibi secundum legem conductionis haud fuisse relictum, sub quo & illud comprehenditur, quanto pluris conductor prior eandem rem secundo in totum, aut per partes locavit, l. si tibi 7. l. 8. l. qui inquilam 30. ff. b. r. Ita primo quoties quis rem alienam ad certum tempus sciens elocavit ut suam, vero quidem domino ex jure dominii rem quovis tempore a conductore avocare permissum est, sed conductori locator tenebitur ad id quod interest; usque adeo, ut & ipse fructuarius in id damnandus veniat, si rem fructuarius elocaverit velut propriam, conductori ignoranti, ubi hic ob finitum maturius usufructum pati debuit, a proprietario intemptivam rei locataz ablationem l. si quis domum 9. §. hic subiungi 1. corr. quid tamen, l. ex conducto 15. §. plane 8. l. si fundus 33. in fine l. 34. 35. ff. b. r. Si tamen bona fidei possessor, qui prædium elocaverat, ejus evictionem patiatur ante finem locationis, & evincens colono vel inquilino usum neget, ex æquitate absolvendus erit, si paratus sit fundum alium aliamve habitationem non minus commodam expulso per evincensem conductori prestare, l. quis domum 9. pr. ff. b. r. Sed & secundo, si mulier que soluto matrimonio stare non poterat locationi prædii dotalis per maritum factæ, conductorem ante tempus expellat, maritus locator heredesque eius ad id quod interest teneri conductori ex jure Romano, vel inde patet, quod secundum Sabini sententiam Paulus scripsit, virum, qui

in quinquennium locaverat fundum dotalem, interveniente post annum primo divortio, non alias fundum mulieri reddere oportere, quam si illa caverit, si quid præter unius anni locationem maritus damnatur sit, id a se præstitum iri, l. si filiofamilias 25. §. ult. ff. soluto matrim. qualis cautio supervacua esset, si aut mulier stare debuisset locationi, aut maritus ob expulsionem ab uxore factam non fuisset conductori ad id quod interest obligatus. Sed cum & nostris & multorum aliorum moribus maritus per nuptias legitimam liberiolemque uxoris suæ ac bonorum ejus tutelam, curamve consequatur, ac jure nostro æque ac civili pupilli post pubertatem ratas habere teneantur prædiorum suorum locationes bona fide ac ex more regionis per tutorem in tempus modicum, quod pubertatis annos excedit, factas, arg. si tutela agat 7. ff. de admin. & peric. tut. l. per. C. quando ex facto tut. aut curat. minor. agere vel conven. p. Gothofredus in notis ad d. l. 8. Mantica de tacit. & ambig. consent. lib. 5. cap. 10. n. 23. Petrus Barbosa ad l. si filiofamilias 26. §. ult. ff. soluto matrim. num. 1. Sande doct. Fris. lib. 2. t. 9. defin. 22. Gomezius var. resolut. tom. 2. cap. 5. n. 8. verus secunda conclusio, consequens est, ut nunc uxores quoque, vel heredes earum, soluto matrimonio in rerum uxoriarum a maritis durante matrimonio facta locatione perdurent ad finem temporis contractu expressi; præsertim, si insuper consideres, tantam apud nos maritorum in res uxorias potestatem esse, ut ne alienationes quidem earum a maritis factas retractare nuptiis dissolutis uxori datum sit. Groenewegen ad d. l. 25. §. ult. ff. soluto matrim. Wassenaar præf. judic. cap. 7. n. 61. Adde Gomezium d. tom. 2. cap. 5. num. 8. in pr. Petrum Barbosam ad d. l. 26. §. ult. ff. soluto matrim. Mantica d. lib. 5. cap. 10. n. 21. Berlichium part. 2. conclus. 45. num. 23. & seq. Porro etiam legatario, tanquam successori particulari, jus est prohibendi conductori legatz rei usum ante tempus, in quod locatio per defunctum contracta fuerat, si non aliud testamento cautum sit; sed cum herede conductor expulsus actionem ex conducto habet ad indemnitatem, l. qui fundum colendum 32. ff. b. r. l. nihil proponi 120. §. ult. ff. de legatis 1. neque interest, utrum proprietas, an tantum usufructus rei locatz legatus sit: nam & per fructuarius ante tempus expelli posse conductorem rei fructuariæ, si in constituendo usufructu aliud actum non sit, Paulus tradidit l. arbores 39. §. 1. ff. de usufructu & quem adm. quis utat. Etsi enim prædiales servitutes fundo fructuario ante usufructum constitutum impositas aut ex promissione imponendas fructuarius pati teneatur, l. si pendentes 27. §. si qua servitus 4. ff. de usufructu, locationis tamen intuitu magis emptor comparatus fuit, d. l. 59. §. 1. ff. de usufr. Castillo Sotomayor de usufruct. cap. 73. num. 1. & seq. Denique nec emptoribus, aliisque ex titulo particulari dominium adeptis, in conductione per auctorem facta persistere necesse fuit, nisi id pacto venditioni adjecto comprehensum esset, l. Emptorem 9. C. b. r. l. si merces 25. §. qui fundum 1. ff. b. r. quo casu emptor contentus esse tenetur ex mercede, quam primus conductor promisit, licet la rem pluris alteri locasset, l. inquilam uno 51. ff. b. r. Confer Gomezium var. resolut. tom. 2. cap. 5. num. 9. Tiraquellum de re-



*traff. conuention. §. 3. Gloss. unica num. 13. & seqq. Govarruviam variar. resolut. lib. 2. cap. 15. Petrum Barbosam ad l. si filiof. 26. §. ult. ff. de soluto matrim. Abr. a Wesel ad uovell. consit. Ultraject. art. 19. num. 1. & seqq. ad num. 10. Sed ad hoc jure, adhuc Frisiis aliisque nonnullis probato, Brabantii, Flandri, Transisulani, ac Hollandi jam dum recesserunt, atque etiam Ultrajectini secundum novellam decr. anni 1659. 14. Aprilis. art. 19. dum placuit emtionem locationi cedere, (dat Huer voor Koop gaat) nisi aliud inter locatorem ac conductorem nominatum actum sit; sive privata venditio interveniat, sive publica, aut ex decreto magistratus adhibitis hactenus solemnibus ad creditorum petitionem; sic ut & jus retentionis conductori competat, si remanere in conductione malit, quam post expulsionem intemptivam ad id quod interest judicio experiri, si modo bona fide, non in fraudem creditorum, (pendente forte subhastationis judicio, aut lite jam mota) locatio facta sit, Ant. Matthæus de auct. lib. 1. cap. 7. num. 18. 19. 20. Abr. a Wesel ad novellas constit. Ultrajectin. art. 19. num. 12. & seqq. Neostadius supr. curia decr. 30. Groenewegen ad d. l. 25. §. 1. ff. b. t. & ad l. 9. C. b. t. Leeuwen tenur. for. part. 1. lib. 4. cap. 22. n. ult. Amstelodami tamen jure singulari id obtinet, ut in ædibus ibidem judicati exsequendi causa distractis sub hasta conductionis præcedentis vis se non extendat ultra annum a primo die Maii, venditionem sequenti, computandum. Consuetud. Amstelod. lib. 1. part. 3. r. 17. van excusien n. 7. Quia vero & fructuarii & legatarii cæterique particulares successores secundum jus civile conductoris expellendi potestatem habebant ad exemplum venditionis, id est, ad exemplum juris illius, quod interveniente venditione servandum fuit, l. arboris 59. §. quicquid 1. ff. de usufructu & quemad. quis utat. non abs re fuerit, illis in locis in quibus leges municipales aut mores jubent, emtorem stare locationi per venditorem factæ, etiam produci jus illud ad fructuarios, legatarios, donatarios, similesque particulari ex titulo successores; ac causam eorum a causa emtorum haud separari.*

18. Quibus autem in casibus expulsiones conductorum per leges ante locationis finem permissæ sunt, observandum primo, non privata sed publica judicii auctoritate deturbari oportere colonos ac inquilinos, quoties privatim moniti migrari recusant, ne alioquin interdicto de vi & vi armata teneatur, qui deiecit, l. colonus cum 12. l. cum fundum 18. ff. de vi & vi armata, arg. 1. non est singulari 176. ff. de reg. juris, l. creditoris 3. C. de pignor. & hypothe. Christinzus ad leg. Mecklin. r. 8. art. 8. n. 7. Ant. Faber C. lib. 4. t. 42. defin. 11. Adde t. si ager veftigal id est emphyt. petatur n. 51. Secundo sciendum, non ex abrupto tunc colonos, velut Jovis ignibus iustos, debere depelli, sed præcedente tempestiva denunciatione de migrando proxime exituro migrationis termino ex more vel lege regionis stabilito, ut ita tempore medio conductor sibi nova consulat alterius prædii, suis usibus ac conditioni accommodati conductione, arg. 1. in commodato 17. §. sicut autem 5. ff. commodati, Christinzus ad leg. Mecklin. r. 8. art. 3. Sande decr. Fris. lib. 3. r. 6. defin. 1. Hugo Grotius manud. ad jurisprudent. Holl. lib. 3. cap. 19. n. 20. Ant. Matthæus de auct. lib. 1. cap. 15. n. 17.

Groenewegen ad l. 5. C. b. t. Abr. a Wesel ad novellas consit. Ultraject. art. 19. n. 3. Sed & tertio notandum, illam expellendi licentiam particularibus successoribus a jure concessam non impediri ex eo, quod forte locator aut generaliter res suas aut specialiter ipsum illud prædium, quod locavit, pignori obligaverit conductori in usus, non ante finitum tempus expressum adimendi, securitatem. Cum enim illa pignoris obligatio accessoris tantum sit, principalem obligationem firmare quidem, at nequaquam immutare potest: principalis autem conducti actio personalis in id tantum comparata est, ut vel usus conductori, usque ad locationis finem præstetur, vel alioquin solvatur id quod interest, cum intemptive fuisse denegatum; adeoque obligatio ad factum, usus nempe præstationem, delabitur tandem ac desinit in condemnationem ejus quod interest, uti id in omnibus evenit facti obligationibus, l. si quis ab alio 15. in fine ff. de re judicata, junct. l. si filiofamilias 25. §. ult. ff. soluto matrim. quibus consequens est, ut & pignoris obligatio tantum in securitatem ejus quod interest videri possit intervenisse; atque adeo successorem particularem pati quidem debere tunc prædii per prædecessorem locati distractionem pro consequendo eo quod interest, sed & venditionem impedire posse, si id ipsum expulso præstet, atque ita luat pignus, arg. 1. Paulus respondit 12. §. 1. ff. quib. mod. pign. vel hypothe. solvitur, l. si rem alienam 9. §. ult. ff. de pignorat. act. l. cum secundus 5. l. 6. ff. de distract. pign. & hypothe. regressum deinceps adversus ipsum habiturum locatorem heredemve ejus ad indemnitatem. Ita post Petrum Barbosam ad l. si filiof. 25. §. ult. soluto matrim. n. 32. Gomezium var. resolut. tom. 2. cap. 3. n. 9. ant mod. Sande decr. Frisic. lib. 3. r. 6. defin. 7. in fine, Perezium, C. b. t. n. sed nec eo casu 54. Mornacium, Tuldenum, Cancerium aliosque citatos, Abrahamus a Wesel ad novellas consit. Ultrajectinas art. 19. n. 9. Animadvertendum denique, ea, quæ de conductoris prædii expellendo ob id, quod in re conductæ mole versatur, dicta sunt, non de quovis promiscue aut leviori abusu vel neglectis circa utendi modum passionibus apposis, sed tantum de insigniter gravi damnosoque abusu, accipienda esse. Quemadmodum enim conductor neque migrare maturus neque mercedis remissionem petere potest ob id, quod paulo minus commode aliqua cenaculi conducti parte uteretur, vel propter necessariam partis refectionem aliquam parvulam incommodi partem sustineret, sed demum, si maxima usus pars ei impedita sit, l. habitatores 26. ff. b. t. ita quoque eum non nisi ob notabiliorem in re conductæ versionem malignant dejecti, æquum est. Cumque recensiti in jure non inveniuntur illi abutendi modi, qui sufficientes habendi forent, id totum arbitrio providi ac circumspiciendi judicis relinquendum videtur, utrum abusus expulsionis, an sola in id quod interest damnatione coercendus, aut etiam ob exiguitatem conniventia prætermittendus sit; sive in privatis sive in publicis rebus, atque etiam ipsis vectigalium locatorum exactionibus abusus appareat. Confer Christinzum vol. 3. dec. r. 5. num. 8. Ant. Matthæum de auct. lib. 2. cap. 11. num. 6. & cap. 5. n. 30.

19. Ex adverso etiam, quoties ex statuto vel consuetudine locationi cedit venditio, ita demum successor particularis inquilinum habitantem, colonum-

ve fruentem, ad finem usque ferre debet, si ei conductor temporis insequentis pensiones solvere paratus sit. Cum enim ex acquisito dominii aut usufructus jure emtor, legatarius, fructuarius secundum naturalem rationem fructum usumque rei percepturi fuissent, nisi conductoribus id privilegii datum esset, ne ante finem temporis cum maximo saepe suo dispendio depelli queant, æquum plane, ut id saltem, quod fructuum vicem gerit, adeoque pensio iisdem cedat. Quod & ita jure civili cautum in casu, quo singulari jure constitutum erat, ut ementes a fisco rem fiscalem starent locationi per fisco factæ, l. ult. ff. de jure fisci, ac usque adeo obtinet, ut, si conductor temporis totius mercedem repræsentaverit, seu in antecessum solverit locatori, pro rata tamen emtori similibusque pro mercede devinctus sit, indebiti conditione repositurus a locatore id omne, quod ultra alienationis factæ diem solutum fuit, quippe quod ex alienationis subsecuta eventu indebitum apparet, Petrus Barbosa ad l. si filiofam. 26. §. ult. ff. soluto matrim. n. 27. Wesel ad d. art. 19. num. 20.

20. Utrum autem Doctores & literati vicinos suos strepitum majore artificia exercentes ad migrandum compellere possint, excutere haud libet. Quæstiones tales hominibus, eruditionis morosa & illiberalis gloriolam, dicam, an decus, affectantibus motas si quis cognoscere cupiat, adeat Menochium de arbitrar. judic. lib. 2. casu 237. Carpiovium defin. for. par. 2. cens. 37. defin. 25.

21. Hactenus de actione conducti. Locati actio est personalis bonæ fidei, quæ locatori datur, atque etiam conductori, qui id, quod conduxerat, alteri rursus sublocavit, l. si sibi 7. l. si cui locaverim 43. ff. b. t. &, si plures locaverint, singulis pro sua parte, contra conductorem, &, si plures sint, contra singulos pro rata; nisi aliud nominatim pacto actum sit, aut appareat, locatorem singulorum personas in solidum respexisse, & ita duos pluresve in solidum fecisse reos locationis: tunc enim electio ei competit, quem eorum in solidum convenire velit, usque adeo, ut ne opposito quidem divisionis beneficio in casu, quo omnes solvendo sunt, jus illud eligendi unum in solidum ei auferri possit, si actiones suas adversus ceteros præstare non recuset, l. si divisa 13. C. b. t. l. item queritur 13. §. duo rei 9. l. cum apparebit 47. ff. b. t. vel nisi plures vectigalia conduxerint; tum jure Romano, arg. l. locatio 9. §. socii 4. ff. de publicanis; tum nostris moribus. Vide Ant. Matthæum de antion. lib. 2. cap. 6. n. 4. 5. 6. 7. & quæ scripsi sit. pro socio n. 15. Non tamen locatori primo contra secundum conductorem ulla ex locato actio est, cum nihil inter eos contractum sit, nec ex alieno contractu alius agere aut conveniri possit, l. quo incela 73. §. ult. ff. de reg. juris, etiam si, forte annis pluribus locator primus a conductore secundo pensiones acceperit; eo quod isto modo nulla videri potest novatio seu delegatio intercessisse, adeoque non magis inde contra secundum conductorem, quam contra quemvis extraneum pro conductore primo solventem, actio nasci potuit. Ant. Faber Cod. lib. 4. t. 42. defin. 29. Interim conductorem secundum solventem primo locatori, quod huic a primo conductore debetur, liberari etiam hoc ipso a primo conductore verius est, cum videri possit eam fecisse solutionem, ut vel liberaret res suas illatas invectaque, locatori

primo adium jure pignoris obnoxias, (ut plenius dicitur t. in quib. caus. pign. vel hypothec. tacite contrah.) vel conductoris primi negotium gereret, atque ita compensaret debitum sibi ex tali gestione cum eo, quod ipse vicissim ex conductione secunda debet, l. solutum 11. §. solutum 5. ff. de pignor. act. arg. l. si opera 6. in fine ff. de doli mali & met. excepti. si modo in casu posteriore nulla conductoris prioris prohibitio intercesserit de non facienda locatori primo solutione, arg. l. ult. Cod. de negot. gestis, Bronchorst miscell. cent. 1. assert. 80. pr. & in fine.

22. Agitur hac locati actione ad id, ut conductor mercedem solvat totius temporis quod conduxit, una cum usuris ex mora, (aut secundum mores ex tempore litis contestatæ. Parens p. mem. Paulus Voet ad princ. Inst. b. t. n. 8.) etiam si re conducta usus non sit, vel ante tempus migraverit, nullam justam migrandi causam habens, l. habitatores 27. §. iterum 1. l. dominus 55. §. ult. ff. b. t. Ut tamen exonere conductorem debeat, si quam forte locator mercedem ab alio pro reliqui temporis usu consecutus sit; cum hactenus haud intersit locatoris, intempestive migratum esse, nisi aliud consuetudine vel lege municipali inductum appareat. Nam & cum exceptor quidam operas suas locasset ac deinde is, qui eas conduxerat decessisset, a Severo & Antonino rescriptum fuit, fidem contractus impleri æquum esse, adeoque mercedem integram ei oportere solvi, si eodem anno mercedem ab alio non accepisset, l. sed addit 19. §. cum quidam 9. ff. b. t. Similique modo responsum diem functo legato Caesaris, salarium comitibus residui temporis, quod a legatis præstitum est, deberi modo si non potest comites cum aliis eodem tempore fuerint, d. l. 19. §. ult. ff. b. t. l. diem functo 4. ff. de offic. urserorum. Neque ratio diversitatis apparet, cur non idem, quod in operarum locatione receptum est, in usu quoque locato servaretur. Quod & non obscure Paulus monere videtur, cum agens de eo, qui ante tempus sine causa migravit, non simpliciter eum ad integri temporis mercedem teneri dicit, sed potius ad solvendas totius temporis pensiones ex conducto conveniri posse, quatenus locatori in id, quod ejus interest, indemnitas servetur, l. dominus borreorum 55. §. ult. ff. b. t. At non indemnitate tantum, sed & lucrum caperet locator, si & a primo & a secundo conductore duplicatam temporis ejusdem haberet mercedem. Denique, si conductor re conductâ male utens, ante tempus per locatorem expellatur, non aliud a conductore expulso consequitur ratione futuri temporis, quam quanti minoris deinceps eandem rem alteri locavit, l. ea lege 51. pr. ff. b. t. an autem conductor ante tempus sine causa migret, an ante tempus ex causa justa expellatur, quid quæso refert? non minorem sane abutentis quam intempestive migrantis culpam esse, evidens est, Gothofredus & Brunemannus ad d. l. 19. §. pen. & ult. ff. b. t. Panschmanus præf. quæst. libr. 1. quæst. 16. Grotius de jure Belli & pacis libr. 2. cap. 12. num. 18. in fine, Abrah. a Wesel de remis. mercedis cap. 1. n. 17. & seqq. Neque his adversatur, quod adversus colonum, vel inquilinum ante tempus deferentem statim dominus agere possit, atque ita temporis totius reliqui pensiones in continentem petere, l. si in lege 24. §. si dominus 2. ff. b. t. quo etiam motus Wesel d. c. 1. num. 20. existimavit, locatorem, si ab ini-

tio temporis totius mercedem a conductore, ante tempus prædium deserente, consecutus sit, ac postea alteri prædium illud vacuum locaverit, reddere non compellendum primo conductori id, quod ex secunda redegit locatione. Considerandum namque primo, etiam factu in tempestate factu navis levandæ gratia, statim quidem mercium jactarum dominum ex locato conducto ad contributionem ex salvatis faciendam agere posse adversus magistrum navis, sed mercibus jactis postea apparentibus, aut per urinatos eductis, exonerari contributionem, adeo ut & reddi tunc oporteat, quod ultra id, quo indemnitas præstanda erat mercium domino, jam ab initio colatum fuit, *l. si laborante 2. §. pen. ff. ad leg. Rhod. de jactu*. Neque ratio apparet, cur non similiter exoneraretur conductor primus, qui jam solverat, dum in loco locator indemnitas sit; maxime, cum iniquum foret, conductorem primum bonam fidem agnoscentem, ac mature sponteque forsitan satisfaciendam locatori primo in damno hasurum, dum ipsi haud proficeret superveniens post solutionem ex locatione secunda quaesita utilitas; contra vero eundem in mora solvendi existentem exonerari, si interim inter moras istas merces quædam ex secunda rei ejusdem locatione redigatur; atque ita suam cuique moram prodesse, diligentiam bonamque fidem eventui inspecto damnosam evadere. Sed & secundo in *d. l. 24. §. 2.* non asseritur, statim ad integræ conductionis pensiones agi posse, sed simpliciter *statim agi posse*; agi vero potest non tam ad pensiones illas, quarum dies necdum venit, quam potius ad interponendam de pensionibus suo tempore solvendis aut indemnitate præstanda cautionem; dum propter migrationem non ultra domino ædium aut fundi in investis jam elatis, aut fructibus ob culturæ defectum parcius proventuris, securitas est; idque ex natura negotiorum bonæ fidei, in quibus omnibus non nondum dies præstandæ pecuniæ venit, ad interponendam cautionem agi potest, & ex justa causa condemnatio fit, *l. in omnibus 41. ff. de iudiciis*.

23. Quod si justam migrandi causam conductor habuerit, non ultra mercedem solvere tenetur, quam quatenus re conductæ usus est. Justæ autem migrandi causæ sunt, si locator rem locatam alienaverit ante finem locationis: nam uti emtor alique successores particulari locationi stare haud tenetur, ita & conductorem ad id non cogi, contractus hujus utrimque principaliter obligatorii natura suadet, *l. qui fundum 32. ff. b. i. Costalium, Brunneanus, & vulgo DD. ad d. l. 32.* Vide Manticam *de tacit. & ambig. convent. lib. 5. tit. 10. num. 43.* Similiter si non commodus sit præstitus rei usus; adeoque non sine magno incommodo suo habitator morari deberet, dum vicinus ædificans in totum, non modice, cœnaculi conducti lumine obscurat necessario ad usum reparanda non rehici, *l. ex conducto 15. §. 1. l. si merces 25. §. si vicino 2. l. habitatores 27. pr. l. si fundus 33. in fine l. 34. 35. ff. b. i. junct. l. 1. §. ult. ff. si usufruct. pet.* Adhæc si incursus hostium fiat, aut latronum, quibus resistere conductor non potuit, *l. idem quaritur 13. §. exercitum 7. d. l. 33. in fine, junct. l. 34. ff. b. i. vel alia justâ subit timoris causâ quamvis periculum vere non fuerit; secus si ne justâ quidem appareret metuendi causâ, d. l. habitatores 27. §. 1. ff. b. i. junct. l. metum autem 9. ff. quod met. causa 1.*

*vani timoris 194. ff. de reg. juris.* Qui ratione si adeo, tempore conductionis integræ, ceperint postea terræ motu vel aliter vitiosæ esse ruinamque minari, danda dicitur conductori actio, si migrare prohibeatur, *l. inquitino 33. junct. l. qui bona fide 15. §. de illo 6. ff. de damno infecto, secus, si ipso conductionis initio jam ruinosæ appaeruerint, d. l. qui bona 15. §. de illo 6. ff. de damno infecto, Andr. Gayl. lib. 2. observ. 23. num. 6. Christinus vol. 3. dec. 113. num. 3.* Et ad hunc metum justum etiam spectra in ædibus dominantia referri poterunt, ac pestis violentior, quoties istiusmodi demonum illusiones apertis rerum documentis probantur, qua in re multum arbitrio judicis committendum est. Vide Alexandrum ab Alexandro *Genial. dierum lib. 2. cap. 9. & lib. 5. cap. 19. Aug. Barbosa ad l. 3. C. b. i. num. 18.* Gisbertum Voetium avum meum p. m. *selectar. disput. Theolog. vol. 1. pag. 934. & seqq.* Abr. a Wesel *de remissione mercedis cap. 4.* Non tamen justis migrandi causis accensendum, quod conductor ipse nunc commodam suis usibus domum fundumve jure domini acquisierit; cum nec in jure causa talis expressa reperitur, nec conductori difficile sit, rem recente titulo quaesitam aliis in modicum tempus, in quod usque propria conductio perdurat, elocare. Cui accedit, quod locatori tanquam domino facilius videatur ex nova causa permittendus rei propria usus, quam conductori facultas migrandi, dum nullum jus in re pro æquitatis fundamento habet, Aug. Barbosa ad *l. 3. C. b. i. num. 17.*

24. Præter migrationem justâ ex causâ factam aliæ insuper causæ sunt, propter quas mercedis remissionem pro parte vel in totum jure conductor petit, veluti si insolita ac præter regionis consuetudinem appareat sterilitas, extrinsecus eveniens, quæ & vis major ac vis divina dici solet, *l. si merces 25. §. vis major 6. ff. b. i. qualis est ex græculorum, sturnorum, locustarum edacitate, segetis immatura calamitate, ac labe, dum tempestatis imbrimve violentia contracti calam, ex quibus stant spicæ, non ultra succum nutritum transmittunt ad spicarum imperfectarum repletionem, l. exceptio 18. C. b. i. l. ex conducto 15. §. si vis tempestatis 2. ff. b. i. uti &, si nives immoderate, ac contra tempestatis consuetudinem cadentes, frumenta corruerint, l. fistulas 73. §. ult. ff. de contrab. emi, si uredo fructum oleæ adusserit, vel fervore solis insueto id acciderit, d. l. 15. §. 2. ff. b. i. Vide d' Instruëtie voor de Heeren van de Rekeninge de Domeijnen van Holl. 27. Marii 1593. art. 95. vol. 3. placit. Holl. pag. 732. si aquæ inundatione, fluminumque vi, aut hostium incursu, impedita fuerit agrorum cultura, satio, aut messis, d. l. ex conducto 16. §. 2. ff. b. i. Confer Abr. a Wesel *de remissione mercedis cap. 6. & cap. 11.* Contra quam statuendum esset, si vel ex ipsius rei vitio naturali sterilitas contingerit, veluti ex arborum ac vinearum vetustate d. l. 15. §. cum quidam 5. ff. b. i. vel bello fervente conductio agrorum facta sit, ut imminens a militibus hostibusque vastatio potuerit prævideri, arg. *l. qui bona fide 13. §. de illo 6. ff. de damno infecto.* Wesel *de remissione mercedis cap. 11. n. 1. 2. 3. 4. 5.* vel culpa coloni, intempestiva cultura proventum fructuum impediens, aut in universum negligentis culturam fundi, & ob id nil præter ea, quæ ex stipulis renata sunt, percipientis, *l. si merces 25. §. conductor. 3. ff.**

§. 1. Abr. a Wesel de remiss. mercedis cap. 5. num. 26. & seqq. Quo & reducendum, si raucis, (vel ut alii loquuntur) erucis, aut herbis segetes corruptae fuerint; quasi desidia coloni id damnum adscribendum sit, quod non herbarum inutilium evulsione, vermiumque collectione ac cæde promoverit uberiores frumenti productionem, d. l. 15. §. 2. ff. b. t. Sed & si post fructuum perceptionem ipsi fructibus a colono custoditis quid adversi acciderit, dum vinum acuit aut effluxit, frumenta in horreis corrosa, ab exercitu prætereunte per lasciviam ablata sunt, aliterve perierunt, coloni potius quam domini fundi id damnum foret: cum colonus jam fructuum dominus effectus sit, ac res suo pereat domino sibi que colonus imputare debeat, quod non venditione magis festinata periculum illud a se amolitus sit, sed lucelli forte majoris intensiorisque pretii spe diutius penes se perceptos voluerit fructus servare, ac æquum sit penes eum damni metum esse, quem & aucti interim pretii commodas sequuntur, d. l. 15. §. 2. vers. si tamen b. t. arg. l. 1. C. b. t. Ant. Faber C. lib. 4. tit. 42. defin. 21. 22. 23. 46. Andr. Gayl. libr. 2. observo. 23. num. 13. Carpovius defin. for. part. 2. const. 37. defin. 20. Brunemannus ad l. 15. ff. b. t. num. 7. 8. 9. Non etiam ob sterilitatem mercedis remissio facienda est, si non insolita sed modica, eaque pro regionis conditione non infrequens ex pluviis, nivibus, aut aliis causis similibus sterilitas appareat, d. l. si merces 25. §. vir major 6. ff. b. t. Instructie voor de Heeren van de Rekeningen der Domeijnen van Holland 27. Mart. 1593. art. 95. vol. 3. placit. Holl. pag. 732. Resp. Jurisc. Holl. part. 5. consil. 31. Nec, quoties ea lege quis fundum locavit, ut etiam si quid vi majore accidisset, hoc ei præstaretur, id est, præstaretur tamen locatori, quod mercedis nomine promissum est, l. si quis domum 9. §. Julianus 2. ff. b. t. junct. l. fustulus 78. §. ult. ff. de contrab. emt. l. licet certis 8. C. b. t. Confer Ant. Matth. de auct. lib. 2. cap. 5. n. 15. 16. 17. Abrab. a Wesel de remissione mercedis cap. 7. Resp. Jurisc. Holl. par. 1. consil. 201. Vinnius solut. quest. lib. 2. cap. 1. Carpovius defin. for. part. 2. const. 37. defin. 17. Nec denique, in insolita præcedentium aut sequentium annorum ubertas sterilioris defectum suppleverit, adeo ut ne remissio quidem jam facta quicquam domino obfutura sit, quo minus integram exigat pensionem etiam anni illius, quo remisit. Plane si novissimus annus sterilis fuerit, & locator annorum superiorum sciens ubertatem conductori concesserit anni ultimi sterilis intuitu mercedis remissionem, rata ea manebit, nec ultra debet locator ad computationem vocari, l. ex conducto 15. §. Papinianus 4. ff. b. t. licet certis 8. C. b. t. Sed & si non plurium annorum una locatio mercede una in fine locationis solvenda intercesserit, sed in annos singulos pensio, finito anno unoquoque præstanda, promissa appareat, uti nunc fere apud nos passim fieri moris est; censent plurimam, nullam præsentis sterilitatis insolite cum annorum præcedentium aut sequentium ubertate insolita compensationem admittendam esse, sed anni cujusque proventum seorsim oporere spectari, quasi tunc tot separatim contractus intelligi deberent locationes, quot sunt annis singulis cedentes ac præstanda pensiones; atque ita anni quidem sterilis intuitu remissionem deberi, annorum vero reliquorum præcedentium aut sequentium

Vos ad Pandect. Tom. III.

lucrum immodicum colono non invidendum aut auferendum esse, Auctores hos refert & sequitur Abr. a Wesel de remissione mercedis cap. 5. n. 17. & seqq. Sed vix est, ut opinio hæc in Hollandia probetur, repugnante lege provinciali, verbis apertis hanc præcedentium ac sequentium annorum uberiorum cum sterili compensationem præcipiente. Instructie voor de Heeren van de rekeningen der Domeijnen van Holland 27. Mart. 1593. art. 95. vol. 3. placit. Holl. pag. 732. Plane extra sterilitatis insolita casum ubertas, utcumque maxima & humanam superans expectationem, ac ex quacunque proveniens causa, invidenda colono non est, nec ob id major per eum præstanda merces; tum quia lucrum immodicum si haud auferendum esse Gajus scripsit l. si merces 25. §. vir major 6. ff. b. t. auferretur autem, si merces augenda foret; tum quia ne publicanis quidem, qui vectigalia a fisco conducta habent, pensionis majoris solvenda necessitas imponitur, si maximos fructus ex redemptione vectigalium consecuti sint, licet in multis privilegiata sit fisci causa, sed tantum jure singulari conductionem eandem in futurum pensionibus prioribus suscipere compellantur, quoties vectigalia nequeunt iterum tanti elocari, l. eorum 11. §. ult. ff. de publican. & vectig. & commiss. Nec obstat l. bi, quos 2. C. de alluvionibus, quippe quæ non de ubertate fructuum, sed agri ipsius incremento tractat, nec de pensione, sed de tributo, onere illo reali pro aucta agri mensura augendo, uti ex adverso minuitur tributum illis, qui ex fluminis edacitate suum deplorat patrimonium diminutum, d. l. 2. Pinellus ad l. 2. C. de rescind. vendit. par. 1. cap. 3. n. 34. 35. Wesel de remiss. mercedis cap. 5. n. 19. 20. Ant. Mattheus de auct. lib. 2. cap. 5. n. 19. dissent. ex parte Gomezii var. resol. tom. 2. c. 3. n. 18. in fine, & plures antiquiores interpretes.

25. Quando autem sterilitas insolita dici debeat, an, cum ne dimidium quidem mercedis ultra pretium seminis ac impensarum in fructu est; an magis, cum collato semine, expensis, ac pensione integra, conductor supra dimidium lesus reperitur, vix pro regula tradi potest; magisque est, ut ejus rei tanquam in jure non definita, æstimatio judicis æqui arbitrio relinquatur. Confer Christianum vol. 3. decr. 110. num. 14. Menochius de arbitrar. judic. lib. 2. casu 76. Gomezium var. resol. tom. 2. cap. 3. n. 18. Mozzium de contrab. cap. de accidental. locat. & conduct. n. 10. & seqq. Ant. Fabrum Cod. lib. 4. tit. 42. defin. 3. Mascardum de probation. conclus. 1340. verbo, sterilitas. Abr. a Wesel de remiss. mercedis cap. 5. n. 1. 2. 3. Carpovius defin. for. p. 2. const. 37. defin. 11. Brunemannus ad l. 15. ff. b. t. n. 12. & seqq. Dummodo meminerimus, primo quidem in insolita sterilitatis inquisitione omnes illius anni integrique prædii, non partium singularum diversa ferebuntium, fructus considerandos esse, nec insolitam intelligi sterilitatem, si cum decem agri jugera in satis essent, decem in vineis, solæ vineæ spem coloni fefellerint, satis proventum dedoriat solito uberiores, aut vice versa: quippe quo casu magis messis ubertas cum vindemia sterilitate compensanda foret, velut unus anni totius fructus, arg. l. si fundus 8. §. 1. ff. soluto matrim. Ant. Faber Cod. lib. 4. tit. 42. defin. 47. Mantica de tacit. & ambig. convent. lib. 5. n. 32. Giurba observo. 24. n. 13. aliique citati apud Abr. a Wesel de

*remissis mercedis cap. 4. num. 23.* Secundo talem esse oportere insolitam sterilitatem, ut inde plus quam tolerabile damnum colonus senserit: unde si ob sterilitatem sic pretia fructuum intensa fuerint, ut ex paucis natis colonus vendendo tantundem redegerit, quantum vulgo ex modico fundi proventus, remissio haud facienda esset, cum nullam senserit ex sterilitate lesionem, arg. *l. si merces 26. §. vis major. ff. b. s. Giurba d. obitero. 24. n. 16.* Quod si nulla quidem insolita sterilitas sit, sed ob abundantiam aliunde advectorum, aut ob emtorum raritatem vilissimo fructus pretio distrahantur, colonum magis id quam fundi dominum gravare debet, cum illud non fructuum penditum, sed jam perceptorum damnum sit, Gomezius, *var. resolut. tom. 2. cap. 3. n. 18. post med. Brunnemannus ad l. 15. ff. b. s. num. 19.* Wesel de remissis mercedis cap. 5. n. 25. Nec remissio mercedis, per unum ex vicinis facta, mox reliquos ejusdem vicinitas dominos obligat ad faciendam similem mercedis remissionem, *l. circa 19. C. b. s.*

26. Sunt insuper alix causæ, propter quas aut nulla aut minor præstanda est merces; veluti, si vel ante tempus conductor expulsus fuerit, quem sæpe præter futuri temporis liberationem a mercede, amplius id quod interest petere posse, supra expositum, vel statim ab initio locator conductori usum rei locatum non præstiterit, licet postea cum res integra esse desiit, conductori patientiam fruendi præstare paratus sit; eo quod sera est patientia fruendi, quæ offertur eo tempore, quo frui colonus, aliis rebus illigatus, non potest, *l. si in lege 24. §. colonus 4. ff. b. s.* Idemque est, si longe majorem locator dixerit agri modum esse quam qui re ipsa præstitus fuit; in quantum pro rata minoris quantitatis ad usum concessæ diminuenda quoque merces est; maxime, si locator veri modi scientiam habuerit, licet tunc clausulam de non præstanda quantitate expressa subjunctam ponas, exemplo eorum, quæ de errore circa quantitatem in emptione tradi solent. Resp. Jurisc. Holl. *part. 2. consil. 150. & part. 4. consil. 270.* Adde *sic. de contrab. em. n. 7.*

27. Sed & si per eum, qui operas elocaverat, steterit, quo minus eas præstet, minuenda merces pro rata temporis, quo præstitæ non sunt; nisi is, cui operæ debite debitorem operarum invitum ad operas tempore statuto præstandas cogere latius ducat. Ex eoque fundamento est, quod si quis opificii vel artificii discendi causa sese in certum tempus addixerit artificii, priorum scilicet annorum imperitiæ annorum postremorum peritiæ pensaturus, ac jam in arte profectus alteri ante locationis prioris finem suas operas locaverit, liberum priori sit discipulum talem ad temporis præfiniti finem usque in suum artificium ac ministerium revocare. *Placit. Ordin. Holl. 2. Sept. 1597. vol. 1. placit. Holl. pag. 513.* Quod & de famulis ac ancillis intempestive recedentibus, aut operas alteri immature addicentibus, variorum locorum statutis cautum, vel usu firmatum est; nisi nuptiarum causa ante tempus migrare festinent. *Leeuwen sents. for. Danw. 1. lib. 1. cap. 13. n. 2. & lib. 4. cap. 22. n. 11.* Aliter hæc obtinent, si per eum, cui operæ præstandæ, factum sit, ut non præstentur, arg. *l. jure civilis 24. ff. de condit. & demonstrat.* Qua ratione nauta mercedem integram potest exigere, si navigare non potuerit ob id quod mercium dominus vecti-

gal non solverat, & ita merces ex causa cotamissæ hæc vindicata fuerant, *l. pen. §. navem 1. ff. b. s. vel navigatio absoluta quidem sit, sed irrita eventu, dum culpa aut voluntate conductoris merces aliunde advehenda imposita non sunt.* Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 20. num. 1. 2.* Respons. Jurisc. Holl. *part. 5. consil. 9. & 72. (vel 73. pag. 250.)* vel denique statim ab initio conductor merces nullas imposuerit navigio conducto: quo tamen casu si magister, facta prius protestatione, alio navigaverit quasitum merces transvehendas, redactum inde nauticum cessurum in exonerationem primi conductoris, qui merces non imposuerat, tradit Weytsen *tract. van Aarye fore circa finem, vers. hieronimo, & versu maar in car, eoque faciunt tradita n. 22. b. s. & sequentia hoc num.* Quod si ob supervenientem casum fortuitum operæ præstitæ non sint, videndum, utrum casus ille contigerit ex parte ejus, cui opera præstanda, an ex parte illius, qui earundem in se receperat præstationem. Si ex ejus latere, qui operas conduxerat, dum is forte mortuus est integra totius temporis & opera solvenda merces, nisi medio tempore operam locator alteri elocasset, *l. sed adde 19. §. pen. & uls. l. qui operas 33. ff. b. s. arg. l. ait. pr. ff. ad leg. Rhod. de jactu.* Sin ex parte locatoris, dum is morte præventus vel aliter inhabilis effectus operam promissam adimplere non potuit, non nisi pro rata operæ præstitæ merces est debita, si modo opera pro parte præstita utilitatem conductori attulerit, ut id in famulorum, ancillarum, mercenariorum operis plerumque fit; arg. *l. si operis domum 9. §. bis subjungit 1. in fine, sed adde 19. §. si quis, cum 6. ff. b. s. uti & in navibus in certum tempus conductis, si onus impositum ad loca destinata pertulerint, iterumque novis onustæ mercibus perierint; quod turba mercatorum firmatum vide Resp. Jurisc. Holl. *part. 4. consil. 147.* Quin imo, si modico tantum temporis spatio famuli aut ancillæ valetudine impediti non per omnia operas promissas impleverint, non statim ob id defectionem ex mercede eorum facere oportet, arg. *l. habitores 27. pr. ff. b. s. eoque pertinet illud Pauli Jurisc. qui agens de servo, cui libertas legata erat, si heredi annuino servisset, ait, etsi quibusdam diebus aut valetudo aut alia justa causa impedimento fuerit, quo minus serviat, tamen & hoc anno imputandos esse; servire enim nobis intelligi etiam hos, quos ægros curamus, qui cupientes servire, propter adversam valetudinem impediuntur, l. cum heres 4. §. Siachus 9. ff. de statuliberis.* Plane si opera ex parte tantum præstita nullum conductori emolumentum adferre potuerit, nulla quoque mercedis exactio competit. Hic cum nauta, amissa nave, munere vehendi functus non esset, eum vecturam non petere, & si prorogatum accepisset, reddere debere, idque in omnibus personis similiter observandum esse, ab Antonino rescriptum est *l. ea conducto 15. §. item cum quidam 6. ff. b. s. licet operam eandem postea rursus offerant implendam, arg. l. si in lege 24. §. colonus 4. ff. b. s. Confer Neostadium Curia *supr. decis. 32.* Si tamen ex naufragio merces quædam salvata sint, moribus hodiernis nauticum earum pro rata itineris emensi nauta solvendum foret, ipsisque etiam sociis nauticis, quorum vigilantia res salvata, præmium salvationis; adeo ut & mercium retentio pro utroque consequendo tribuatur. *Zer-Ram van***

*Kon. Philippus ult. Octobr. 1565. tit. van Schipbrekingen art. 12. vol. 1. placit. Holl. pag. 818. Ze rechtien van Keyser Carel 19. Julii 1551. art. 40. d. vol. 1. pag. 792. Aritckel. Bries van de Oost. Indische Compagnie 3. Martii 1658. art. 4a. vol. 2. placit. Holl. pag. 1233. 1289. Hugo Grotius manud. ad jurispru. Holl. libr. 3. cap. 29. n. 5. & seqq. Responsa Jurisc. Holl. part. 2. consil. 155. quart. 2. Jacobus Coren observat. 24. Ant. Mattheus de auction. libr. 1. cap. 19. n. 58. Quod si ex neutrius latere impedimentum fuerit, sed publica auctoritate præstatio operarum, aut navigio ex conventionem instituenda, impedita sit, si quidem impedimentum illud intervernerit statim ab initio ante coeptam navigationem, neuter alteri ex tali contractu obstrictus manet, nisi ad id, ut impensas jam factas simul ferant, l. ult. §. 1. ff. ad leg. Rhod. de jactu, *Zee-Rechtien van Keyser Carel art. 36. vol. 11. pl. Holl. 792. van Kon. Philippus tit. van Schippers en Kooplyden art. 4. d. vol. 1. pag. 8. 7. Neostadius Curia supr. decis. 15. Grotius manud. ad jurispru. Holl. libr. 3. cap. 20. n. 4. 5. Responsa Jurisc. Holl. part. 1. consil. 210. quod repetitum part. 4. consil. 87. adeo ut nequa poena debeat, si quæ promissa sit. Placit. Ordinum General. 25. Aprilis 1665. vol. 3. placit. Holl. pag. 294. in fine, neque postmodum, cessante impedimento publico, navigare nauta tenetur, nisi nova interposita conventionem, eo quod semel resoluta obligatio non nisi duorum voluntate redintegrari potest. Neostadius d. decis. 15. Si vero post coeptam & ex parte absolutam navigationem demum supervenerit publica prohibitio, iterum ex jure nostro nautico distinguendum est. Si enim navis conductæ sit, ut hinc solvens, merces alibi recipiat huc aut aliorum devehendas, & in ipso mercium recipiendarum loco auctoritate magistratus easdem suscipere prohibeatur, integra merces debita est, quoties nullam a magistratu prohibente mercedem nauta consecutus est. *Zee-Rechtien van Keyser Carel art. 35. d. vol. 1. pag. 791. Zee-Rechtien van Kon. Philippus tit. van Schippers en Kooplyden art. 2. d. vol. 1. pag. 806. Sed si, cum jam in peregrina regione navis esset, id æquum fuerit, ut inde ad alium naviget locum onus suum ibi exceptura, postquam autem jam eo appulisset, mercium impositioni aut transvectioni magistratus loci illius intercedat citra culpam nautæ vel mercatoris, dimidiatæ mercedis solutionem fieri oportere constitutum est, *Zee-Rechtien van Kon. Philippus tit. van Schippers en Kooplyden art. 3. vol. 1. pl. Holl. pag. 806. 807. Grotius d. libr. 3. cap. 20. num. 2. 3.****

28. Illud circa mercedis præstationem prætermittendum non est, cogendos haud esse prædiorum conductores ad mercedem locatori iterato solvendam, si eam hostibus, ea regione ad tempus potitis, bona fide ac sine collusionem solvere compulsi sint, nec ante hostilem occupationem in mora solvendi fuerint ex more regionis, arg. l. Paula Callinico 27. §. ult. ff. de legatis 3. Nec adversatur l. pen. ff. solutio matrimonii. Quod enim Licinia Gracchi uxori dotem, quæ in ea perierat seditione in qua Gracchus occisus erat, restitui oportere Publius Mucius respondit, id eo nittitur fundamentum, quod maritus in dote dolum & culpam præstare debeat, Gracchi autem culpa seditio illa facta erat, d. l. pen. Minus obest, quod Papinianus scripsit, eum, qui veteras navium & pensiones insularum, quæ dominus locaverat, prædoni solvit,

hoc ipso non liberari, l. si urbana 55. ff. de condit. et. indeb. cum prædo illic accipiatur pro malæ fidei possessore, qui privatus est, ac neque vi coegit ad solvendum, neque, si vi compulisset, ullo id fecisset jure: contra, quam est in hostibus, qui belli jure ex jure gentium muniti, & per hoc a prædonibus etiam publicis distincti sunt, l. botes bi sunt 118. ff. de verb. signif. l. botes sunt 24. ff. de captiv. & postlim. Matth. de Afflictis decis. 150. Ant. Faber Cod. lib. 4. tit. 42. defin. 33. Responsa Jurisc. Holl. par. 1. consil. 217. Ant. Mattheus de auction. lib. 2. cap. 6. num. 14. 15. Vide tamen placitum ordinum General. 6. Julii 1673. vol. 3. p. actis. Holl. pag. 269.

29. Ceterum non mercedem tantum actione locati locator persequitur, sed & damna, quæ rebus locatis per dolum latam levemve culpam conductoris illata sunt; quippe: quam a conductore præstari placuit, eo quod utriusque utilitas in hoc contractu vertitur, l. si, ut certo 5. §. nunc videndum 2. ff. commodati, l. contractus quidam 23. ff. de reg. jur. Proinde, si is fundum intempestiva cultura, si arbores, si vites operis rusticis imperite aut non suo tempore factis deterioribus reddiderit, si villarum, horreorum, aqueductuum curam neglexerit, atque ita hæc & alia similia corrumpi passus sit, locatori obstrictus erit, l. si merces 25. §. conductor 3. ff. b. t. Idemque est, si prædii conducti usum immutaverit sine locatoris voluntate, domum forte ad jumentorum stationem & stabuli usum convertendo, ex pascuis novalia, ex pomariis pascua faciendo, arbores frugiferas excindendo, villam diruendo, viridaria vel dembulationes arboribus infructuosas opacas atque amoenas dejicendo, ut horti olitorii fiant, vel aliud quid quod ad reditum spectat, arg. §. pen. Insit. b. t. d. l. 25. §. ipso quoque 5. ff. b. t. junct. l. si cuius rei 13. §. fructuaris 4. & §. ult. ff. de usufructu & quemad. quis utat. Responsa Jurisc. Holl. par. 1. consil. 215. & par. 3. vol. 1. consil. 18. Leeuwen cons. for. par. 1. lib. 4. cap. 22. num. 13. Sed & alia plura sunt, quæ culpe adnumerata, vel conductor usus vel locator operarum præstare d. beat, veluti si quis mulas conductas onere nimio imposito ruperit, l. qui insulam 30. §. qui mulas 2. ff. b. t. si cisiarius seu carrucarius, dum ceteros præterire contendit, cisiium evertat, & mercibus aut viatoribus damnum det, l. item queritur 13. pr. ff. b. t. si navicularius fervente tempestate e portu solverit, aut in navem minus idoneam merces transposuerit, d. l. 13 §. 1. ff. b. t. si magister sine gubernatore navem in flumen immiserit, & cum orta tempestate temperare non possit, eam cum mercibus amiserit, d. l. 13 §. 2. ff. b. t. si fullo pallia polienda permutaverit, aut ea mures roserint, vel cum rerum mobilium qui conduxisset usum, res aliorum aliis restituerit, d. l. 13 §. si fullo 6. ff. b. t. Factum quoque tertii toties ad culpam conductoris pertinet, quoties is suis inimicis aut alio simili modo causam isti facto præbuit, l. si merces 25. §. culpa autem 4. ff. b. t. arg. l. pen. pr. ff. solutio matrimonii, vel præcavere potuit, & rem ita custodire, ne alius in ea damnum det, l. videamus 11. §. item 2. l. sed de damno 41. ff. b. t. arg. l. item queritur 13. §. exercitum 7. ff. b. t. l. lector 12. 13. 14. ff. de peric. & comm. rei vend. Mascardus de probation. conclus. 894. verbo, incendium num. 16. 23. 24. Sande decis. Friric. libr. 5. tit. 7. defin. 2. Hugo Grotius manud. ad juris-

*prud. Holl. libr. 3. cap. 19. n. 34. 35.* Longum esset, omnia recensere, quæ & in hoc titulo & sparsim in iure ad culpam in hoc contractu præstandam relata occurrunt, quæ & ex parte in *tit. de lege Aquilia*, excussa jam sunt.

30. Illud monuisse sufficerit, culpæ levissimæ nullam in hoc contractu præstationem esse, nisi quis eam pacto in se receperit, aut pro custodia mercedem acceperit, *l. qui mercedem 40. ff. b. t. aut artificium professus sit, l. si quis domum 9. §. pen. ff. b. t. Grotius d. libr. 3. mandat. cap. 19. num. 36. & seqq.* Unde si quis dolia vitiosa ignarus locaverit, ex quibus deinde vinum effluxit, tenetur in id quod interest, nec ignorantia ejus excusata est, *l. sed adder 19. §. 1. ff. b. t. & si gemma includenda aut insculpenda data, ac contrafacta sit, non aliter is, qui id in se recepit, securus erit, quam si absque ulla ejus imperitia, solo materiz vitio, id ipsum acciderit, d. l. item quæritur 13. §. si gemma 5. ff. b. t.* Similiter qui columnam transportandam conduxit, si ea dum tollitur, aut portatur, aut reponitur, fracta sit, ita id periculum præstat, si qua ipsius eorumque, quorum opera utitur, culpa acciderit, culpa autem abest, si omnia facta sint, quæ diligentissimus quisque observaturus fuisset. Idemque intelligimus & si dolia vel tignum transportandum aliquis conduxerit; quod & ad alias res transferri potest, *l. si merces 25. §. qui columnam 7. ff. b. t.* Quæ iniqua videri non debent, cum affectare quisque non debeat id, in quo vel intelligit vel intelligere debeat, imperitiam suam aliis periculosam futuram esse, *l. idem juris est 8. §. 1. ff. ad leg. Aquil.*

31. Quod si casu fortuito res, circa quam locatio conductio concepta est, perierit, domino perit, nisi aliter periculum quoque in se receperit, *d. l. 13. §. si gemma 5. ff. b. t.* vel nisi dominus probet, casum ex concurrente conductoris culpa profuixisse, *arg. d. l. 13. pr. §. 1. 2. ff. b. t. Gomezius var. resolut. tom. 2. cap. 3. num. ult. Carpzovius defin. for. part. 2. consil. 26. defin. 19.* Imo si alienæ materiz novam formam artifex addiderit, certa mercede constituta, & antequam novam speciem perfecisset aut jam perfectam domino materiz in nulla mora posito restituisset, ea penes ipsum incendio, furto, aliove simili infortunio extra culpam ejus contingente perierit, domino quidem materiam quam dederat, artificii vero operæ pretium perire, æquum videtur, *arg. l. opus, quod aversione 36. ff. b. t. Resp. Jurisc. Hollan. part. 1. consil. 214.* quod repetitum *part. 4. consil. 70.* Nec recte his obijciatur, ad id, interitus rei, ex rei ipsius vitio contingens, artificem non gravet, pacto speciali opus esse, *l. si servus 27. §. si calicem 29. ff. ad leg. Aquil.* Novum enim non est, ut pacto caveantur & ea, quæ jure communi cauta sunt, dum vel juris illius imperiti sunt contrahentes, vel omnia tuta timent: ac hisce quoque pactionem in *d. §. 29.* propositam accenseri oportere; vel ex ipsa lege manifestum est, dum dicitur, artificem, *si non imperitia fregit, posse excusatum esse.* Ant. Matthæus *de action. libr. 2. cap. 10. num. 16.*

32. Tendit denique locati actio ad id, ut finita conductione res in eodem statu, quo data, restituatur, *l. cum conductorem 20. C. b. t.* quo non facta, propter rem quidem mobilem adversus conductorem in litem juratur, *l. si cui locaverim 43. §. 1. ff. b. t.*

propter immobilem vero, si usque ad sententiam restituere detrectet, ad rem simul & æstimationem ejus reddendam condemnatur, tanquam invasor alienæ possessionis, *l. pen. C. b. t.* Quod & nostris moribus firmatum est, in quantum post litem contestatam præter fundum & litis impensas dimidium pretii, post sententiam vero totum pretium & id quod interest, reddere domino tenetur, si in ære non habeat, in pelle luiturus. *Edict. Caroli V. 22. Januar. 1515. vol. 1. pl. Holl. pag. 36. & seqq. Politic. Ordonnantie van Holland. ann. 1530. art. 33. 34. Flagit. Ordin. Holl. 26. Sept. 1653. vol. 2. placit. Holl. pag. 2515. Responsa Jurisc. Holl. part. 4. consil. 34. Confer Wassenaar præf. judic. cap. 4. num. 52. & cap. 7. num. 1. & seqq.* Neque hanc rei conductæ restitutionem objecta per conductorem domini exceptio morari potest, etiamsi forte conductori facilis esset domini probatio, sed omnino possessionem prius reddere debeat, & tunc de proprietate litigare, maxime si non ordinaria hac locati actione, sed interdicto recuperandæ possessionis locator experietur, *l. si quis conductionis 25. C. b. t. Neostadius curia supr. decis. 87. Groenewegen ad d. l. 25. C. b. t. Wassenaar præf. judic. d. cap. 7. num. 10.* Tertium tamen per motam de dominio controversiam intercedere posse, ne locator res restituatur, verius est; nostris præsertim moribus, quibus probatum sistendi seu arrestandi jus. Vide Ant. Fabrum *C. lib. 3. t. 22. defin. 8.* Quid, quod nec pro impensis & meliorationibus in rem conductam factis retentio conductæ rei invito locatore fieri potest, si modo is idoneam obtulerit cautionem de reddendis iis, quæ ex conventionem vel lege aut more regionis restitui oportere judicatum fuerit, *Placit. Ordinum Holl. 26. Sept. 1653. art. 10. & seqq. vol. 2. placit. Holl. pag. 2518. Sande de prohibita alienat. part. 3. cap. 8. num. ult. & ibi plures citati. Wassenaar præf. jud. d. cap. 7. num. 34. & seqq. ad num. 41.*

33. Præter usum & operas, præcipua locationis objecta, etiam opus locari potest, ut scilicet interveniente artificis opera fiat, qui illud conducit seu redimit faciendum, etiam redemptor operis inde appellatus, *l. qui insulam 30. §. qui adem 3. l. ea lege 51. §. locavi 1. l. cum in plures 60. §. lege dicta 3. ff. b. t. l. 1. ff. in quib. caus. pign. vel hypoib. tacit. contrah. l. si ponti 24. §. divisi 1. ff. de reb. auctor. jud. possid. vel vend.* Licet & alio sensu redemptores dicantur, qui certum vectigal aut tributum, veluti portorium pro transitu pontis, exigendum conduxerunt, *l. cum in plures 60. ff. b. t.* aut frumentum aliaque similia de loco in locum transferenda, *l. si bi qui 14. C. b. t.* Ac in hac operis locatione conductor mercedem accipit, locator dat; cum aliquin in usus aut operarum locatione locator accipiat mercedem, conductor præstat, *l. ea lege 51. §. 1. l. cum in plures 60. §. mandavi 4. ff. b. t.* quamvis & illud verum sit, conductorem operis simul dici posse locatorem operæ, in quantum artifex, qui insulam ædificandam aut quid simile faciendum conduit, operam suam elocat, id est, faciendi necessitatem, *l. item si prædia 22. §. cum insulam 2. ff. b. t.* Atque hinc est, quod Marcellus disputans de conductore pluribus locante, an singulos in solidum convenire possit; eum *conductorem* appellat, quia opus a pluribus redemerat faciendum, & eundem tamen *locante* scribit, in quan-



tum operis conductio includit operarum locationem, *l. cum apparebit 47. ff. b. t.*

34. Locatur autem opus faciendum vel aversione, vel in pedes mensurasve, vel in dies singulos constituta mercede, *l. qui insulam 30. §. qui adem 3. l. opus 36. l. ea lege 51. §. locati 1. ff. b. t.* Potestque is, qui opus faciendum in se recepit, vel per se vel per alium, quem suo substituit loco, illud perficere, vel alteri rursus sublocare, *l. si cui locaverim 43. ff. b. t. stipulatio ista 38. §. si quis insulam 21. ff. de verb. obligat. arg. l. qui rois censibus 16. C. de episcop. & clericis, quo casu redemptor primus ex substituti, perperam opus adiungentis, culpa tenetur; cum culpa non careat, quod alteri minus perito minusve diligenti opus conductum commiserit perficiendum, arg. l. vel per literas 2. §. 1. ff. si minor fals. mod. dixerit; l. ad similitudinem 21. C. de episcop. & clericis, §. ult. Instit. de curat. & tutoribus. Non tamen opera vicaria in opere conducto admissa est, si specialiter inter locatorem ac redemptorem actum fuerit, ut is suis operis illud perficiat; cum longa inter artifices differentia sit & ingenii, & naturæ, & doctrinæ, & institutionis, *l. inter artifices 31. ff. de solution. Ut nec, si quis per testatorem legato vel institutione honoratus, opus facere iussus sit, & appareat voluisse testatorem, ut per ipsum opus illud fiat, l. fideicommissa 11. §. ult. ff. de legatis, 3.* Idemque est, si constituterit, in opere elocando certæ personæ industriam electam esse, quæ non ita in aliis reperitur, aut saltem ex locatoris æstimatione & affectione quodammodo dependet; veluti, cum quis Apelli aut Parrhasio picturam mandasset faciendam: non enim eandem in alterius pictoris surrogati opus affectionem artis istius cultoribus ac miratoribus surgere solere, palam est, Andr. Gayl. *libr. 1. observat. 97. n. 3. & seqq. Menochius de præsumpt. libr. 6. præsumpt. 92. Perezius Cod. b. t. num. locari quoque 11. Ant. Matthæus de obligat. disput. 21. thes. 6.**

35. Ceterum in operis locatione varia veniunt consideranda, puta probatio vel improbatio ejus, periculum, locus & tempus ubi ac intra quod illud perficiendum est, ac denique operis locati intuitu solvenda merces. Probationem quod attinet, ea vel a locatoris vel a tertii arbitrio pendere potest. Ipsius locatoris aut heredis ejus arbitratu fit, si inter contrahentes id actum fuerit; quo casu non aliud censetur conventum, quam ut conductor in opere perficiendo sequatur præscriptum locatoris, arbitrio viri boni; sic ut locator opus improbare nequeat, ubi quisque bonus illud probatus fuisset, tanquam secundum locatoris voluntatem factum, *l. si in lege 24. pr. ff. b. t. l. si liberius 30. §. de operis libris. junct. l. in personam 22. §. 1. ff. de reg. jurii. Unde &, si domus facienda locata fuerit, lege dicta, ut probatio locatoris aut heredis ejus esset, ac redemptor ex voluntate locatoris quædam in opere permittasset, responsum a Labæone, opus quidem ex lege locationis non videri factum, sed quoniam ex voluntate locatoris permittatum esset, redemptorem absolvi debere; tanquam qui ex viri boni judicio opus secundum locatoris præscriptum implevit, *l. cum in plures 60. §. lege dicta 3. ff. b. t.* Quibus non obstat, quod conferri nequeat in emtoris arbitrium pretii determinatio, *l. quod sepe 35. §. 1. ff. de contrahend. emt.* Considerandum enim, in debitoris quidem aut*

creditoris arbitrium conferri posse, quid, quale, quantum præstandum sit, si modo subsit efficax obligatio ad aliquid præstandum, sic ut eo casu arbitrium debitoris aut creditoris pro viri boni arbitrio accipiendum sit, *l. si societatem 6. ff. pro socio, l. si quum ea 5. C. de dotis promiss. l. si libertus 30. ff. de operis libert. arg. l. in personam 22. §. 1. ff. de reg. jurii, l. hac venditio 7. ff. de contrab. emt.* Posse etiam in creditoris arbitrium conferri, an sibi velit deberi, nec ne; qua ratione subsistit legatum sub illa datum conditione, si legatarius voluerit, *l. si ita expressum 69. ff. de condit. & demonstrat. l. si ita legatum 65. §. iili 1. ff. de legatis 1. & venditio probata est, ut Sicut tibi res venditis aureis tot, si intra certum diem tibi placuerit. §. pen. Instit. de emt. vendit. l. si res ita 3. ff. de contrab. emt. uti & illa, qua res ad gustum vendita est, in quantum emtori licet post degustationem improbare, *l. si in emtione 34. §. alia causa 5. ff. de contrab. emt.* quibus in casibus emtor, rerum ex venditione tradendarum creditor, definit, an sibi eas velit ex emto debitas, nec ne. Contra vero, in arbitrium debitoris, conferri non posse, an velit obstrictus esse, nec ne, *l. hac venditio 7. ff. de contrab. emt. l. arbitraria 2. §. Scavola 2. ff. de eo quod certo loco, l. stipulatio 17. ff. de verb. obligat.* Quo posito, non adversatur *d. l. 35. §. 1. ff. de contrab. emt.* quippe in qua emtor erat debitor pretii suo arbitrio determinandi, & poterat non determinando efficere, ne debeat; cum ex adverso hic locator sit creditor operis illius, quod suo arbitrio probaturus est.*

36. Arbitrio tertii fit operis probatio, cum viri boni judicio æstimatur operis qualitas, an conventio, ni inter locatorem & conductorem facta respondeat, nec enim ille de tempore, intra quod perficiendum erat opus, sed tantum de bonitate ejus judicium ferre debet; adeo ut nec tempus, contractus lege definitum, coarctare arbitrio suo possit, aut prorogare, nisi & hoc ipsum lege comprehensum sit, *l. si in lege 24. pr. ff. b. t.* Et hujus tertii arbitratu standum erit, nisi inique arbitratus sit, aut dolo redemptoris opus probaverit, quod alioquin vere improbandum esset. Nam si, non interveniente redemptoris dolo, arbitrium manifeste iniquum arbitri interposuerit, illud judicio bonæ fidei corrigendum foret, *l. unde si Nervæ 79. ff. pro socio.* Sin per dolum redemptoris secuta fuerit probatio operis, irrita habetur, perinde ac si opus a tertio probatum haud fuisset, *d. l. si in lege 24. pr. ff. b. t.* Quod si tertius ille vel noluit, vel morte, furore aliterve impeditus, non possit opus perfectum probare, non ideo inutilis erit locatio operis quasi deficiente contractus conditione. Quamvis enim locatio aut venditio nulla intercessisse intelligatur, si tertius, cujus arbitrio mercedis vel pretii determinatio commissa fuit, haud arbitretur, *l. merces 25. pr. ff. b. t. in fine Instit. de emt. & vendit. l. ult. C. de contrab. emt.* tam ad hanc operis probationem id transferendum non est; cum locatio ac emtio ob non definitum ab arbitrio pretium deficiat in sui substantia, quasi nulla mercede nulloque pretio constituto, ut habent verba *d. l. 25. pr. ff. b. t. d. l. ult. C. de contrab. emt.* atque insuper censeatur non pure sed sub conditione contracta esse; qua conditione deficiente totam quoque obligationem ex contractu deficere, necesse fuit, *d. l. 11. At cum opus æ-*

bitrio tertii probandum locatur, puta locatio est, ac statim ab initio tum merces tum opus, certa lege faciendum, consensu mutuo determinatum apparet; neque in sui deficit substantia ante factam a tertio probationem, sed tantum circa contractus pure celebrati ac perfecti implementum, an nempe secundum legem conductionis opus perfectum sit, arbitrium tertii occupatum est: quale arbitrium in omnem eventum ad judicem pertinuisset, si nullus tertii arbitrium circa probationem operis fuisset electum, & conductore mercedem petente, locator exciperet, non ex lege locationis opus factum esse. Ut proinde in casu nostro, si tertius opus nec probet nec improbet, iudicis aestimatio esse debeat, an per operis redemptorem legi conductionis satisfactum sit. Eo fere modo, quo & pater, qui vel suo vel tertii arbitrato se dotem genero daturum promissit, etiam arbitrio tertii deficiente congruam dare dotem compellitur pro modo facultatum suarum ac mariti dignitate, quia etiam arbitrio omni detracto efficax fuisset promissio patris, utpote citra tale arbitrium ad dotem filia constitutuenda obstructi, *l. cum post divortium 69. §. gener 4. ff. de jure dot. junct. l. capite trigesimo quinto 19. ff. de ritu nupt. l. ult. in med. C. de dotis promiss. l. si filia 43. ff. de legatis 3. l. 1. §. 1. ff. de legatis 2.*

37. Circa periculum operis distinguendum inter opus per aversionem locatum, & illud, cujus faciendi locatio in pedes mensurave concepta est. Si per aversionem, ad conductorem spectabit operis periculum donec illud a locatore approbatum fuerit, quoties culpa conductoris vitiosum factum perit ante probationem, *l. ea lege 51. §. 1. l. ult. ff. b. t. sive merces una toti operi consummato constituta sit, sive id actum fuerit, ut in dies singulos certa merces redemptori operis penderetur; si modo universitas consumptionis pertinuerit ad conductorem: nam si ideo in operas singulas merces constituta fuerit, ut arbitrio domini seu locatoris opus efficeretur, nihil de operis bonitate conductorem domino oportet prestare, d. l. 51. §. 1. in fine ff. b. t. Plane si non operis ipsius, sed soli vitio opus corruerit imperfectum ac necdum probatum, locatoris potius quam conductoris id damnum foret, d. l. ult. ff. b. t. junct. l. si fundus quem 33. pr. ff. b. t. Quod si casu fortuito, veluti incendio, terræ motu seu insolito terræ tremore ac concussionem & generaliter *vi majore* seu *vi divina*, opus consumtum sit, si quidem tale jam opus fuerit, ut probari deberet, ad locatorem id detrimentum pertinet, nisi aliud actum sit, *l. opus quod aversione 36. in fine, junct. l. 37. ff. b. t.* si vero imperfectum, ut necdum probatio ejus desiderari potuerit, magis ad ipsius conductoris periculum is casus spectat, arg. d. l. 37. ff. b. t. Quo facit, quod, si quis insulam sibi fieri stipulatus sit, aut heres ad eam legatarius edificandam damnatus fuerit, ac, cum aliqua pars insule facta esset; ea incendio consumeretur, dehincum fuit, integrum ei, qui ad eam extruendam obligatus erat, tempus concedendum rursus esse, quo insula tota fieri possit, antequam cum eo ad id quod interest, opus præstitum non esse, agi debeat, *l. & id eo basis: autur 15. junct. l. 14. ff. de verb. oblig.* qualis integri temporis concessio supervacua foret, si non ex integro post tale incendium ad opus totum perficiendum obstructus esset, cui vel ex conventionem vel ex testatoris voluntate domus extruen-*

da necessitas imposita est. Nec huic contrarium est Javoleni responsum, cum ait: *Marcus domum faciendam a Flacco conduxerat, deinde operis parte effecta, terra motu concussum erat edificium. Marcianus Sabiqus, si vi naturali, veluti terra motu, hoc acciderit, Flacci periculum esse, adeoque locatoris, l. Marcus domum 59. ff. b. t.* Non enim illic per terræ motum denotatur insolita illa terræ concussio, qua & montes subsidere, & domus ruere, & alia natura miranda fieri constat, in cujus causas prolixissime inquit Seneca *Quæstionum naturalium lib. 6. cap. 4. & multis seqq. usque ad finem, sed potius terræ levioris seu mollioris subsidentia, qua cedit oneri graviore imposito, cui ferendo par non est, adeoque vitium illud soli, cujus meminit Jurisconsultus Labeo, in l. ult. ff. b. t. & Gajus, cum ait, fructuarium jure desiderare, sibi cavere per proprietarium de vitio soli, uti dominus proprietatis vicissim cautionem exigit de vitio operis, si quid fructuarius ædificet, l. inter fructuarium 20. ff. de damno infecto, ex quo soli vitio etiam superveniens operi damnum ad locatorem pertinere, jam supra adstructum ex d. l. ult. ff. b. t. Non sane damnum ex omni terræ motu ad Flaccum pertinuisse, sed ex eo, qui *vi naturali* contingit, a Javoleno in d. l. 59. ff. b. t. scriptum fuit; id vero fit, si inædificata, pondere suo terram subjectam prementia, eandem moveant, promoveant, ac gravitati suæ faciant cedere: unde & *loci palustris aut arenosi naturale vitium esse*, Ulpianus tradidit *l. fluminum publicorum 24. §. sed ut ne 2. ff. de damno infecto*, qualis terræ motus a vi naturali solique vitio proficiens, nihil commune habet cum illa terræ motus specie, quæ fluminis, aut maris, aut tempestatis, aut incendiū violentiæ conjungi, & quantum ad effectus juris exæquari solita, casibus plane fortuitis adnumeratur, & non ad vim naturalem, sed magis ad vim divinam pertinet, d. l. fluminum 24. §. Servius 4. & §. 5. ff. de damno infecto, quam & vim majorem Jurisconsulti diverunt, *l. si merces 25. §. vis major 6. l. opus, quod 36. ff. b. t. & vim magnam, l. hoc in 2. §. 1. in fine ff. de peric. & comm. rei vend.* ac denique talem, quæ contra consuetudinem damnum infert, *l. fistulas 73. §. ult. ff. de contrab. emt. junct. d. l. si merces 25. §. vis major 6. ff. b. t.* Quod si non aversione, sed in pedes mensurave, opus locatum sit, periculum a casu fortuito atque insolito descendens, eatenus locatoris est, quatenus opus ei per redemptorem jam admensum fuit, vel ejus saltem conditionis erat, ut admensurari pro parte potuerit ac debuerit, sed per locatorem stetit, quo minus pars operis admensa atque approbata sit, d. l. opus, quod 36. ff. b. t. cum placuerit, etiam imperfectum opus hoc casu oportere metiri, *l. qui insulam 30. §. qui adem 3. ff. b. t.* In reliquis periculum operis, in pedes mensurave locati, ad locatorem quandoque spectat, quandoque ad conductorem, secundum eandem distinctionem, quæ supra in opere per aversionem locato probata sunt, arg. d. l. 36. ff. b. t. Plane, si locator semel opus approbaverit, sive aversione sive in pedes mensurave locatum, periculum omne mox ad locatorem probantem incipit pertinere, etiamsi postea ex operis ipsius vitio & culpa redemptoris collabatur, cum sibi suæque in probando facilitati id damnum imputare debeat: eodem modo, quo & is, qui fidejussorem facultatibus minus ido-*

nomen admittit tanquam opulentum, atque ita probavit, eundem postea reprobare nequit, aut, causata inopia ejus, alium ipsius loco surrogandum desiderare, l. qui satisficere 3. in fine ff. de fidejussor. & mandator. l. si is, a quo 3. §. ult. ff. ut in possess. legat. vel fideic. serv. causa esse liceat. Nisi dolo redemptoris locator ad operis vitiosi probationem inductus sit, arg. l. si in lege 24. in fine principii ff. b. t. Opere autem perfecto, at necdum probato, locatorem totis quindecim annis de operis jam perfecti vitio queri posse, est in l. omnes, quibus 8. C. de operibus public. quam constitutionem, ut generalius conceptam, de opere necdum probato accipi oportere, convenienter generalibus juris anterioris fundamentis, recte traditum ab Ant. Matthæo de auct. lib. 2. cap. 10. num. 18. Generaliter interim circa hanc operis locationem observandum est, si plares simul opus idem faciendum conduxerint, illudque suo vitio collabatur, singulos non in solidum, sed pro sua tantum portione conveniendos esse, nisi sese singuli in solidum obligassent ad operis perfectionem, arg. l. res promittendi 11. §. 1. 2. ff. de duobus reis constituendis; licet enim operis ipsius obligatio individua sit, quatenus unusquisque redemptorum non satisfaciatur locatori partem operis præstando, nec operis effectus in partes scindi potest, l. in executione 85. §. secunda 2. ff. de verb. oblig. l. fideicommissa 11. §. si in opere 25. & 24. ff. de legatis 3. ipsa tamen pœna vel ejus quod interest præstatio in casum operis non perfecti, inter plures divisionem patitur partisque solutionem, l. stipulationes 72. ff. de verb. obligat. Ant. Matthæus de auct. lib. 2. cap. 10. num. 19. Wissenbach ad Fand. vol. 2. disp. 41. num. 17.

33. Absolvendum opus redemptum intra tempus illud, quod locationi adjectum est, nisi tam angustum temporis spatium inveniat appositum, ut per naturam possibile non sit, tanta molis opus spatio tam exiguo ad finem perducere; quippe quo casu magis ob impossibilem repromissionem tota obligatio nulla foret, arg. l. insulam 58. §. in operis 1. ff. b. t. l. arbitraria 2. §. quia ita stipulatur 6. ff. de eo quod certo loco §. loca 5. inst. de verb. obligat. l. non solum 31. ff. de obligat. & act. l. impossibilitatem 185. ff. de reg. juris. Si tempus nullum adjectum sit, tantum tempus operi perficendo tacite inesse intelligitur, quantum viri boni arbitratu sufficit, adeo ut nec ante agi ex ea causa possit ad id quod interest, aut potius promissam, quam ubi tempus præterierit, quo commode potuisset opus finire, l. si ita stipulatur 14. l. 15. l. interdictum 73. l. existimo 93. §. ex hac stipulatione 1. ff. de verb. oblig. l. insulam 58. §. in operis 1. ff. b. t. nec ante opus idem rursus alteri relocari, cum pactum appositum esset, ut si ad diem effectum non esset relocare id liceret, quam si dies efficiendi præterisset, l. item quaritur 13. §. si lege 10. ff. b. t.

39. Sed & tali in loco opus faciendum, in quo ut fieret convenit; sic ut nihil agat promissor alio in loco illud perficiens, ac in nihilum liberetur; in quo dandi promissio a faciendi promissione distincta est, l. arbitraria 2. §. idem Julianus 7. ff. de eo quod certo loco. Adde tit. de eo quod certi loco num. 8. Si de loco operis faciendi nihil expressum sit, & ex indicibus & conjecturis colligi nequeat, quem operi efficiendum locum contrahentes expecterint, magis est, ut con-

ventio talis in universum nullius momenti intelligatur, d. l. arbitraria 2. §. si quis insulam 5. ff. de eo quod certo loco, l. ita stipulatur sum 115. ff. de verb. oblig.

40. Denique circa mercedis solutionem pro opere servandum id, quod inter contrahentes actum est; cuius conventionis speciem de moribus exhibet Ant. Matthæus de auct. lib. 2. cap. 10. n. 12. Alioquin operis quidem aversione locati merces non nisi post opus perfectum præstanda videtur; cum nemo regulariter jure desideret ab alio implementum contractus, nisi prius ipse ex suo latere præstiterit ea, ad quæ ex conventionem obstrictus est, ut latius dictum tit. de act. emt. n. ult. Hocque facit illud Festi, redemptores describentis, quod proprio atque antiqua consuetudine dicerentur, qui, cum quid publice faciendum aut præbendum conduxerant, effectuantque, sum demum pecunias accipiebant. At si in pedes mensurave locatum opus sit, quatenus admensum est, vel per locatorem stetit, quo minus admensuraretur, solutio mercedis facienda est, cum & ipsa operis impletio ex tali conventionem in partes divisa sit. Quod autem a Matthia Colero, decr. 201. n. 4. & seqq. aliisque ab eo citatis traditum, nullam penitus artificem mercedem præstandam esse, qui, cum opus certa forma faciendum redemisset, non ex præscripto id adimplevit, sic ut aliquid notabile supersit adimplendum, aut immutandum; ita demum admittendum videtur, si opus illud ita, uti factum est, nullam locatori utilitatem unumve præstare possit, vel opus tale non ex præscripto factum sit, quod sine sui læsione locator penes redemptorem relinquere posset. Nam si cum artifice id egerim, ut is in mea area insulam suis impensis faciat, iniquum foret eum ob formam in nonnullis neglectam & tota materia & manupretio in universum spoliari; sed potius diminuta mercede pro rata minoris usus aut bonitatis operis, ac quatenus interest locatoris, opus ex lege perfectum non esse, in reliquum condemnari me, æquum est, nec cum alterius jactura locupletior evadam; eo modo, quo & emtor pretium, sed diminutum præstat, quoties non ea præstatur vel quantitas vel qualitas ac bonitas emta rei, quæ dicebatur subesse; secundum ea quæ tit. de contrab. emt. num. 6. & seqq. dicta sunt. (Quamvis enim opere locato significetur opus perfectum, l. rei appellatio 5. §. 1. ff. de verb. signif. atque adeo necdum perfectio opere videri possit nulla conducti actio redemptori nata; tamen extra id, quod actum est, obligationem ex æquo nasci, novum non est; etiam si impleta non sit conditio illa, ex qua solutio aut restitutio rei suspensa erat, arg. l. si quis affirmavit 9. §. Labro 3. ff. de dolo, l. si, qui commodatum 13. in fine ff. commodati. Opere autem perfecto liberum redemptori est, sibi consulere operis retentione, donec merces promissa soluta fuerit; de quo vide tit. de compensation. num. pen. & ult. nisi forte opus publicum fuerit, cujus retentionem pro mercede negat redemptori, Ant. Matthæus de auct. lib. 2. cap. 10. num. 21. Wissenbach ad Fand. vol. 2. disput. 41. n. 17.

41. Porro de contractibus inter magistrum navis & exercitores, ut & inter magistrum navis ac socios nauticos; denique inter magistrum navis & mercatores mercium transvehendarum intuitu, vide Hugonem Grotium *manud. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap.*

20. *ibique margin. addita Placita Caroli V. & Philippi Hisp. Regis, & de locatione inter magistrum navium piscatoriarum, præcipue halecum causa paratarum, & socios nauticos eorum muniis, officiis, mercedibus, varia occurrunt edicta vol. 1. placitor. Holl. pag. 693. & seqq. ad pag. 706.*

## TITULUS III.

## De Æstimatoria.

## SUMMARI A.

1. *Quid sit contractus æstimatorius? quæ actio inde detur, & ad quid? An ei locus, si merces intervernerit?*
2. *Quid juris, si pluri vel minoris sit res vendita, quam per dantem æstimata fuerat? Qualem culpam præstet qui rem vendendam recepit, distinctione explicatur.*
3. *Quid obtineat, si res alteri data sit pretii explorandi gratia, vel inspiciendi causa?*

1. **C**ontractus æstimatorius est innominatus, bonæ fidei, quo res alteri æstimata vendenda traditur, ea lege ut vel pretium, vel ipsa res incorrupta restituatur. Et quamvis magnam cum aliis nominatis contractibus affinitatem habeat, in quantum propter æstimationem venditio, propter operam in venditione navandam locatio vel mandatum videri potest, l. 1. ff. b. r. tamen quia ab his omnibus in nonnullis diversus est, melius visum fuit, hoc negotium innominatis accenseri contractibus, indeque civilem æstimatorem præscriptis verbis, & quidem bonæ fidei, actionem dari, d. l. 1. quæ tendit ad ea, quæ in definitione contractus hujus expressa sunt: atque etiam utiliter locum habet, licet merces intervernerit, dum in dubio non tam mercedis, quam æstimationis famæ ratio habetur, l. 2. ff. b. r.

2. Quod si is, qui rem certo pretio vendendam receperat, minoris distraxerit, integrum nihilominus domino pretium præstare debet: sin pluri, illud quod excedit æstimationem factam, non sibi servat, sed domino restituit, si non aliud actum sit, l. si tibi rem 13. ff. de præscriptis verbis, l. si margarita 44. ff. pro socio. Ipsi autem rei vendenda datæ periculum ad dantem pertinet, si is rogaverit accipientem, dum forte nummis ipse indigebat, l. si gratuitam 17. §. si margarita 1. ff. de præscriptis verbis, Paulus recepit. sens. lib. 2. t. 4. in fine, sin accipiens dantem, dum forte pretium ex venditione redactum accepturus erat ex causa mutui, cum prius mutuus ipse rogasset, nec alias dominus rem illam habuisset venalem, periculum magis ad accipientem pertinet, quasi ejus gratia, qui rogavit, contractus hic intervenisse intelligatur, d. l. 17. §. 1. ff. de præscriptis verbis, l. rogasti 11. ff. de reb. creditis, l. qui negotia 34. in pr. vers. his argumentum ff. mandati, Paulus d. lib. 2. tit. 4. in fine, sin neuter, & tamen mutuo consensu res vendenda data sit, ea quidem dantis periculo est, sed accipiens dolum latam ac levem in ea culpam præstat, d. l. 17. §. 1. ff. de præscriptis verbis. Quævis culpa levis etiam solummodo præstanda est, si accipiens dantem quidem rogaverit, sed res talis accipienti vendenda data sit, quam dominus etiam non rogatus habebat venalem, arg. d. l. rogasti 11. ff. de

reb. creditis, in qua lege verba, si sine culpa tua perdidideris, denotant culpam levem; cum culpa simpliciter posita plerumque culpam levem denotet, veluti in l. contractus 23. ff. de reg. juris, l. si, ut certo 5. §. nunc 2. ff. commodati. Ut &, si appareat, animo societatis inter dantem & accipientem ineunda rem vendendam datam esse, arg. l. si margarita 44. ff. pro socio, junct. §. ult. Instit. de societate. Et secundum hanc distinctionem limitanda verba generaliora de periculo occurrentia in l. 1. §. 1. ff. b. r. quæque inde petita inveniuntur apud Grotium *manud. ad jurispr. Holl. libr. 3. cap. 19. n. 8.*

3. Potest & res alteri dari, non vendendi, sed pretii explorandi gratia, l. 1. §. ult. ff. de præscriptis verbis. Potest quoque inspicienda dari, quo casu is, qui inspiciendam accepit, culpam præstare debet secundum distinctiones paulo ante de æstimatorio contractu propositas, l. si gratuitam 17. §. Papinianus 2. l. duo secundum 23. ff. de præscriptis verbis.

## TITULUS IV.

## De Rerum permutatione.

## SUMMARI A.

1. *Quid sit permutatio? An & pecunia numerata recipias permutationem cum alio corpore, & ita ut corpus considerari possit? Dum datur pecunia ut Stichus detur, ad explicationem l. ult. ff. de condict. causa data.*
2. *An & res aliena recipias permutationem? Cur res aliena vendi possit, at non permutari? Quis sit effectus, si quis rem alienam dederit, ut vicissim rem recipere? & quid, si is, qui acceperat rem non propriam dantem, vicissim dederit rem suam, aut vice versa?*
3. *Qualis actio detur ex permutatione, & ad quid tendat? An moribus penitentia locus sit in contractu permutationis? & similibus? An conventio de dando ut vicissim detur bodis obliget? In quibus differat permutatio ab emtione?*

1. **P**ermutatio est contractus innominatus, bonæ fidei, quo res propria datur, ut vicissim alter rem propriam det; adeoque contractus innominatus do ut des, l. 1. ff. b. r. l. naturalis 5. §. & si quidem 1. ff. de præscriptis verbis, sive corporis cum corpore, sive quantitatis seu rei fungibilis cum corpore, sive quantitatis cum quantitate alterius vel ejusdem generis sed diversæ bonitatis, permutatio fiat, arg. l. pen. C. b. r. l. naturalis 5. §. & si quidem 1. ff. de præscriptis verbis, nam & ipsam numeratam pecuniam recipere permutationem, neque a jure nostro, neque a ratione naturali, neque ab hodierno usu alienum est. Primo enim nummos majoris pretii cum iis, qui minoris valent, magisque rerum minutarum commerciis inserviunt, aureos quoque cum argenteis, commutari quotidianum, & Judæis nostris pariter ac Christianis usitatum est, & fuit olim. Sed & secundo etiam numeratam pecuniam cum alio corpore permutationem recipere, quoties non tanquam pecunia numerata, sed tanquam corpus datur, intelligi potest ex l. ult. ff. de condict. caus. data causa non sociata, in qua cum facti species talis esset proposita, dedit sibi pecuniam, ut mihi Stichum daret, & quærere

tur, utrum id genus contractus pro portione emtionis & venditionis esset, an potius hic nulla alia esset obligatio, quam *ob rem dati re non secuta*; Jurisconsultus ait, in posterius illud se *proclivior* esse: unde & conditionem pecuniae data concedit, si Stichus mortuus sit, antequam daretur, vel alienus appareat. Et hoc ipsum suadent aperte satis verba ipsa conventionis in *d. l. ult.* propositae. Quae enim, obsecro, manifestior esse poterat formula contractus innominati, *do ut des*, quam haec: *dedit tibi pecuniam, ut mihi Stichum daret*? Datio sane pecuniae contractus hujus initium facit; datio quoque Stichi vicissim contractus hujus finis est. Cum ex adverso non a datione sed consensu & conventionis initium emtionis sit; adeo ut, quicquid in emtione datur post consensum super re & pretio, perfecta jam emtione detur, solvaturque quasi debitum, nec actione emti intentatur ut res detur, sed magis, ut *tradatur l. ex emtio 11. §. & in primis 2. ff. de act. emti*, sic ut venditor necesse non habeat rem venditam emtoris facere: *l. si ita distrabatur 25. §. 1. ff. de contrab. emi.* sed satisfaciatur vacuam tradendo possessionem, *l. 2. §. 1. l. 3. pr. & §. 1. ff. de act. emi.* quo ipso, -i venditor dominus sit, emtorem quoque dominum efficit; si non sit, emtori tantum jus usucapiendi, & de evictione actio competit, si res emta ante usucapionem evicta sit, *d. l. 11. §. 2. ff. de act. emti, l. 1. pr. ff. b. 1. Nummum quidem Victoriatum, & peregrinum in genere pecuniam, mercis loco fuisse habitam, ac vendi solitam, ex Volusio Muziano, Plinio Constantino in l. 1. C. de veteris numismatis potestate, aliisque docet Brissonius antiquit. lib. 1. cap. 8. sed vix est ut de pecunia tali peregrina Celsi verba, in *d. l. ult. de condict. caus. data*, accipi possint; cum tunc non tanta subsuisset dubitandi atque hæsitationis ratio ut Jurisconsultus etiam dubitanter respondisset, in *id se proclivior* esse, ut contractus innominatus sit; dum certum utique atque expeditum est, reprobus nummos, quales & peregrini, nec pretium posse constituere, nec solutos liberare pecuniae debitorem, *l. eleganter 24. §. qui reprobus 1. ff. de pignorat. act. l. creditor oblatam 102. de solution.* Ut proinde rectius pecuniam in *d. l. ult.* propositam simpliciter de nummis pecuniam numeratam constituentibus, sed per contrahentes consideratis, tanquam corporibus, interpretemur; maxime, cum tot aliis in casibus ac legibus pecuniam numeratam ex voluntate domini tanquam corpus considerari in aperto sit; usque adeo, ut, si testator pecuniam tanquam certum corpus legaverit, in legato tali non ille juris definitiones, quae de quantitativis, sed quae de corporibus atque ipsis etiam fundis legatis probatae sunt, admitti debeant, *l. talis scriptura 30. §. item si legatur 6. l. plane, ubi 34. §. sed hoc ita 4. l. si servus legatus 108. §. qui quinquage 10. ff. de legatis 1. junct. l. si it, cui 94. §. 1. ff. de solution.* Nec hisce ita expositis adversatur tantopere Paulus Jurisc. in *l. naturalis meus 5. §. & si quidem 1. ff. de praecript. verbis*, cum ait: *si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emtio & venditio est; sin autem rem do, ut rem accipiam, quia non placeat rerum permutationem emtionem esse, dubium non est, nasci civilem obligationem.* Etenim, cum in hac lege duae distinctae proponantur conventiones, in quarum una dicitur data pecunia, in altera rei, non potuit Paulus aliud in pecunia spectare, quam quantitatem,*

Voet ad Pand. Tom. III.

permutatione.

rei seu corpori oppositam; cui consequens erat, ut optimo jure responderet, emtionem esse, habentem consensum rem & pretium, consistens in pecunia numerata, non ut corpus illic considerata. At in *d. l. ult. ff. de condict. caus. data* nulla talis invenitur duorum distinctorum casuum, aut rei & pecuniae, oppositio: cumque pecunia data esset ut Stichus daretur, Celsus animadvertens, dare proprie pertinere ad dominii translationem, adeoque vocabulum esse, quod permutationi magis quam emtioni respondet, *l. dedisse 70. ff. de verb. signif. l. ubi unum 75. §. ult. ff. de verb. oblig.* pecuniam autem vel ut corpus vel ut quantitatem posse considerari, ut ante probatum; in *id proclivior* se esse dixit, innominatis contractibus istam facti speciem adscribendam esse.

2. Permutari possunt regulariter res omnes, quae recipiunt venditionem; eo excepto, quod res aliena vendi possit, *l. rem alienam 24. ff. de contrab. emi.* non item permutari; eo quod in venditione persona quidem obligatur ex consensu ad rem tradendam, res autem ipsa, quae venditur, haud afficitur, neque traditio ejus ad contractus perfectionem necessaria est, sed tantum ad implementum spectat. At permutatio non nisi a datione rei initium habet; dare autem rem alienam cum effectu nemo potest, quippe plus juris in alium translaturus quam ipse habet, contra *l. nemo plus juris 54. ff. de reg. juris*, adeo ut permutatio hac in parte pignoris dationi magis, quam venditioni similis sit. Atque hinc eum, qui rem alienam dederit, ut vicissim ab accipiente rem aliam reciperet, nullam contrahere permutationem, Pedius ait *l. 1. §. ideoque 3. ff. b. 1. cui* consequens erat, accipientem neque ad id, ut vicissim rem suam daret, neque ad id quod interest ei, qui rem alienam dederat, obligatum esse; sed tantum teneri, ut rem danti restituat, cui ad id competit conditio quasi re non secuta, *d. l. 1. §. ult. ff. b. 1. qui* paragraphus ultimus cohæret penultimo, atque ita de eo, qui non suam sed alienam rem dedit, accipiendus est. Si tamen is, qui rem acceperat ex causa permutationis a non domino, quem dominum esse putabat, vicissim rem suam dederit, potest eam, quam accepit, usucapere, aut, eadem ante evicta, de evictione actione in factum experiri, *l. 1. §. unde si 1. ff. b. 1. l. 1. C. b. 1. l. si permutationis 29. C. de evictio. arg. l. requiritur 4. §. sed & si 17. ff. de usurp. & usucap. l. sed & si 7. §. Sed & si 5. ff. de public. in rem act.* vel etiam condicere rem suam, quam vicissim dedit, antequam sine causa existentem penes eum, qui rem alienam dando nullam contraxerat permutationem, arg. *tit. ff. de condict. sine causa.* Quemadmodum ex adverso & is, qui rem suam dedit, si vicissim ab accipiente acceperit rem non accipientis propriam sed alienam, rem suam condicere posset vel ex capite penitentiae, vel conditione causa data causa non secuta, *l. ult. ff. de condict. caus. non secuta*, in quantum implevisse non intelligitur dandi promissionem, qui rem alienam dat, *l. ubi autem 75. §. ult. ff. de verb. oblig. junct. l. si ita 25. §. 1. ff. de contrab. emi.*

3. Ex permutatione datur actio bonae fidei praescriptis verbis, competens ei, qui suam rem dedit, adversus eum qui accepit, ad id, ut vicissim det quod promisit, vel praestet id quod interest, *l. naturalis meus 5. §. & si 1. ff. de praecript. verbis, §. actionum 28. Inst. de action.* Nec ignorari debet, nostris moribus con-

ditiones ex capite penitentiae in contractibus innominatis a datione incipientibus reprobatae esse, ut dictum sit. *de condit. caus. dat. causa non secuta num. 5.* Quin & ex conventionem de re danda, ut vicissim res alia detur, efficacem dari actionem, etsi nequid ex alterutro latere traditio intercesserit, dum ex nudis etiam pactis actiones hodie nasci constat. *Leeuwen contr. for. par. 1. lib. 4. cap. 13. n. 7. in fine.* De cetero differre in multis emtionem a permutacione, docet Paulus in *l. 1. pr. ff. b. 1. & plenius exponit Parens p. mem. Paulus Voet ad §. 2. Instit. de emtione vendit. n. 2.*

## TITULUS V.

### De Præscriptis Verbis & in factum actionibus.

#### SUMMARIA.

1. Quid sint contractus innominati? quotuplices sint? Cur nomine speciali careant?
2. Contractus innominati omnes re constant. An admittant penitentiam jure civili ac moribus?
3. De actione præscriptis verbis ex contractibus innominatis. Ea subsidiaria est, cum aliae deficiunt. Recensentur tamen plures casus, quibus hac cum aliis actionibus concurrat. Explicatur ratio unde natus sit ille concursus?
4. In subsidium facilius ad actionem præscriptis verbis, quam ad actionem doli confugiendum. An ex contractu, facio ut des, danda sit doli actio, an magis præscriptis verbis?
5. An actio præscriptis verbis confundi debeat cum actionibus in factum?

1. PRæmissis duabus nobilioribus contractuum innominatorum speciebus, restat ut generalius, sed paucis, de contractibus innominatis dispiciamus quales in universum sunt, qui certum quidem ac speciale nomen a jure civili non habent impositum, sed tamen obligandi causam in se continent, puta dationem aut factum. Confer Vinnium *tract. de pactis cap. 8. n. 8. & mult. seqq.* ac vulgo quatuor enumerantur; do ut des, do ut facias, facio ut des, & facio ut facias, *l. naturalis 5. pr. & §. seqq. ff. b. 1.* ex quibus tamen plures alii possunt exsurgere, veluti, *do ut des & facias, facio ut des & facias, do & facio ut des, do & facio ut facias, do & facio ut des & facias, uti &, do ne des, do ne facias, facio ne des, facio ne facias &c.* Scilicet, cum natura ita comparatum esset, ut plura essent negotia quam vocabula, *l. natura ff. b. 1.* res plures quam verba; necesse fuit, ut ingens illa rerum copia nomine proprio destituta vel alienis commodatisve appellationibus notaretur, secundum Senecam *de beneficiis lib. 2. cap. 34.* vel consisteret in nomine generis, quod posterius in hisce contractibus innominatis sit.

2. Omnes autem hic contractus innominati re constant, ad sui perfectionem desiderantes dationem aut factum; imo in iis, qui a datione initium habent, etiam post dationem ex uno latere interpositam penitentiae locus est, quamdiu res est integra secundum jus Romanum; quæ tamen haud admissa in iis, qui a facto incipiunt, cum facta nequeant ex penitentia infecta reddi, veluti, cum Romam itum, vel domus extracta est; quamvis hodie & in iis, qui a datione

inchoati, penitentia reprobata sit, ut dictum sit. *de condit. caus. data, & tit. præced.*

3. Nascitur ex his contractibus actio præscriptis verbis, aliter civilis, vel actio incerti ad interesse, appellata, generaliter & plenius verbis rem, uti gesta est, enarrans sine speciali nomine; quæ datur ei, qui quid dedit vel fecit, ad id, ut vicissim detur vel fiat quod promissum est, aut id quod interest, *l. naturalis 5. §. 1. & seqq. ff. b. 1.* Ad quam confugere necesse fuit, quoties contractus existunt, quorum appellationes nullæ jure civili proditæ sunt, ac vulgaria atque usitata actionum nomina deficiunt, *l. 2. l. 3. ff. b. 1.* Cui consequens est, subsidiariam hanc actionem esse, ac proinde regulariter ad eam haud deveniendum, quamdiu alia usitata ac vulgaria prodita in jure remedia seu actiones supersunt, *l. 1. pr. quod 21. ff. b. 1.* Cum interdito tamen de precario hanc posse concurrere præscriptis verbis actionem, Julianus scribit, *l. duo in solidum 19. §. ult. ff. de precario, uti cum actione ex vendito in casibus propositis in l. si fundum 2. C. de pactis inter emt. & vend. l. si convenit. 6. ff. de rescind. vend. l. Labro scribit. 30. ff. de contrab. emt. sed & cum actione mandati & commodati, in casu l. si, qui commodatum 15. §. ult. ff. commodati.* In his enim casibus cum dubitaretur, an emti actio posset habere locum etiam ad rescindendam venditionem, vel cum necdum extitisset conditio venditionis; an mandati aut commodati cum homine libero, cui quis tanquam servo suo mandaverat ut commodato dederat; & ob id olim præscriptis verbis actio daretur secundum Proculum, sectæ Principem, *l. si vir uxori 12. b. 1.* tamen, cum postea placuisset, etiam utilem esse posse actionem ex emto ad rescindendam emtionem, *l. ex emto 11. §. qui virginem 5. & 6. ff. de alt. emti,* conditionem fingi extitisse, quoties per emptorem stat, quo minus impleatur, *d. l. 50. ff. de contra. emt.* ac denique extra id quod cum homine libero tanquam servo nostro actum esset, tacitam nasci obligationem, *d. l. 12. §. ult. ff. commodati,* hinc factum est, ut cum actione præscriptis verbis olim in superscriptis speciebus data, concurreret etiam emti, commodati, mandati actio, dato actori arbitrio, utra malit experiri. Eo modo, quo & cum actione locati, pignoratitia, commodati, depositi, concurrere potest conditio sine causa aliave huic simili actio stricti juris, *l. si fullo 2. ff. de condit. sine causa, l. si quis nec 4. §. 1. ff. de reb. creditis.* Vinnius *tract. de pactis cap. 11. n. 4. & seqq.* Ne dicam, in illis quoque casibus, in quibus Jurisconsulti veteres alii denegabant ordinariam locati mandati aut similem actionem, posteriores Jurisconsultos (plerumque prudenter eam consilii & deliberationis partem sequentes, quæ securior erat) non quidem necessarium, sed tamen *injurius* judicasse, ad civilem ex præscriptis verbis recurri actionem, *l. si gratuitam 17. l. Titius Sempronio 24. ff. b. 1.*

4. Magis tamen & facilius hæc ex præscriptis verbis, quam doli actio subsidiaria infamans datur. Unde si quis dederit servum Titio, ut is suum servum manu militat, & secuta manumissione, servus Titio datus evictus sit, Titio contra tantem actio præscriptis verbis datur; sive sciverit dans, servum alienum esse, sive ignoraverit, *l. juris gentium 7. §. sed & si 2. ff. de pactis,* reprobata Juliani sententia, quæ narratur quidem a Paulo in *l. naturalis 5. §. ac cum do 2. in fine ff. b. 1.* at non probatur, ac in *d. l. 7.*

§. 2. per Mauriliam & Ulpianum, reprehendo Julianum, aperte rejicitur. Sed & ex contractu facio ut des, magis præscriptis verbis quam de dolo actio est, l. si tibi polienda 22 ff. b. t. §. 1. Instit. de locatione l. cum mora 6. Cod. de transaction. licet solam doli actionem inde dari oportere Paulus scribat, d. l. naturalis 5. b. t. quod si faciam 3. ff. b. t. & Imperatores Diocletianus & Maximianus, l. cum propones 4. C. de dolo, sic ut haud improbabile sit, hac quoque in specie dissensum fuisse veterum Jurisconsultorum: indequa est, quod & Ulpianus, cum dixisset civilem actionem id est præscriptis verbis, ex hoc contractu facio ut des oriri posse; mox tamen subjungit; ni si quis & in hac specie de dolo actionem competere dicat, ubi doli aliquis arguatur, l. solent 15. in fine ff. b. t. Quomodo etiam Pomponius in casu, quo mihi permisisti ut sererem in fundo tuo, & fructus tollerem, nec postea pateris tollere, ait, nullam juris civilis actionem esse: an in factum dari debeat, deliberari potest; sed esse de dolo, l. permisisti 16. §. permisisti 1. ff. b. t. licet in hac facti specie sit contractus innominatus do ut des, in quantum ego tum conferendo fundum, dominium seminis in re transfero, dum fata solum sequuntur, tu vicissim mihi fructus dare debes in tuo fundo natos & ita jure so-

li eos, donec eos tua abstulero voluntate. Ergo, ut paucis finiam, prudentibus nostris insolitum non fuit, primo quidem tunc, cum dubium erat, an ordinaria actio dari posset, securitatis majoris gratia ad civilem præscriptis verbis actionem, velut tutius remedium descendere, ut supra adstructum satis: at cum hæsitabatur, an præscriptis verbis civilis actio locum haberet, tandem ad subsidiariam confugere doli actionem. Confer aliter sententiam Ant. Fabrum in rational. ad d. l. 5. §. Justum Mayerum colleg. argendorat. ad Pand. tit. de pactis n. 87. 83. & b. t. n. 7. circa fin. Vinnium solent. quest. lib. 1. cap. 46. 5. Ceterum omnis actio præscriptis verbis civilis quidem est, utpote non a prætore, sed jurisconsultis reperta; atque etiam in factum dicitur: at non omnis in factum actio protinus civilis est; cum & prætorie in factum sint, ut patet ex §. ult. Instit. de lege Aquilia, & sparsim in jure nostro, l. sancimus 21. in med. Cod. de sacrosanct. eccles. quas omnes ex sua sede propria hæc transferre & longa serie recensere, consultum non est. Sed & insuper negotia pleraque, ex quibus actio præscriptis verbis nascitur, fere ad contractus innominatos referri vel in eos resolvi possunt, cum actiones in factum etiam aliunde dentur.

## LIBER VIGESIMUS.

## TITULUS I.

De Pignoribus & hypothecis, & qualiter ea contrahantur, & de pactis eorum.

## SUMMARIA.

1. Quot modis pignoris vocabulum accipiat? nihil interesse inter pignus & hypothecam quantum ad actionem hypothecariam; in ceteris interesse regulariter nemo cogi potest, ut pignus constituat. Quale pignus dare teneatur, qui se daturum promittit? Mortuo eo, qui promittit, re certam rem pignori daturum, unus ex pluribus heredibus, cui ille esset, eam in totum obligare cogitur.
2. Divisio hypothecæ in generalem & specialem etiam ad prætorium & legale pignus pertinet. Qua obligata intelligantur, si universas rerum, ut gran, taberna, illata & inversa peculium, obligentur?
3. Re singulari obligata, quales rei usus fructus, & quando censentur obligati? Ancilla obligata, an, & quando parvus obligatus sit? an, seruo, peculium sero?
4. De aliis rerum obligatarum accessionibus, additione, usufructu ad proprietatem redeunte, iacula ante fundum nata, eo quod ex re obligata factum est, nave fabricata ex sylva obligata, domo in arcam aut hortum, fundo in vineam converso. An domino pignora exusta, iterumque restituta, impensæ prius deducende sint, antequam nova domus pignori sit? An possessor exarantem, qui novam domum imposuit arcam obligata liberari possit offerendo creditori pretium arce, & sic rem retinere?
5. An id, quod in rei pignora locum surrogatum est, pignoris emta, & de pretio ex rebus pignoratit redactio.
6. Quæ res continentur sub hypotheca generali? an & futura, & incorporalia, & merces in taberna, & servus ipse, qui res omnes domini obligavit? ipsa pecunia credita? An & necessaria suppellex? an emphyteuticaria prædia? an feudalia jure veteri & moderno?
7. An bona fideicommissio obnoxia; & quid de fructibus pendente fideicommissi die vel conditione percipiendis? An bona heredis? & quid, si nominatim defunctus bona heredis obligaverit? An bona defuncti sub hypotheca generali per heredem constituta? An alienata ex consensu creditoris, si post redierint in debitoris potestatem?
8. Si quis obligaverit simpliciter bona sua sine nota universalitatis, an omnia intelligatur obligare?
9. Quæ jure Romano solemnitates adhibende fuerint in pignore constituendo? Quæ nostris moribus quantum ad immobilia & navigia majora, & incorporalia immobilibus accenseri solita, si specialiter obliganda sint; & quid si feuda; an illa etiam apud ordinarium judicem obligari possint? Si subfeuda, an in curia primi domini directi, an vero subinfendantis?
10. Quæ solemnitates requirantur in Hollandia ad generalem omnium bonorum hypothecam? An præcise coram iudice loci, in quo contractus principalis celebratus est, constitui debeas? Non obligantur vi generalis hypothecæ bona in territorio Amstelodamensi sita, nisi coram iudice Amstelodamensi constituta sint: nec bona extra Hol-



landiam sita per hypothecam generalem in Hollandia constitutam.

11. Solemnitas insinuationis apud acta publica & solutionis quadragesima non necessaria in hypotheca legali; nec in obligationibus in gratiam pupillorum contrahitur od Veeskamers recht; nec si magister in peregrinis locis carinam navis obliget. Si res immobiles tempore traditionis solemniter obligentur pro pretio residuo, non solvenda quadragesima. In reliquis si desint solemnitates, nulla prelatio in Hollandia tribuitur, licet instrumento publico coram tabellione & testibus obligentur bona debitoris. An teneatur actuarius, si qua solemnitas dolo aut culpa ejus pratermissa sint, vel rem liberam asseruerit, qua erat obligata?
12. Si mobilia traditione creditori obligentur, insinuat apud acta aut quadragesima solutio non requiritur. An pro traditione sit constitutum possessorium, quo debitor constituit, se nomine creditoris velle rem possidere? Sine traditione mobilia non obligantur solo instrumento publico coram tabellione & testibus; sed demum, si quadragesima debiti fructo illata sit; quo facto, hypotheca coram aliquo Hollandia judice constituta se extendit ad mobilia ubicunque, etiam extra Hollandiam sita, licet certo loco alligata ex patrifamilias destinatione, & ad credita debitoris.
13. Immobilia specialiter obligata, & dein alienata oneroso vel lucratio tunc transiunt cum onere pignoris. Quid juris, si solemniter sub hasta sint vendita, & creditor jus suum non indicaverit, tum rei tum pretii intuitu? Mobilia tradita creditori, si alienentur, aut creditor ea possidere desiderit, pignoris jus evanescit; excepto uno casu in Rehenlandia.
14. Immobilia generaliter obligata ex conventionem vel lege, quando ex jure bodierno transeant in alium cum onere, quando sine onere, per distinctiones explicentur. Adnotatur jus singulare Amstelodamensium; & jus Ultrajectinum hac in parte. Quid juris, si mobilia generali hypotheca devincta alienata sint per debitorem?
15. Quid sit effectus hypothecae generalis & specialis quantum ad jus prelacionis? An specialem ac generalem habens, necdum excussis specialiter obligatis excutere possit ea, qua generaliter ipsi obligata sunt? & quid, si generalis tantum subsidaria sit?
16. Quid bodie hac in parte obtineat in Hollandia? quid Amstelodami, & Ultrajecti?
17. Si debitor nomen debitoris obligaverit, creditor, cui illud obligatum, agere potest contra debitoris debitorem etiam sine cessione actionis. Et qua ratione agat actione?
18. Hypotheca requirit principale debitum. An pignus constitui possit ei, qui tantum adjectus est solutioni? Pro quali debito naturali pignus recte constituitur? An pro debito, quod exceptione juris jurandi vel rei judicata elidipotest? An pro debito alieno? an & pro usuris aut pena conventionali? in dubio pignus tantum in sortem; non item in usuras obligatum creditur.
19. Recensemur casus, quibus pignus valet, licet principalis obligatio nulla sit; & quatenus durat, actione personalis tam extincta.

20. An pro debito in diem vel conditionali, vel debito plane incerto pignus recte constituitur? & quid bodie agendum, si pro debito futuro incerto pignus obligandum sit?
21. Recensemur plura pacta, qua recte pignori apponuntur.
22. An valeat pactum, ne creditori vel ne debitori liceat pignus vendere? Et quale jus singulare sit in pacto, ne debitori liceat pignus vendere?
23. De pacto anticretesio. Illud non expressum tantum, sed et tacitum esse; aliquando etiam subsidarium tantum in casum mora conceptum.
24. An Anticretesio legitimam excedere possit usurarum modum?
25. Lex commissoria in pignoribus improba est tum inter debitorem et creditorem, tum inter debitorem et fidejussorem ejus; sive ab initio hoc ex post facto pactum interveniat.
26. De pacto, ut sibi habeat creditor quicquid ex pignore vendito redactum fuerit, et, ut debito intra certum tempus non soluto, debitor creditori pignus cedat.
27. Qui possim hypotheca obligare? remissio.

1. Pignus generalius acceptum, quandoque ius constitutum, quandoque rem ipsam obligatam, frequenter ipsam conventionem, qua ius illud inducitur, designat: quamvis verum sit, non ex conventionem tantum, sed & a lege, vel pretore, vel iudice, vel testatore constitui pignoris ius. Conventionali sensu latiore pignus in specie & hypotheca complectitur, adeo ut inter pignus & hypothecam tantum nominis sonus differat, & ex utroque actio hypothecaria nascatur, l. pr. ff. de pignorat. act. l. hypotheca 5. §. inter 1. ff. b. r. §. item Seroiana 7. in med. Inst. de aucton. licet pignus in specie ab hypotheca diversum sit, quatenus pignus est contractus bona fidei, re constans, quo possessio in creditorem transit, &c. at hypotheca est pactum pratorium, arbitrarium, quo creditori ius in re constituitur in securitatem crediti, non translata in creditorem possessione, l. si tibi docem 17. §. de pignore 2. ff. de pactis, l. si rem 9. §. proprie 2. ff. de pignorat. act. Ad quam constituendam regulariter debitor invitatus compelli nequit, nisi id nominatim promiserit, l. qui autem 14. §. si quis 1. ff. de contrisus. pecun. vel lex aut iudex iustis ex causis jubeat cautionem interponi; quo casu necesse foret, ut obligaret rem, quam arbitrio iudicis pro debiti magnitudine sufficientem probat, arg. l. si vero 5. §. 1. l. arbitrio 9. ff. qui iudicare cog. Henr. Kinschot de receptis gratia tract. 4. de inducitur solution. cap. 5. nisi de re certa ac iam designata obligata convenerit; eo enim facto, debitorem istius rei oppignoratione defungi posse, ac abunde videri cavisse creditorem, sic volenti atque consentienti, verius est, arg. l. si rem alienam 9. §. omnis 3. ff. de pignorat. act. Quo defuncto, antequam impleteret promissi fidem, si quidem res, de qua obliganda actum fuerat, uni heredum ex divisione in solidum quassita sit, ipse quoque solus in solidum ad eam pro debito hypotheca obligandam adigi potest, adversus coheredes ceteros pro rata regressum habiturus, quoties non cum onere pignoris imponendi res ei adjudicata est; tum quia ipse solus rei in solidum obliganda potestatem habet, arg. l. sed mihi 3.

*§. heres §. ff. com*  
dividua est, ne  
gationis indivi  
2. *§. ex his igit*  
*der ejus 25. §.*  
Coren obiero. 8  
servitutem a  
stringi posse.

2. Dividit  
qua divisio  
legali ac pra  
mini infecti nom  
speciale pignus pra  
vero, si rei servand  
facta sit. Sed & cum  
ficiit pignus legale in  
atque ita speciale est.  
pupilli, in bonis admin  
pothecam habet. Spec  
iam certis rerum univa  
sunt obligata. Ac gen  
tantum res pignoris

earum accessiones obligatas intelligi: ut tamen alia  
sint accessoria, cum universitates rerum, quam cum  
res singulares hypotheca subjecta sunt. Item greg  
ge obligato, etiam quae postea nascuntur ex eo gre  
ge oves, tenentur; usque adeo, ut, si decedentibus  
omnibus prioribus gregis capitibus grex totus fuerit  
renovatus, nihilominus devinctus maneat, cum adh  
huc idem grex intelligatur, *l. grege 15. pr. ff. b. r. arg.*  
*l. proponebatur 76. ff. de iudiciis. l. grege legato 21. l.*  
*22. ff. de legatis 1.* Taberna obligata, si dominus ta  
berna merces inde per tempora distraxerit, & alias  
comparaverit, omnia, quae postea in ea taberna de  
prehenduntur, pignori esse credantur, *l. cum taber*  
*nam 34. pr. ff. b. r.* Illatis investisque pro pensione  
obligatis sive ex tacita conventionne in urbanis, sive  
ex expressa in rusticis, non ea tantum continentur,  
quae ab initio investita illata sunt, sed & quae postea  
omni tempore locationis, exemplo fructuum in pra  
dio rustico post nasciturorum, de quibus latius sit.  
2. Denique etiam peculio obligato (quod fieri posse  
patet ex *l. 1. §. 1. ff. b. r.* comprehenduntur omnia,  
quae post peculium obligatum ei adjecta sunt; tum  
quia in actionem de peculio veniunt omnia quae rei  
iudicatae tempore in eo sunt, *l. quiritum est 30. pr.*  
*ff. de peculio, l. Fulcinius 7. §. si quis actione 15.*  
*ff. quibus ex causis possit. easur, tum quia sub*  
obligatione bonorum futura quoque continentur, *l.*  
*ult. C. qua res pign. dari poss.* Peculium autem pusil  
limum patrimonium, adeoque universitas quaedam bo  
norum est. Tum denique, quia peculio legato ea om  
nia censentur legata, quae post testamentum usque  
ad mortem domini peculio accesserunt, *§. si pecu*  
*lium 20. Instit. de legatis, l. denique Pegasus 8. §.*  
*ult. ff. de peculio legato, at plura sub pignore, quam*  
sub legato, contineri, in sequentibus, num. 9. di  
citur.

3. In rebus singularibus pignori obligatis ita jus  
est, ut & fructus inde nati in consequentiam obli  
gati sint, licet id expresse actum non sit, *l. quamvis*  
*fructus 3. C. in quib. caus. pign. vel pypoth. tacite con*  
*trib.* Non tamen eodem modo. Si enim post litem  
demum contestatam percepti fuerint, omni modo ten  
entur creditori pro debiti securitate, quoties mino

ris causa in  
conditio obli  
l. stipulationum  
gat. arg. *l. bore*  
*ercircunda Jac.*  
x heredibus ad  
monendam con  
num. ult.

& generalem;  
nall, sed & in  
rim prator dis  
sionem mittit,  
itur; generale  
nomine missio  
edictionem ad  
aud egreditur,  
nibus tutorum  
generalem hy  
gulares, vel et  
s aut tabernaz,  
am, non ipas

essas, sed &

ris valet res ipsa, quam debitum est, *l. si fundus 16.*  
*§. interdum 4. ff. b. r.* Sin ante percepti, non aliter  
in causa pignoris sunt, quam si adhuc extent, & non  
sufficiat res principalis, *d. l. 16. §. 4. ff. b. r.* Nam si  
a tertio bonae fidei emptore percepti atque consumti  
sint, uti eos ille domino restituere non cogitur, ita  
nec creditori, cui nunquam fuerunt obligati, dum  
nunquam fuerunt debitoris facti, licet id nominatim  
actum sit, ut fructus quoque pignori essent, *l. 1. §.*  
*cum pradium 2. ff. b. r.* Porro, licet partus ancillae  
in fructu non sit, *§. in pecudum 57. Instit. de rer.*  
*divis.* ancilla tamen pignori obligata, partus quoque  
postea editus in causa pignoris est, *l. 1. C. de partu*  
*pignoris, l. fidejussor 26. §. ult. ff. b. r.* si modo concep  
tus & editus sit apud debitorem aut heredem ejus  
vel tantum conceptus apud debitorem, licet editu,  
apud tertium, veluti emptorem *l. si convenit 18. §.*  
*si fundus 2. ff. de pignorat. act. l. 1. ff. de interdicto*  
*Salviano, eo quod tunc ex conceptione in bonis de*  
*bitoris esse coepit, uti nepos conceptus ante sui pa*  
*tris emancipationem avum sequitur, §. pen. Instit.*  
*quib. mod. patria potestas solvitur.* Sed si conceptus  
& editus sit partus apud emptorem, pignori obligatus  
non est, quia nunquam debitoris in dominio fuit.  
Ac de eo casu accipienda, quae a Paulo tradita in  
*l. Paulus ait 29. §. 1. ff. b. r.* in qua dum scribit, quod  
tamen dicimus etiam agnata teneri, ita procedit, si  
dominium eorum ad eum pervenit, qui obligavit, vel  
heredem ejus: ceterorum si apud alium dominum pe  
pererint; non erunt obligata, in verbis finalibus sub  
audiendi debet, & conceperint, ut sensus sit, ex man  
cipiis nata non fore in causa pignoris, si non apud  
eum, qui obligavit, sed apud alium dominum concep  
erint ac pepererint. Non enim dici potest dominum  
partus ad debitorem obligantem haud pervenisse, si  
apud eum ancilla conceperit, licet apud alium pari  
riat; cum in utero existens viscerum maternorum  
pars sit, atque ita ancillae dominus non possit non  
partus quoque in utero materno existentis dominus  
esse; quemadmodum partus ancillae furivus est, si  
modo apud furem conceptus sit, licet editus apud  
bonae fidei possessorem, *l. qui vas argenteum 43. §.*  
*ancilla 5. ff. de furtis.* In quantum autem partus an  
cillae obligata non nisi positis certis requisitis in  
causa pignoris est, in tantum recte idem Paulus re  
cepi. sent. libr. 2. tit. 5. §. 2. scripsit, factum  
vel partum ejus rei, quae pignori data est, pigno  
ris jure non teneri, nisi hoc inter contrahentes con  
venerit; scilicet non ita, ut ipsa ancilla; atque ita  
sibi contrarius non est. Neque his, quae de partu  
obligato dicta, adversatur, quod mancipio obligato  
peculium obligatum non sit, nisi expresse id actum  
appareat, *l. 1. §. 1. ff. b. r.* unde videri posset, longe  
minus partum debere censi obligatum, dum magis  
peculium, quam quidem partus, mancipi accessio est,  
arg. *§. si quis ancillas 17. Instit. de legatis.* Sciendum  
enim, peculium ideo obligatum non intelligi quia ne  
que naturaliter neque civiliter ex mancipio obligato  
nascitur aut provenit, nec unquam fuit obligata rei  
pars (uti quidem partus ancillae & naturales praedio  
rum fructus) sed aliunde accedit, & res separata est.  
Nec dicam partum factum fructumque non ita vagam  
& incertam ac in infinitum augendam accessionem  
esse, atque quidem esse peculium in immensum ex  
crescere valens; proinde probabile non esse, eum,

qui rem certam tantum obligare constituit, de peculio sensisse, quod nullos quantitatibus & incrementis sui terminos a natura vel lege habet.

4. Præter fructus pautusque pignorum ea insuper, quæ rebus obligatis accesserunt, obligata censentur; veluti, si quid fundo oppignorato per alluvionem adjectum sit, aut proprietati, quæ pignori data erat, usufructus postea accreverit, *l. si conveneris* 18. §. *si vinda* 1. ff. de pignorat. act. *l. si fundus* 16. pr. ff. b. t. vel insula ante fundum pignoratam enata fuerit, utpote quæ, licet usufructuario non cedat jure usufructus, *l. item si fundi* 9. §. *huic vicinus* 4. ff. de usufructu & quemad. quis utat. tamen quia jure accessionis proprietario acquiritur, & fundi obligati accessio est, §. *insula, qua* 22. Instit. de rer. divis. æquum fuerit, ut & cum fundo pignoris jure censetur, Ant. Matthæus de auct. lib. 1. cap. 21. num. 2. Id quoque, quod ex re pignorata factum est, si modo nova species in pristinam materiam reduci possit, quod evenit in scyphis ex argento vel auro obligato fabricatis; vel ad pristinam quidem materiam reduci nequeat, sed vel ab ipso materia domino, vel per alium sed domini nomine facta sit, sicut ipsi materia domino nova species acquisita fuerit, argumento eorum, quæ de specificatione traduntur in §. *quum ex aliena* 25. Instit. de rer. divis. *l. in omnibus* 24. l. 25. ff. de acquir. rer. domin. Ac proinde, quod a Paulo Jurisconsulto in d. l. 18. §. *si quis* 3. ff. de pignorat. act. traditum est, *sylva obligata* navem ex ea materia factam non esse pignori, nisi nominatim in pignore constituendo adjectum fuerit, ut & quæ ex sylva facta aut nata essent, pignori sint, ita demum admitenda existimo, si per extraneum ex sylva obligata navis facta sit, atque ita dominum navis extraneo quæsitum, convenienter legi sed si *meis* 26. ff. de acquir. rer. domin. Nam si ad dominum sylvæ navis quoque dominium pervenerit, nulla ratio est, cur non & navis in causa pignoris esset: ne alioquin in debitoris potestate esset, suo solo facto, formæ mutatione, id efecere, ne res amplius pignori sit. Sed & quod ex re obligata superest, vel obligatæ rei per quandam formæ mutationem aut meliorationem accessit, pignori devinctum manet, veluti si ex domo obligata hortus factus sit, aut contra, si in loco hypothecæ dato vineæ sint positæ, *l. fundus* 16. §. *si res* 2. ff. b. t. vel si, exusta domo oppignorata, supersit aræ; usque adeo, ut & nova domus aræ eidem imposita destructa loco, iterum incipiat obligata esse jure soli, quod evinctum remanserat, & cui ex jure gentium superficies seu inædificata cedunt: quo etiam casu ne impensæ quidem refundendæ forent, si debitor ipse collapsam exustamve domum instauraverit, quia creditor *idem in nova insula juris habet*, secundum Labeonem in *l. ult. ff. b. t.* Contra, quam obtineret, si a tertio bonæ fidei possessore domus exusta rursus restituta esset, quippe qui non aliter creditoribus adificium restituere cogendus foret, quam si sumtus in extruptione erogatos, quantum pretiosior res facta esset, receperit, *l. Paulus respondit* 29. 8. domus 2. ff. b. t. Ant. Faber Cod. lib. 8. tit. 6. de pignori defun. 19. Nam quod ab Africano scriptum est, in *l. cum postulassem* 44. §. 1. ff. de dona. infect. emtori insulæ oppignoratæ impensæ non esse reddendas, quas in insulæ refectionem erogavit, id eam rationem habet, quod sumtus tales in refe-

ctionem cum una rei compensandi sunt, arg. *usufruct. & quemad. aris utas* l. in rebus 18. §. *possum*, 2. ff. commodati. Nec audiendus videtur possessor bonæ fidei, qui aræ oppignoratæ domum imposuit, si creditori hypothecaria agentii offerat aræ pretium deducta melioratione; tum quia possessor pignoris hypothecaria conventus aut debitum integrum solvere tenetur, aut pignoris possessionem cedere creditori, alioquin tanti dammandus, quanti in litem juratum fuerit, *l. si fundus* 16. §. *in vin vindicatione* 3. l. *si inter* 21. §. *ult. ff. b. t.* tum quia leges possessori bonæ fidei tantum retentionem tribuunt rei possessæ, donec meliorationis impensæ restitutæ fuerint, quo proinde subsecuto restitutio rei faciendæ domino rei, vel ei, qui a domino causam habet, qualis est hic creditor hypothecarius, *l. Paulus* 20. §. *domus* 2. ff. b. t. §. *ex diverso* 30. Instit. de rer. divis. *l. si in aræ* 35. ff. de condit. indob. Ant. Matthæus de auct. lib. 1. cap. 21. num. 6.

5. Non tamen jure pignoris devincta censi debent ea, quæ in locum rerum singularium pignori obligatarum surrogata sunt; qua ratione, si quis prædia & mancipia, quæ in prædiis erant, obligaverit, ac mancipiis defuncti alia substituta essent, placuit substituta mancipia minime creditoribus obligata esse, nisi ex obligatis nata essent, *l. fidejussor* 26. §. *ult. ff. b. t.* Rem quoque ex nummis pignoris emtam non ob id pignoris jure teneri, Ulpianus auctor est, *l. idemque est* 7. §. *si tibi, qua* 1. in fine ff. qui posteriores in pr. ac ab Alexandro Imp. rescriptum, *l. quamvis* 3. C. in quib. caus. pign. vel hypoib. sac. contrab. Quemadmodum ex adverso nec pecunia redacta ex pignoris venditione creditori obligata intelligitur, quippe qui magis ipsius pignoris persecutionem adversus emtorem habet, *l. 1. ff. de distract. pign. & hypoib.* arg. *l. qui vas* §. *ult. ff. de furtis*. Neostadius Curia Holl. decit. 16. quest. 2. Ant. Matthæus de auct. lib. 1. cap. 19. m. 97. Nisi heres adita cum inventarii beneficio hereditate res creditoribus hereditariis oppignoratas vendiderit, ac ex pretio creditoris dimiserit debiliora jura habentes, *l. ult. §. in vero* 5. & 6. C. de jure deliberandi. Aus nostris ex moribus pignus solemniter ex decreto judicis auctione publica distractum traditumque, & pretium creditoribus, non tanto pralationis jure munitis, sub cautione de restituendo solutum sit. Confer Sande decit. Fris. lib. 3. tit. 12. defun. 27.

6. Generalis hypotheca est, sub qua jure novo continentur præsentia & futura, *l. ult. C. qua res pignori dari*, sive conventionalis sive legalis hypotheca generalis sit, arg. *l. si quis prior* 8. §. in illo 4. verri. *qua habet habiturum est* C. de secundis nupt. Ant. Faber Cod. lib. 8. tit. 7. defun. 13. in mod. & in fine. Etsi enim leges magis liberationi quam obligationi inducenda faveant, tamen ubi semel obligatio inducta est, jure conservationi ac securitati obligationis jam nata student; id vero tum maxime fit, cum & futura in hypotheca generali inclusa sunt. Nec interest, mobilia sint, an immobilia, an incorporalia, *l. nomen* 4. C. *que res pign. oblig.* arg. *l. si legatus* 30. §. 1. ff. ad Senat. Trebell. l. *Principi bona* 21. l. *bonorum appellatio* 208. ff. de verb. signif. Sed & merces in taberna existentes comprehendi verus est, arg. *l. cum tabernam* 34. ff. b. t. quemadmodum etiam obligatus creditor ipse servus qui jubente domino res omnes domini creditoribus eius hypothecæ supposuit, *l. Paulus respondit* 29. §. *ult. ff. b.*

ratque ipsa quoque pecunia numerata, *l. pen. §. ult. ff. b. s.* sive debitori aliunde quæsitæ sit, sive eadem ipsa sint nummorum corpora, pro quibus mutuo acceptis hypotheca generalis constituta fuit; cum & hæc in bonis debitoris sint. Et quamvis jure Romano neque necessaria suppellex, neque alia, quæ ad effectum peculiarium aut ministerium necessarium pertinent, sub hypotheca generali comprehensa fuerint, *l. obligatione 6. l. 7. 8. 9. ff. ib. t.* nostris tamen moribus nihil horum generali hypothecæ exemptum est. Groenewegen ad *l. 6. §. 7. ff. b. t.* Ad hæc hypotheca generali continentur prædia emphyteuticaria, arg. *l. tutor 16. §. ult. ff. de pign. act.* Jul. Clarus *§. emphyteutis quar. 18.* Andr. Gayl *libr. 3. observ. 25. n. 6.* Carpovius *definit. for. par. 2. constit. 25. definit. 7.* An & feudalia, non adeo expeditum est. Itæ sub hypotheca generali non comprehendendi, scriptis quidem feudorum consuetudinibus magis conventens est, eo quod, uti alienatio, ita quoque obligatio feudalis prædii sine domini directi consensu nullum potuit effectum sortiri, *lib. 2. feudor. tit. 8. §. ult. §. tit. 55. fore in pr. ac ad hoc jure potissimum respiciant, qui regantium partes sequuntur.* Vide Vultejus *de feudis lib. 1. cap. 16. n. 54.* Rittershusium *parit. feud. lib. 2. cap. 3. n. 46. §. seqq.* Ceterum quia secundum Hollandiæ & vicinarum quarundam regionum mores feuda hereditaria (*conventioesfelyke erfreenen*) in plerisque redacta sunt ad instar allodialium; adeo ut etiam alienationes inter vivos & oppignorationes inconsulto domino directo recipiant, magis est, ut & sibi hypotheca generalis eadem ibidem contineri statuamus; præsertim cum & feuda talia iudicati exsequendi causa in subsidium pignoris capi atque distrahi posse receptum sit, salvo domini directi jure. Instruæ Curia Holland. *art. 180.* Curia Ultraject. *tit. 16. van wettens art. 4.* Confer Jacob. Coren *observ. 32. n. 22. §. seqq.* Wassenar *pract. judic. cap. 11. n. 71.* Adde Petrum Bort *de feudis Holl. par. 5. tit. 2. cap. 3. quest. 5. pag. 115. §. seqq.*

7. Non tamen sub hypotheca generali comprehenduntur bona restitutioni obnoxia ex causa fideicommissi, quippe quæ existente fideicommissi conditione non iudicarii propria, sed magis aliena esse intelliguntur, velut æs alienum ex patrimonio deducenda, *l. irritum 8. C. ad leg. Falcid. l. ult. §. sed quia 2. C. commun. de legatis, arg. l. unum ex familia 67. §. si Falcidia 1. ff. de legatis 2. l. ult. C. de rebus alienis non alienand. Adde tit. de usufructu num. 19.* licet fructus pendente fideicommissi die vel conditione percipiendi per fiduciarium ex re fideicommissoria, in causa pignoris sint, atque ita etiam in creditorum generalem hypothecam habentium securitatem cedant, arg. *l. peto Lucii Titii 69. §. prædium 1. ff. de legatis 2.* Sed nec bona heredis creditoribus, hypothecam generalem in defuncti bona ex conventionem vel lege habentibus, jure pignoris devincta videri possunt, cum nunquam in debitoris defuncti bonis extiterint, *l. Paulus respondit. 29. ff. b. t. arg. l. 1. C. communia de legatis, nisi defunctus nominatim heredis quoque bona in universum obligasset, arg. l. si Titio 22. ff. b. t.* Bachovius *de pignoribus libr. 1. cap. 7. num. 4. 5.* Secus quam est in bonis defuncti, si bona heredis generaliter obligata sint: nam cum & futura sub hypotheca generali contineri dictum sit, & bona defuncti ad heredem jure successionis pervenerint, consequens est, ut creditoribus quoque vi generalis hypothecæ teneantur, Ant. Fa-

ber *Cod. lib. 7. tit. 32. definit. 15.* Denique nec ea, quæ consentiente creditore per debitorem alienata, postmodum in ejus redierunt dominium ac potestatem, *l. ult. C. de remiss. pignori,* quod tamen postremum hodie non obtinere, notat Groenewegen *ad d. l. ult.*

8. Quod si simpliciter bona sua, nulla addita universalitatis nota, debitor obligaverit, stricto quidem jure ac vi orationis indefinita affecta videri nequeunt omnia debitoris bona; cum in iis solis, quæ necessaria sunt, & aliter sese habere nequeunt, oratio indefinita æquipolleat universalis; in reliquis quæ contingentia Philosophis appellantur, & esse vel non esse possunt, indefinita elocutio non easdem, quas universalis, vires & effectus habeat, sed particulari comparatur. Quia tamen actus agentium talem, quantum fieri potest, interpretationem recipiunt, ut magis valeant quam parent, nec satis apte dici poterit, quæ bona singularia obligata intelligantur, si tantum quædam obligata statuerentur; ideo benigne placuit, omnia omnino sub indefinita bonorum denominatione comprehensa esse; uti id evidenter docent obligandi formulæ in *l. ult. Cod. quæ res pign. oblig. poss. propositæ,* quibus cum expressum esset, *fide & periculo rerum ad me pertinentium,* vel per rerum mearum executionem satisfieri tibi promitto, generalem omnium præsentium ac futurorum hypothecam induci Justinianus constituit. Neque novum id in aliis quoque juris nostri partibus est, ut indefinita elocutio universalis effectum sortiatur, ne derisorium fiat, quod agitur; nam cum testator legasset oleum, vinum, frumentum, acetum, mella, salsarius adductæ orationis indefinitæ vi in contingentiis, existimasset, ex singulis rebus non amplius deberi, quam quantum heres legatario dare voluisset, quoniam adjectum non erat, quantum ex quaque re daretur: contra tamen Ofillius, Casellius, Tubero, omne quantum paterfamilias reliquisset legatum putarunt; probavit id Labeo idque verum esse Javolenus ait, *l. quidam heredem 7. ff. de iurico, vino, vel oleo legato.* Atque ita etiam perinde habitum, utrum testator bona sua an omnia sua restituere jusserit, *l. nam quod 14. §. ult. l. 15. l. 16. l. si legatus 30. §. 1. ff. ad Senatusc. Trebell. Adde l. si servius 23. ff. de servis. præd. urban. Ant. Merendam *controv. lib. 12. cap. 34.* parentem p. mem. Paulum Voet *tract. de mobilibus et immobil. cap. 2. num. 11.* Hinc & Hollandiæ Curia iudicatum, generalem intelligi hypothecam constitutam, si instrumentum publico, continente annui redditus constitutionem ex fundo aliquo, contineretur inter alia, *dat den rentier soude megen panden dene schabten ean de voorschreven lanren, ende aen gereete off. besse goederen van den debiteur, die's hem believen sal;* ut testatur Neostadius *Curia Holl. dec. 36.**

9. Modum quod attinet ac solemnitatem hypothecæ tum specialis tum generalis constituendæ, jure quidem Romano privata potuisse auctoritas fieri et tum mobilium tum immobilium obligationem, extra dubium est; ut tamen jure potior fuerit habitus creditæ, licet tempore posterior, cui publico instrumentum, vel privato quidem sed trium testium fide dignorum subscriptione munito, quam cui alia privata scriptura testium trium subscriptionem non habente, hypotheca constituta erat, *l. scripturas 11. Cod. qui pos. in pignore.* Sed secundum Hollandiæ ac vicinarum quarundam regionum mores non eadem immo-



ut supra dictum, in rebus immobilibus Amstelodami sitis ac ibidem generaliter coram lege loci obligatis: in quantum ibi quoque generalis hypotheca conventionalis ex privilegio eandem cum speciali vim habet; adeoque efficit, ut & generaliter obligata non nisi cum sua causa, seu pignoris nexu, in emtorem transferantur. *Placis. Ordin. Holl. 8. Martii 1594. vol. 2. placitor. pag. 221. & 39. Januarii 1604. d. vol. 2. pag. 3005.* Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib. 2. cap. 48. num. 48. 49.* Groenewegen *ad p. l. 14. C. de oblig. & action.* Denique nec pratermittendum, in diocesi Ultrajectina ita jus esse, ut generalis rerum obligatio idem operetur cum speciali quantum ad bona sita sub jurisdictione iudicis ejusdem inferioris, coram quo constituta est, (licet respectu categorum immobilium in alterius iudicis inferioris Ultrajectini territorii sitorum, non majorem Ultrajectina quam Hollandica leges effectum generali tribuerint hypothecae) indeque nec alienationem, utcumque titulo oneroso factam, perimere jus pignoris ex illa generali hypotheca conductione talibus in rebus natum, Rodenburch *de iure conjugum tract. praemin. de statutorum diversis. tit. 2. cap. 5. n. 16. in fine pag. 97.* Parens p. mem. Paulus Voet *de mobil. & immobil. cap. 19. num. 8.* Adde tamen omnino, quae scripta h. l. n. 16. circa fin. Mobilium rerum intuitu generalis hypotheca coram lege loci, praestandis, solemniter constituta, ut & ea, quae per legem inducitur, praelationem illis tribuit, in quorum gratiam ac securitatem interposita est, quamvis res illa manent in dominio debitoris, nec ulli alii postea specialiter pignori tradita sunt: ut in hisce etiam potior sit futurus iure, qui tempore prior est. Sed quam primum mobilia per debitorem alienata fuerint, evanescit creditoribus omne suum pignoris jus, & si post generalem hypothecam conventionem vel lege inductam mobilia quadam creditorum per debitorem in causam pignoris tradito probentur, vel etiam termini tales sint, ut creditoris ius retentionis pro debito in re mobili a se possessa ex lege vel consuetudine competat, (de quo *tit. de compensationibus in fine.*) is in istis sic traditis aut iure retentis praelationem sibi iure vindicaverit ante eos, qui anteriorem generalem sive conventionalem sive legalem habent. Ant. Matthaeus *de auction. libr. 1. cap. 19. num. 74. & cap. 20. n. 18.*

15. Ceterum uti res generali hypotheca conventionali affecta iure civili aequae ac specialiter obligata transibant in quemvis possessorem cum suo onere, quocumque fuissent titulo alienata, ita quoque praelationis intuitu generalis eandem cum speciali vires habuit, adeo ut sola generali munitis antiorque, sive conventionali sive legali, potior fuerit eo, cui specialiter postea res quidam ex generaliter devinctis obligatae fuerant, idque in ipsis illis rebus specialiter posteriori obligatis, etiamsi creditor anteriori facile fuerit ex rebus aliis generaliter obligatis suum consequi, cum non debuerit ei per supervenientem hypothecam specialem adimi suum ius eligendi ex generaliter obligatis eam rem, cuius persecutionem sibi faciliorem aut commodiorem aut tutiorem arbitrat, *l. qui generaliter 2. ff. qui pot. in pign. l. si generaliter 6. C. de iur. tit. Carpzevius defin. for. par. 2. contrit. 25. defin. 99.* Brunnemannus *ad l. 2. ff. qui pot. in pign. in pr. Dissert. Costaliti ad d. l. 2. n. 8. & seqq.* Unde &

si tibi obligaverim omnia bona mea, ac Titio specialiter fundum Cornelianum, si in dominium meum pervenerit, mox dominium ejus acquiram, concursus in pignore creditorem utrumque, Ulpianus docet; quia primo domini per debitorem acquisiti momento jus creditoris utriusque simul pignoris intuitu firmatum fuit, *l. idemque 7. §. 1. ff. qui pot. in pign.* Si tamen rebus quibusdam specialiter obligatis, insertum ulterius cautioni fuerit, ut caetera quoque debitori, perinde atque si specialiter haec res fuissent obligata, juxta formulam in *l. & quia nondum 15. §. quod dicitur 1. ff. b. r.* non aliter creditori permittendum ad excutienda bona sibi generaliter obligata procedere in praedictum illorum creditorum, quibus postea quidam ex his specialiter obligata sunt, quam si prior ille creditor ex excussis specialiter sibi obligatis suum consequi nequeat; eo quod generalis tunc magis in subsidium constituta creditur, *l. quamvis constet 2. C. b. r. d. l. 2. in fine ff. qui pot. in pign. si modo ibi pro generaliter cum Cujacio & aliis, bände decr. Erisia lib. 3. tit. 12. defin. 26.* Covarruvias *variar. resolut. libr. 3. cap. 13.* Neostadius *Curia supr. decr. 41.* Joh. Papon *lib. 18. tit. 6. arrest. 34.* Ant. Matthaeus *de auction. libr. 1. cap. 11. num. 11. & cap. 19. num. 73.* Brunnemannus *ad l. 2. ff. qui pot. in pignore n. 2. & seqq.* Carpzevius *d. par. 2. contrit. 25. defin. 29.* Ant. Faber *Cod. lib. 8. tit. 6. defin. 8.* Negusantius *de pignoribus membro primo octavae partis n. 20.* Wassenaar *praet. jud. cap. 22. num. 67.* Plané creditoribus aliis se non opponentibus, licentia illa persequendi prius generaliter obligata, creditorum deneganda non est, utcumque debitor se opponeret, & desideraret specialiter obligatorum distractionem, arg. *d. l. 2. C. b. r. Johan. Papon & Ant. Matthaeus d. l. Radelantius Cur. Ultraject. decr. 18. n. 2.* Idemque est, si contra tertium agatur rei generaliter obligatae possessorem, qui credidit hypothecarium non est; cum Imp. in *d. l. 2. C. b. r.* creditori quidem posteriori hac ratione subvenire voluerint, nihil autem tale aliis indulserint. Ant. Faber *Cod. lib. 8. tit. 6. defin. 9.* Quid, quod nec ipsi creditores specialem hypothecam posteriorem habentes impedire possunt, ne generalem simul & specialem habens excutiat prius ea, quae postea specialiter aliis obligata erant, quoties in conjuncta generalis ac specialis pignoris constitutione id additum, ne generali per specialem aut speciali per generalem derogeretur aut praedictum fiat. Ant. Faber *Cod. lib. 8. tit. 6. defin. 8.* Ant. Matthaeus *d. lib. 1. cap. 19. n. 78.* Brunnemannus *ad d. l. 2. ff. qui pot. in pign. n. ult.* Wassenaar *praet. jud. d. cap. 22. num. 67.*

16. Quamvis autem Hollandiae iure certum sit, generalem anteriorem hypothecam conventionalem debiliorem esse speciali posteriori, eique postponi. *Politike Ordonantie van Holland. ann. 1580. art. 35.* Neostadius *Curia supr. decr. 41. in pr.* Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib. 2. cap. 43. num. 42.* ac idem quoque Mechlinia alibique servetur, Christinzus *ad Leg. Mechelin. tit. 13. art. 14. n. 5.* atque etiam Ultrajecti obtineat quantum ad bona generaliter obligata, sed sita extra territorium iudicis inferioris, coram quo hypotheca generalis constituta est: tamen superiores ex iura Romano decisiones etiamnum probandae sunt tum Amstelodami, ubi generalis & specialis hypotheca coram iudice Amstelodamensi constituta, quantum ad bona in illo territorio sita, aequalis vis ac potestas

est; tum Ultrajecti ratione bonorum, quæ jurisdictioni iudicis illius subiecta sunt, apud quem specialis simul ac generalis hypothecæ solemniter constituta est; quod tamen post hæc prima vice edita mutatum est, dum clausula generalis hypothecæ conventionalis, subijuncta obligationi speciali immobilium, omnino obligandi vis a Provinciæ Ultrajectinæ Ordinibus denegata est. *Ordonnancie rakende de verrentissen en hypothequen* 18. Jan. 1700. *artic. 1. 2.* tum denique illis in casibus, quibus hypotheca legali generali anteriore res sunt affectæ, quæ dein specialiter alteri creditori fuerunt obligatæ: cum hæcenus neque ius civile statutis abrogatum appareat, neque ratio satis justa a populi moribus geniove deprompta, ullam hac in parte jubeat mutationem. Confer Sande decij. *Frisc. lib. 3. tit. 12. defin. 16.*

17. Illud quoque ad hypothecæ tam generalistam specialis effectum pertinet, quod creditori licitum sit etiam nomina sui debitoris, cum rebus ceteris aut specialiter sibi obligata, excutere sine ulla actionis cessione, adeoque exigere a debitoris sui debitoribus id, ad quod illi primo debitori obligati sunt, intentata utili hypothecaria actione, vel utili actione tali personali, qua ipse debitor potuisset experiri, *l. cum sononensis 20. ff. d. s. l. si convenierit 18. ff. de pignorat. act. l. nomen 4. C. qua res pign. oblig. l. porquam 7. C. de hered. vel act. vend. Groenewegen ad tit. C. quando fidei vel priusvis debitoris sui debitor convenire possit. Post Sandium decij. *Frisc. lib. 3. tit. 12. defin. 24. 25.**

18. Est autem hypotheca accessio quædam principalis obligationis, sine qua regulariter haud subsistit. Unde, si quis Titio promiserit, se Titio aut Mævio daturum decem, quia soli Titio obligatio quesita, Mævius solutioni tantum adjectus est, responsum fuit, Mævio inutiliter pignus constitui, ac illud etiam ante solutionem repeti posse, *l. is, qui promisit 33. ff. d. 1. Accedere vero potest vel debito naturali & civili simul, vel naturali tantum, l. res hypotheca 5. ff. d. 1. si modo naturalis obligatio sibi relicta ac non per ius civile improbat sit. Qua ratione, licet negari nequeat, quin & prodigus ex promissione sine curatoris auctoritate facta, & mulier ex sua intercessione, & filius familias ex causa mutui naturaliter obligentur; tamen, quia vel lex vel senatus obligationes tales in universum reprobavit, non magis pignorum quam fidejussorum interventuras firmari, verius est, *l. si alius 2. ff. qua res pign. dari, arg. l. is, cui bonis 6. ff. de verbor. obligat. l. si mulier 16. §. 1. l. ult. §. si mulier. 1. ff. ad Senatusc. Vellejanum, l. sed si paterfam. 9. §. non solum 3. Et seqq. l. 10. 11. ff. de Senatusc. Macedon. Idemque est, si pignus obligatum sit pro debite, cujus petitio exceptione iurisjurandi vel rei iudicatæ periri potest, licet non ex vero iuratum, aut debitor per injuriam iudicis absolutus sit, *l. si deferente 13. ff. quib. mod. pignus vel hypoth. solv. Necque interest, an pro proprio an pro alieno debito quis suis in rebus hypothecam constituit, l. res hypotheca 5. §. ult. ff. d. 2. Nec, utrum pro principali debito, an pro accessio-nibus ejus: nam & si principale debitum addita po-na promissione munitum sit, vel usura fuerint in conventionem deductæ, in poenam quoque ac usuras obligari posse pignus expeditum est, utcumque in stricti iuris negotiis non stipulatione sed pacto poena vel usura promissa esset; cum utrique naturalis inde nascatur obligatio, cui recte pignus accedere jam dictum***

*est, l. grege pignori 13. §. ult. ff. d. s. l. si necessarius 8. §. ult. l. solutum 11. §. si in sortem 3. ff. de pignorat. act. Ut tamen in dubio pignus non in usuras, sed tantum in sortem, obligatum præsumatur, quoties simpliciter, & non in omnem causam devinctum est, arg. d. l. solutum 11. §. 3. ff. de pign. act. l. per retentionem 4. l. si usuras 21. l. pignorum 22. C. de usuris. Quod enim a Cujacio scriptum est, pro usuris in stipulatum deductis etiam pignus teneri; licet nihil conveniret specialiter, sed data sint pignora simpliciter, *lib. 15. observ. 22. in med. id neque ratione probatur, neque legibus illis, quæ ab eo adductæ sunt, puta l. 8. §. ult. ff. de pignorat. act. l. creditor 12. §. sciendum 6. l. Lucius 18. l. pen. ff. qui pos. in pign. cum utique primo nulla in illis stipulationis de usuris interposita mentio fiat; ac secundo ibidem non definiatur, utrum pignus etiam specialiter in usuras devinctum sit, nec ne. Denique, quia usura in stipulatum deducta aliam separatam a sorte constituunt obligationem, longe minus in has videri potest pignus per consequentiam sine speciali conventionem obligatum; quam in illas, quæ vel ex pactione contractui appositæ ac contractus ipsius partem faciente, vel ex officio iudicis adjudicatæ sunt, arg. l. centum capra 8. ff. de eo quod certo loco. Videturque hæc sententia nostris moribus tanto magis conveniens, quia auctor ne ex speciali quidem conventionem, ut & pro usuris res pignori sit, prælatio usurarum intuitu in universum datur, sed tantum ratione triennii, aut alterius modici temporis, statutis dehniti. Confer Jacobum Coren *observ. 14. Ant. Fabrum Cod. lib. 6. tit. 23. defin. 11. Fachi-neum controvers. lib. 7. cap. 57.***

19. Non tamen desunt in iure nostro casus nonnulli, quibus vel obligationi inutili pignus efficaciter accedit, vel sublata principali obligatione, quæ subfuerat, pignus adhuc obligatum manet. Nullam esse ipso iure immobilium ad minores pertinentiam alienationem, quoties decretum magistratus interpositum non est, ex multis apparet Principum rescriptis, *l. 2. l. prædiorum 10. l. si prædium 16. C. de præd. & aliis reb. minor. sine decreto non alien. & tamen, si tutor aut curator pignora ex rebus propriis emtori ob-e-victionis periculum obligaverit, eorundem persecutio emtori patet, *l. & si is 9. C. de præd. & aliis reb. minor. Ex pluribus debitoris unius hæredibus unusquisque eam solvendo debiti partem, ex qua heres est, desinit quidem creditori actione personali obligatus esse; sed non ideo minus creditori liberum est una cum reliquorum heredum solvere, cessantibus partibus, quas in pignore per defunctum dato habere, etiam ejus partem tanquam adhuc devinctam distrahere, qui jam per solutionem a personali erat actione liberatus; eo quod individua pignoris causa est, *l. unus ex multis 16. C. de distract. pignor. l. 1. C. de iust. pignoris, l. pro hereditatis 2. C. de hereditat. actione. l. 1. 2. C. si unus ex pluribus hered. creditoris & debitoris &c. Præterea cum aliquando in casibus quibusdam peculiaribus contingeret, ut vel præscriptione, vel rei iudicatæ exceptione, vel additione ac confusione debita principalis extinguerentur mera iuris civilis subtilitate, aut saltem mera ratione civili, manente revere obligationis æquitate, inde factum fuit, ut & tunc pignoris persecutionem durare responsum sit, in facti speciebus propositis in *l. qui occidit 30. §. pignori 1. ff. ad leg. Aquil. l. rerum quem 27. ff. d. s. l. cum quis****



38. §. ult. ff. de solution. l. debitor sub 59. ff. ad Senatus. Trebell. quas plenius explicat Bachovius de pignoribus lib. 5. cap. 2. n. 4. & seqq. Ac ad hac jam enumerata, & si quæ alia occurrant his similiâ, referendum ac restringendum, quod generalius a Gordiano rescriptum fuit, vincula pignoris durare actione personali submotâ; l. 2. C. de luit. pign. Quamvis alioquin Donello ad d. l. 2. placuerit, mendosam esse vulgatam illius legis lectionem, rescriptum potius fuisse, vincula pignoris non durare, &c.

20. Pro debitor in diem, & eo quod sub conditione debetur, recte pignus constitui placuit, l. res hypothe- ca 5. l. grege 13. §. pen. l. 14. ff. b. t. sed & pro evi- sione rei venditâ, l. si fundi 2. C. de pactis pignor. l. et si in 9. C. de prad. aliis reb. minor. Neostadius Curia supr. decr. 97. (vel 98.) qua incipit, Gulielmus, denique etiam pro debito prorsus incerto, etiamnum contrahendo, pignus efficaciter obligari; operaturum tunc, cum debi- tum contractum fuerit, dubium non est, l. 1. §. alia causa i. ff. qui pot. in pig. An autem nunc jure nostro obligatio talis in immobilibus efficax futura sit, ut- cunque coram lege loci facta, si non certa quadam quantitas pecuniaria, quæ in contractum futurum deducenda erit, exprimat, ejusque pars quadragesima inferatur ærario, merito hæsitaveris, postquam anno 1665. 5. Febr. ab Ordinibus Hollandiæ constitutum fuit, nullam prælationem ex causa pignoris adjudican- dam esse, quoties pars debiti quadragesima in utili- tates publicas depensa non est, neque inter casus nomi- natim exceptos debiti conditionalis aut incerti ad- huc contrahendi ulla mentio est. Porro ex quo tem- pore hujusce modi debita prælationem habeant, iin. 4. num. 30. traditum est.

21. Adjici hypothecæ possunt pacta honesta & li- cita; veluti, ut interitus pignoris liberet debitorem, si modo non dolo, aut culpa debitoris, sed casu acci- derit obligata rei interitus, l. qui fortuitus 6. C. de pi- gnor. act. Ne intra certum tempus pignus luatur. Vi- de sit. de reb. creditis n. 20. Ut, debito intra certum tempus non soluto, creditori liceat auctoritate propria ingredi fundi pignori possessionem; cui tamen in- gressioni si deinde resistat debitor, nihil vi aut ar- mia, sed tantum publica magistratus auctoritate, ten- tandum foret, l. pen. C. de pignorat. act. junct. l. cre- ditores 3. C. b. t. arg. l. non est singulis 176. ff. de reg. juris. l. sed & partes 12. §. ult. l. 13. ff. quod metus cau- sa, Brunnemanus ad l. 3. §. 2. ff. qui potior in pign. & de eo casu, quo debitor non resistit, accipiendus Paulus recept. sent. lib. 5. tit. 26. §. ult. Est & ef- ficax conventio, ut creditor ex pensionibus pignoris ipse creditum recipiat: quo casu & utilem locati actionem adversus conductorem habet, l. cum servos. 20. ff. b. t. Ut debito non soluto, creditor aut fidejussor solvens pignus justo pretio emtum habeat, l. 1. C. de pactis pignor. l. si fundus 16. §. ult. ff. b. t. l. ult. si de contrab. emi. arg. l. Titius, cum 34. ff. de pign. act. Ant. Faber Cod. lib. 8. tit. 23. defm. 1. fere in pr. Ut creditori liceat pignus vendere; quale pactum reale est, unde heredi quoque creditoris ac cessionario competit vendendi jus: licet pactum in personam creditoris conceptum sit, si nihil in contrarium actum appareat; eo quod persona plerumque pacto inseritur non ut personale pactum fiat, sed ut demonstretur, cum quo pactum factum sit. Quod puto Pomponium voluisse in l. si necessarius 8. §. pen. ff. de pignorat.

act. arg. l. juris gentium. 7. §. pacturum 8. ff. de pa- ctis.

22. Valet quoque pactum, ne creditori liceat pi- gnus vendere; cujus ea vis est, ut non nisi post tinam denunciationem, per quam contumacia induci solet, venditio procedat, l. si convenit. 4. in fine ff. de pignorat. act. Valet & vicissim, ne id liceat debitori, usque adeo, ut Marcianus scripserit, certum esse, factum adversus tale pactum venditionem esse nullam, ut pactioni stetur, l. si creditor 7. §. ult. ff. de distract. pign. & hypothe. Quamvis enim commu- niter ita jus sit, ut pacta de non alienando rem non afficiant, sed tantum obligent personam paciscentis, ideoque contra pactum secuta venditio neque nulla, neque rescindenda sit, sed plenum effectum sortiat- tur, actione tantum personali in id quod interest, adversus eum data, qui vendendo fregit pacti fidem, ut dictum sit. de contrab. emi. num. 15. Jure tamen singulari hic contra placuit, emtionem magis ipso jure nullam esse, ut pactioni stetur. Scilicet, cum pa- cto de non alienando venditioni rerum aut alteri si- mili apponitur contractui, uti contractus ipse rem non afficit, sed personam obligat, ita & pacto adje- cto non majorem tribui effectum æquum fuit, ut ac- cessorium suum sequatur principale: sed cum & contra- ctus pignoris & pactum hypothecæ jure quodam pro- prio creditori tribueret jus in re, ipsamque rem af- ficeret; transiaturum deinceps cum onere illo in quem- vis possessorem, non mirum fuit, secundum Marcia- num, pactione de pignore per debitorem haud ven- dendo rem ipsam quoque fuisse affectam, ne acces- sorium a sui principalis natura declinaret, adeoque venditionem contra pactum celebratam perinde nul- lam fuisse habitam, ac si contra legis aut testatoris prohibitionem intercessisset.

23. Præcipue vero probatum in pignoribus pactum antichresion, quo id agitur, ut creditor utatur pig- nore in vicem usurarium, donec debitum solum fue- rit, sive ipse ædes inhabitando fundosve colendo per- cipere fructum aut utilitatem velit, sive aliis elocare; adeo ut, si ante exsolutum debitum possessionem ami- serit, vel hypothecaria actione ex communi hypo- thecarum natura rem obligatam persequi possit, vel ad recuperandam antichresin, seu mutuum pignoris usum pro credito, in factum actione uti, l. si is qui bona 11. §. 1. ff. b. t. l. si ea lege 17. C. de ur- uris. Etque hoc pactum primo vel expressum, d. II. vel tacitum, de quo tacito Paulus tractat in l. cum debitor 8. ff. in quib. caus. pign. vel hypothe. tacite contrab. Quamvis enim verum sit, non hoc ipso, quo in creditum gratuiti usus (cujus respec- tu nulla usura in conventionem deducta) pignus datum fuit, etiam protinus usuras tacite promissas videri, sed magis fructus per creditorem ex pignore percepti in sortem imputandi sint, sic ut tandem per- ceptione fructuum debitor quoque in totum liberetur, l. 1. 2. 3. ult. C. de pignorat. act. l. 1. C. de distract. pign. non tamen inde recte omnem antichresin taci- tam, velut jure incognitam, cum Vinnio reprobave- ris, select. quæst. libr. 2. cap. 7. num. 3. Cum uti- que inscriptio tituli, in quem relata est d. l. 8. satis monstret, de tacita conventionem accipi oportere qua ibidem cauta sunt; atque insuper ipsa facti spes- cies de sententia d. legis 8. per Vinnium concepta, id firmet aperte. Sive enim retentis verbis legis eam

de credito accipias gratuito; seu quod ab initio usurarium non erat, deque pignore in illud creditum obligato; ac statuas cum Vinnio, creditorem, si nolit amplius gratuitam esse pecuniam, & debitor interpellatus moram solutioni faciat, retinere ex eo tempore posse usuras de fructibus rei pignoratæ usque ad legitimum usurarum modum: sive ex adve:so contendas in *d. l. 8.* addita particula non legendum esse, cum debitor non gratuita pecunia utatur; utroque in casu tacita antichresios pactio reperitur. Creditor namque vel nomine pecuniæ non gratuito concessæ usuræ convenias ex fructibus pignoris sibi servat, etsi ea lege pignus haud datum esset, adeoque expressum deesset pactum antichresios; vel e contrario usque ad legitimum usurarum modum ex fructibus perceptis usuras deducit ob moram in restituenda pecunia gratuita factam, indeque inductum ex legis aut prudentum interpretatione tacitum pactum de usuris solvendis, fructibusque in vicem usurarum usque ad legitimum modum retinendis; cum constet, solam moram sine conventionione expressa aut tacita in stricti juris judiciis sufficientem non esse ad producendam usurarum obligationem. Sed & secundo vel simpliciter interponitur pactum antichresios, prout jam supra definitum est ex *d. l. 11. §. 1. ff. b. l. & l. si ea lege 17. C. de usuris*, vel in subsidium in casum moræ, veluti, ut ad diem usuris non solutis fructus hypothecarum usuris compensentur fini legitima usura, quo casu, licet initio minores usurae in stipulatum deductæ essent, recte tamen post diem moræ graviores usurae promissæ petuntur, quatenus legitimum non egrediuntur usurarum modum, *l. 1. §. pacto 3. ff. b. l.*

24. Utrum autem antichresis legitimam excedere possit usurarum modum, vulgo quaritur. In tacita quidem superius delineata id fieri non posse, patet ex *d. l. cum debitor 8. ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacite contr.* & rationi conveniens est, ne aliquam lex, per cujus benignam interpretationem pactum tale tacitum inductum est, semet ipsam quodammodo videretur destruere, sibi que in ea parte, quæ legitimam usurarum quantitatem deñit, adversari. At in expressa videndum, utrum certus fructuum proventus sit, nec ne. Nam si certus sit, dum forte prædium urbanum vel rusticum pignori datum elocatum fuit, vel nomen usurarium per debitorem obligatum, & id actum, ut vel pensio, vel usura nominis cederet in vicem usurarum, magis est, ut nec tunc antichresis superare debeat modum usurarum a lege præscriptum, arg. *l. si ex pactione 14. C. de usuris*. Si vero incertus fructuum proventus sit (quod accidit, cum prædium rusticum pignori datur creditori colendum ab eo ea lege, ut fructus in vicem usurarum consequeretur) obtentu majoris percepti emolumenti propter incertum fructuum proventum rescindi placita non posse, rescriptum est, *l. si ea lege 17. C. de usuris*. Idemque dicendum, si id actum fuerit, ut creditor domum sibi obligatam inhabitaret vice usurarum, licet ex domus illius elocatione plus emolumenti redigi potuisset, quam usurarum legitimarum ratio patitur; quia potius conducta vilius habitatio, quam illicitum sonus contractum videtur, *d. l. 14. C. de usuris*. Si tamen ipse creditor locando domum fundumve, pensionem inde certam redegerit, placuit Frisii Senatui, etiam tunc antichresin ad legitimum evocandum esse usurarum modum, arg. *d. l. 14. San-*

de decr. Frisic. libr. 3. tit. 12. def. 10. Confer de anti chresi Molinæum de usuris quas. 35. num. 259. Et seqq. Andr. Gayl. lib. 2. observat. 3. Mynsingerum cent. 6. observ. 71. Sande d. defin. 10. Carpzovium de fin. forens. part. 2. constit. 30. defin. 40. 41. 42.

25. Pactum commissorium quod attinet, etsi illud emtioni recte adiciatur, *iii. ff. de lege commiss.* & olim forte secundum quorundam opinionem in pignoribus quoque ac hypothecis, toleratum fuerit; postea tamen in hisce, velut asperum & iniquitatis plenum, reprobatur a Constantino inventum, *l. ult. C. de pactis pignorum*, quippe quo cum id agatur, ut debito intra certum tempus non soluto apud creditorem pignus pro debito remaneat, maximi saepe momenti ac pretii resin æris alieni exigui cederent ex solutionem; debitore egeno ac præsentis rei numeraria angustia presso facile patiente, dura quæque & inhumana contra se scribi, dum ante insertum legi commissoriae diem meliora sibi tempora ac fortunam meliorem pollicetur, atque ita pacti asperitatem solutione se aversurum sperat; qui tamen spei, lubricæ satis ac fallaci, eventus deinde haud raro non respondet. Confer Pinellum ad rubric. *C. de rescind. vend. part. 2. cap. 1. num. 27. Et seqq. Rittershusium partii. feudal. libr. 1. cap. 11. num. 4.* Bachovium de pignoribus libr. 1. cap. 15. Covarruviam varior. resolut. libr. 3. cap. 2. num. 6. Neque interest, utrum statim in ipsa pignoris hypothecæ constitutione talis pactio interposita fuerit, an ex intervallo; eo quod æque postea, durante eadem debitoris inopia per in tempestivam, aut saltem debitori misero gravem, difficilem, ac quacunquæ ratione protelandam ac declinandam debiti exactionem, creditor extorquere possit hanc duram legem; ut proinde non minor etiam tunc iniquitatis ratio pro pacti ex intervallo concepti nullitate pugnet, licet multi contra sentiant, ut auctor est Ant. Faber Cod. libr. 8. tit. 23. def. 1. Non etiam refert, utrum inter debitorem & creditorem pactio huiusmodi intercedat, an inter debitorem & fidejussorem ejus, sive simul pignore & fidejussore dato caverit debitor, sive fidejussori ipsi in securitatem indemnitis pignus constituerit; cum constet, ipsam quoque fidejussorem esse ejus, pro quo fidejussit, creditorem, atque adeo eadem iniquitatis uti occasio, ita & ratio, pactionem talem reprobari suadeat. Itaque facit *l. 1. C. de dolo*. Neque obstat *l. ult. pr. ff. de contrab. emt.* Cum vel emenda fuerit per *l. ult. C. de pactis pignorum*, idque ex sententia eorum, qui olim legem commissoriam in pignoribus probatam fuisse autumant: vel non agat de pacto commissorio, sed de conventionione, qua id actum, ut pignus fidejussori juxto pretio etiam sit, Pinellus ad rubric. *C. de rescind. vend. part. 2. cap. 1. n. 13.* Covarruvias var. resolut. libr. 3. cap. 2. num. 7.

26. Est & legi commissoria plane simile, si non idem, adeoque jure eodem censendum pactum, quo id agitur, ut, quicquid ex pignore vendito redactum fuerit, id sibi habeat creditor in debiti solutionem, sive pluri sive minori, quam est in deb to, pignus distractum sit; sicut & illud, ut debito intra certum tempus non soluto debitor pignus creditori cedat; si illud cedere ita interpretaris, ut creditori pignus in solum sicut pro debito: cum non obstante tali conventionione liceat debitori obtenta debiti quantitate pignus licere sibi que recipere; arg. *l. Callippa 46*

*ff. de solutionibus.* Unde & ab Alexandro Imp. definitum fuit, pactione tali venditionem pignoris non censeri contractam, sed id comprehendere, quod iure suo creditor in adipiscendo pignore habiturus erat, atque ita communi iure creditorem debere hypothecam vendere, l. 1. C. de pactionibus pignorum. Nec his contrarium est rescriptum Imperatoris. Diocletiani & Maximiani in l. ult. C. de distract. pignorum. cum illic non queratur, an id, quod supra debiti quantitatem ex pignore vendito redactum est, penes creditorem remanere debeat, sed id unum, quia actione superfluum per debitorem repetendum sit; ac determinetur, non ibi rem actionem in id competere, siue pretium ipsum apud creditorem existat, siue fundus ex superfluo per creditorem comparatus sit, sed solam in personam, id est, pignoratitiam de superfluo movendam esse, si nihil convenit specialiter, id est; si non convenit, ut etiam in rem actione debitoris superfluum, aut comparatum ex superfluo fundum, petere liceret. Minus obest l. a Divo Pio 15. §. si pignora 3. ff. de re iudicata. Non enim ibi pactione intercesserat, ut pignus creditori addiceretur ea quantitate quae deberetur; sed, cum pignora in iudicati causam capta emtorem non invenirent, rescriptum fuit, ea creditori petenti addici posse, ea quantitate, quae deberetur, id est, ad modum debiti quantitate; ita ut, si pignora debito minora sint, superfluum petere creditor non prohibeatur, & contra, si plurius, tantam pecuniam restituere teneatur; ita interpretante post Duarenum Antonio Matthaeo de aucton. libr. 1. cap. 10. num. 50. Quae interpretatio etiam juvatur ex verbis sequentibus d. paragraphi 3. dum dicitur; nam si creditor maluerit pignora in creditum possidere, hisque esse contentus, rescriptum est, non posse eum; quod amplius sibi debetur petere, quia veluti pacto transigisse de credito videtur, qui contentus fuit pignora possidere, nec posse eum in quantitatem certam pignora vendere, & superfluum petere. Nempe, si ad modum debiti quantitate pignora creditori addita essent, poterat id, quod minus erat in pignore quam in debito, adhuc exigere; sed si maluerit pignora in creditum possidere hisque contentus esse, id est, interprete eodem Matthaeo d. loco, maluerit ea in solutum accipere, minoris valentia quam quantum erat in debito, id quod amplius in debito est, petere ultra non poterat, quia intelligebatur veluti pacto transigisse de credito; transactio autem supponit aliquam debiti remissionem; nec quisquam amplius, quam sibi deberi ab initio contendit, sed minus, transigendo consequitur, remittens aliquid eo, quod sibi putat debitum esse.

27. Qui autem hypotheca obligare possint, quibus id ex adverso licitum non sit, id simul cum illa questione, quae res pignori dari possint tit. 5. explicanda erit.

## TITULUS II.

In quibus causis Pignus vel Hypotheca tacite contrahitur.

## SUMMARIA.

1. Tacitum pignus est, si quis fidejubeat pro eo, qui rem fidejubenis pignori ante dederat, vel scribat chirographum continens rei suae obligationem, aut ei subscribat; aut si paciscatur, ut liceat credi-

- tori rem certam vendere, si debitum intra certum tempus solutum non sit.
2. Tacite obligantur pro pensionibus illata in praedium urbanum; fructus nati in praedio rustico, siue pendentes, siue jam in borrea decessi, imo & cum a curatore bonis dato distracti, idque ratione pretii, non si ab ipso colono ante praclusionem venditi, nec tunc in pretio, pignus datur. Inventa in praedium rusticum tacite obligata non sunt.
3. Inventa in praedium rusticum tacite obligantur, cum illud natura sterile sit, ut borreum, stabulum, area tritularia. Hodie illata in rusticum praedium, & animalia ibi pascentia tacite obligantur; sed praclusionis opus est; & tunc locatori etiam privilegium praestationis competit. Quid juris si clam transferantur, postquam praclusa fuerant?
4. Qualia bona debeant illata esse, ut pignori sint? an pecunia numerata, gemma, bona minorum, studiosorum?
5. An res aliena per conductorem illata? An res antequam re ipsa per conductorem illata fuerint? Et quid juris, si post contractum locationis ante illationem alteri obligentur? An illata: ea mentis perpetuo ibi mansant? An deposita, commodata, lancea linea sartori commissa? An singula corpora mercium in taberna?
6. An & inventa ac illata secundi conductori: teneantur primo locatori? Et an ultra id, quod conductor secundus debet?
7. Fundo sublocato mercede minore, an fructus fundi tacite obligati sint usque ad quantitatem mercedis prima locationis, an tantum usque ad mercedem sublocationis?
8. Legalis hypotheca fisco competit in bonis administratorum, & eorum quibuscumque contraxit; & civium pro tributis, quod & civitatibus datum pro tributis, quae exigunt Principe permittente. An & publicani pro exactione tributorum & vestigalium hypothecam habeant? Et quamdiu secundum Hollandiae mores?
9. An fisco pro multis ac panis in bonis delinquentium hypotheca aut personale inter chirographarios privilegium competat, an vero fisco omnibus chirographariis postponendus sit?
10. An, & quo usque fisco hypothecam legalem habeat, cum in jus privati succedit? remissor.
11. Pupillis hypotheca ex lege competit in bonis tutorum, curatorum, vitrici quem mater superinduxit non redditus rationibus &c. An & moribus in bonis mulieris, quam tutor post susceptum tutelae officium uxorem duxit?
12. An in bonis protutorum, actorum tutori adiutorum, procuratorum, et eorum qui pupillorum negotia ex amicitia gesserunt?
13. An hoc jus competat furiosis, prodigis, mentecapris, debilibus, mutis, surdis?
14. An pupilli & similes hoc jus habeant in bonis magistratuum, si subsidiaria agant actione? An si bonis executoris testamenti pro legatis & similibus? An in bonis curatoris dati, si creditores sint? An in bonis eorum, quibuscum pupilli contraxerunt? Quid si eorum nomine contractum sit op. Weeskamers Recht, quamdiu tum jus illud duret? An in bonis heredum tutoris?

15. An pupilli in rem sua pecunia emtam habeant legalis hypotheca juri, pro pecunia debita restitutione?
  16. An & in bonis tutoris pro iis, qua tutor ante delatam tutelam pupillis, aut illis, quibus hi heredes extiterunt, vel etiam durante administratione non ex ipsa administratione, sed alia ex causa, capis debere? An & pro usuris talis debitis ac impensis litis, si in eas tutor ad rationes reddendas convictus condemnatus sit? Et quid, si tutor debitor cum reliqui pupilli tutoribus debitum novaverit?
  17. Ex quo tempore pupillis incipiat competere jus hypotheca in bonis tutorum protutorum, & similia? Ex quid juris, si unus plures tutelas diversis temporis delatas gesserit?
  18. An jus hypotheca legalis paret pupillis per rationum redditionem, si reliqua nec dum restituta sint, sed usura reliquorum percepta? Docetur, pupillis hoc jus hypotheca legalis ad heredes transmitti, ut mulier transmittit hypothecam legalem pro dote datam.
  19. Tollitur obiectio petita ex eo, quod etiam tempore Pandectarum hypotheca legalis pupillis competit, ac monstratur, id erroneum esse, ac satisfis objectionibus.
  20. Mulieri, etiam sponsa & uxori putativa, competit hypotheca legalis pro dote, & paraphernis; ac marito pro obtinenda dote promissa, & recuperanda donatione propter nuptias. Quid moribus obtineat?
  21. Legatarii habent legalem hypothecam in bonis defuncti, non heredis, & qua ius hypotheca vis sit? Notatur, hujus pignoris causam jure singulari dividuam esse.
  22. Si testator diversis temporibus alia atque alia legata reliquerit, vel alia pure, alia sub conditione, alter alteri in hypotheca legali non praefertur. Ubi plura trahebantur a me de hac specie hypotheca legalis & actione hypothecaria legatariis competente?
  23. Competit hypotheca legalis in bonis vidui vel viduae pro restitutione relictorum sub conditione viduitatis. Liberis prioris tibi pro restitutione rerum, qua in penam secundarum nuptiarum ad liberos primi tibi redire debent. Item pra bonis parentis defuncti aut a linea parentis defuncti profectis & per parentem superstitem administratis, in bona ejus; imo & ex moribus aliquando in bona virici vel uxoris. Non pro ceteris adventitiis: ejus tamen contrarium moribus variis.
  24. An liberis paret jus hypotheca pro bonis parentis defuncti in bona superstitis, si mediante transactione (by Uytkoop) certa pecunia quantitas promissa sit? Et quid juris, si, cum superstes parentis omne auri alieni onus in se receperit, liberi partem oneris solvere per creditore compulsi sint?
  25. An & hypotheca competat civitati, ecclesiis, piis locis in bonis administratorum? An societati India Orientalis & Occidentalis? An pagis & vicis in bonis eorum, quibus commiserunt exactionem onerum, qua dicuntur Morgen-Gelden en Mole Gelden?
  26. An & bonis eorum, quibuscum civitas aut Ecclesia contraxit? & quale jus civitati hac in parte datum sit?
  27. Dominus directus, & dominus antiquus pro canone, solario, censu habet hypothecam legalem in fundum emphyteuticum, superficarium, censualem. Argentarii in militiam suis nummis creditis emtam.
  28. Qui crediderunt in refectionem adium, hypothecam ex lege habent in ipsas ades refectiones. An & Fabri pro mercede operarum? Quid si credimus, sed in refectionem non impensum? Quid si impensa non ea necessitate, sed utilitatis aut voluptatis causa facta sit? Quid si quis crediderit in domus emtionem aut adium novarum extractionem? Quid si in aliarum rerum meliorationem, reparationem aut emtionem? An non his retentio rerum competat, si adbus possideant?
  29. Moribus hypotheca legalis ei competit, qui credidit in navis refectionem, cujus contrarium jure Romano obtinuit.
  30. Etiam illis, quorum merces urgente necessitate per magistratum navis distracta sunt, in ipsa navis sociis nauticis in navi & mercibus vestis pro mercede debita.
  31. Universitati agrorum aggerum manitorum in praedia istius universitatis pro impensis in refectionem aggerum, molendinorum &c. Redemptori in bonis ejus, quem a Turcis aut Barbaris aliis redemit. Illis, qui suam partem societatis Indica vendiderunt ac transcripserunt, in ipsam illam partem, pro pretio necdum soluto. Insolatoribus (Bleekers) pro mercede procurati candoris in lineis a se adbus detentis &c.
  32. An jus pignoris nascatur ex arrepto rei aut persona, vel recognitione chirographi in iudicio? An ex sententia? Et quid juris, si pignora iudicati capta sint?
  33. An domino rei furto oblata in rebus furis pro estimatione, vel in rebus ex pecunia furivis emtis? An sociis in bonis socii pro eo, quod reliquis sociis jure societatis debitum? An ei, cui annuus redditus ex certo fundo praestandus venditur, si fundus specialiter obligatus non sit?
  34. Cujus leges spectanda sint in quaestione, an legalis hypotheca competat in rebus mobilibus & immobilibus?
1. **P**raeter primam hypothecae divisionem in generalem & specialem, alia hoc titulo supponitur, quod nempe expressa sit, vel tacita. De expressa jam actum est. Tacita vel conventionalis vel legalis est. Conventionalis tacita exempla plura sunt: veluti, si quis fidejubeat pro eo, qui rem fidejubeatis jam ante pignori obligaverat; cum intelligatur hoc ipso, quod fidejubeat, quodammodo mandare, res suas obligatas esse: Sane si post fidejussorem demum res ejus per debitorem pignori data essent, non censerentur obligatae, l. Pomponius 5. §. ult. ff. b. r. Sed & si is, cujus res est, instrumentum scripserit, in quo res illa creditori obligatur, vel etiam instrumento tali subscripserit, non ignarus eorum, quae instrumento cauta sunt, tacite rem suam obligasse creditur, l. fidejussor impetravit 26. §. pater 1. ff. de pignor. & hypoth. ibique Groenewegen; secus, si id ignoraverit, arg. l. Gajus Sejus 39. ff. de pignorat.

est. Præterea hoc ipso, quo id agitur, ut debito intra certum tempus non soluto, creditori liceat rem certam vendere, res illa existimatur tacite pignoris nexu devincta, *l. creditor 3. §. ult. ff. qui potior in pign.*

2. Præcipua vero pignoris taciti non ex lege, sed potius ex conventionem seu pactione tacita descendens, species est in investitis & illatis in prædium urbanum, quippe quæ domino prædii pro pensione ac deterioratione jure pignoris obligata sunt, *l. Pomponius 2. l. eo jure 4. ff. b. t. l. item, quia 4. ff. de pactionibus*, quod pignoris genus a suis principiis & quasi incunabulis repetit Baldu. *de pign. cap. 6.* Quemadmodum & fructus prædiorum rusticorum pro mercede, *l. in prædii 7. ff. b. t. l. quævis fructus ff. b. t. junct. l. si servus communis 61. §. locati 8. C. de furtis*, sive adhuc pendeant, sive jam a solo separati in me se jaceant, in quantum auctoritate publica interdicti potest, ne fructus ex agro in horreum devehantur, nisi soluta prius pensio; sive denique jam in horrea coloni convekti fuerint, uti judicatum refert auctor appendicis decisionum *post consil. Holl. pars. 5. vol. 1. p. 20. in fine, & pag. 21.* Atque hinc etiam est, quod dividendis per creditores aut curatorem bonis datum fructibus pendentibus, pecoribusve in prædio conducto pascentibus, in pretio inde redactio potior esse debeat pro pensione debita dominus agri, in quo fructus pendebant aut pecora pascebantur: in quam sententiam exeat res judicata in *d. appen. decisionum pag. 20. fere in pr.* Plane si fructus ab ipso colono distracti jam sint, pretium eorum tacite obligatum non est, multoque minus fundi, si qui ex fructuum pretio coempti sint, *d. l. 3. C. b. t. Negusantius de pign. & hypoth. 4. membr. 2. par. princip. n. 143. 149.* Ipsa quod spectat illata investita in prædium rusticum, tacite pro pensionibus fundi domino obligata non sunt, sed expressam conventionem desiderant, *d. l. eo jure 4. ff. b. t. l. si non inducta 5. C. b. t.* Nec contrarium est in *l. corii juris 5. C. de locato*, cum illis verbis satis apertis Imp. Alexander diversitatem juris proponat inter investita in prædium rusticum, & ea, quæ in urbanum illata sunt, eodem fere modo, quo id ante factum fuerat a Neratio in *d. l. 4. ff. b. t. ac proinde*, quando rescribit, ea quæ voluntatem dominorum coloni in fundum conductum induxerint, pignoris jure dominis prædiorum teneri; ubi autem domus locatur, non esse necessariam in rebus industriæ scientiam domini; per istam voluntatem dominorum atque scientiam nihil aliud quam pactio atque conventio denotatur. Quo modo etiam in *l. Pomponius 5. §. item illud 1. ff. b. t.* per voluntatem conventio intelligitur. Et enim, dum ibi Marcianus ait, voluntate domini induci pignus ita posse, ut in partem debiti sit obligatum, non aliud vult, quam id pacto agi posse, ut non in totam pensionem, sed tantum in partem ejus inducta illata obligata sint. Eodemque sensu voluntatem pro expressa novandi conventionem Justinianus posuit in *l. ult. C. de novatione*. Nec jure novo mutata censi debent, quæ de illatis in prædium rusticum tacite non obligatis dicta sunt: cum in *l. ult. C. b. t.* nihil aliud a Justiniano constitutum sit, quam, jus taciti pignoris in illatis in prædium urbanum non tantum in utraque Roma, sed & in omnibus provinciis probandum esse. Ipsas melioratio-

Voet ad Pand. Tom. III.

nes a colono factas quod attinet, an pignoris jure pro pensionibus teneantur, minus recte disputatur: cum omnes jure soli, adeoque pleno dominio ad locatorem prædii dominum pertineant, sive æstimatio earum colono migranti refundenda sit, sive non; & in casu, quo restitutio facienda est, jure compensationis locator æstimatorem a se debitam pro debitis per colonum pensionibus retinere possit; secundum propriam naturam compensationis.

3. Quia tamen prædia quædam rustica sunt, fructum naturaliter haud ferentia, sic ut nec domino securitas pro pensione in fructibus esse possit, ideo placuit, hæc quantum ad jus taciti pignoris in investitis & illatis attinet, non multum a prædiis urbanis separanda esse; qualia sunt stabula, quæ non sunt in continentibus ædificiis, *d. l. eo jure 4. §. 1. ff. b. t. areæ trituriaræ, & horrea, l. si horreum 3. ff. b. t. cum domini 51. ff. locati*. Licet enim verum sit, per horreum subinde designari locum, in quo homines pretiosissimam partem fortunarum suarum reponunt, *l. nam salutem 3. §. effratura 2. ff. de officio præfetti vigilum*, non tamen ideo necesse est, ut ad hujus generis horrea restringantur verba *d. l. 3. ff. b. t.* cum utique horreum eadem, quæ stabulum ratio sit; pignoris autem jure teneantur quæ in stabulum investita sunt, *d. l. 4. §. 1. ff. b. t.* Quin imo, si mores nostros spectemus, investita quoque in prædium rusticum, nec non animalia pascenti causa in prædium conductum immissa taciti pignoris jure affecta sunt. Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib. 2. cap. 43. n. 19. & seqq. Ant. Matthæus de auction. lib. 1. cap. 19. n. 53. Groenewegen ad l. 5. C. locati*. Dummodo meminerimus, nullam nunc apud nos aliosque multos hujus taciti pignoris vim esse in investitis & illatis in prædium sive rusticum sive urbanum, nisi illa præcludantur auctoritate publica dum sunt in prædio, aut, dum conductor ea transfert, a vigilante creditore in ipso quasi translationis actu arresto, detineantur; quo casu rursus in prædium reducenda, quæ coeperant transferri, sed necdum fuerant ad locum occulationi destinatum delata: eo modo, quo id Romanis singulari jure placuerat in servis in prædium urbanum inductis, quos a dominis manumitti potuisse, quamdiu pensionis nomine præclusi non essent, apertum est ex *l. pen. ff. b. t. Grotius manud. ad jurispr. Holl. d. lib. 2. cap. 48. n. 21. Groenewegen ad l. 9. ff. b. t. Ant. Matthæus de auction. lib. 1. cap. 19. n. 41. & in paræm. Belgar. Juriscons. 7. num. 13. Parens p. m. Paulus Voet ad §. 7. Instit. de action. n. ult. & tract. de mobil. & immobil. cap. 19. n. 8.* Qualis præclusio nostris moribus non modo jussu hypothecæ locatori firmat, sed & prælationem ei tribuit, licet jure Romano simplex tantum hypotheca videatur competisse. Ant. Matthæus *d. cap. 19. n. 41. & 74.* & jure Amstelodamensi tantum anni unius & præterea anni labentis pensio prælationem habeat. *Kuren van Amsterdam, derde Deel 1. boek pag. 257. col. 2. art. 21.* Eoque fundamento a Curia Ultrajectina judicatum fuit, dominum ædium in rebus præclusis potiorum esse pupillis, quibus idem ille ædium conductor ex administratione tutelæ jam ante coeperat obligatus esse, 14. Decembr. 1675. in *de sake Fister de Graaf, Herr. van Zuyd-olstbroek & c. en de Members over de Onmondige Kinderen*

van Cornelis Melissen. Licet jure novissimo tantum sit praelatio pro triennii pensionibus. *Ordonn. op de vestenissen en hypotheb.* 18. Januarii 1700. art. 18. Sane peracta translatione ante praelationem, nullum ulterius domino urbani rustice praelii in translationis superest pignoris aut praelationis jus. Sed &, si post praelationem rite factam inventa ac praelusa clam alio translata fuerint, cogi quidem conductor potest auctoritate judiciali, ut ablata transportata reducat in praelium, in quo praelusa, quod & legibus Mechliniensibus disertim cautum, tit. 8. art. 14. in fine. Adde Rebuffum *ad consil. reg. som.* 1. de *litter. oblig. art. 4. gloss. 2. n. 29.* verum quamdiu id re ipsa praelatum non est, vix est, ut praelii domino renatum praelationis jus in praeludium creditorum aliorum sola personali actione, non privilegio, munitorum, longeque minus in praeludium illorum, in quos in bona fide positos conductor fraudulenter subductorum dominium oneroso titulo translatum voluit, cum mobilia nullam moribus sequelam habeant; utcumque aliter hic visum fuerit Christinzo, dum *ad Leg. Mechlin. tit. 8. art. 14. n. 9. & seqq.* scripsit, mobilia quidem non manere obligata, si bona fide alienata sint; at omnino, quoties dolose in detrimentum locatoris exportantur, transferuntur, aut alienantur: cujus tamen sententia ex illa lege municipali, quam illic interpretatur, firmari non potuit; cum non aliud illic caveatur, quam id, quod eductum est, ad locatoris desiderium oportere reduci; ut inde mercedis conductionis persequatur, atque adeo personalis tantum obligatio imponatur conductori ad factum reductionis, quo per & post reductionem pignoris jus redintegretur. Nam si & post exportationem dolosam duraret ipso jure pignoris vinculum, nulla fuisset conductori imponenda reductionis necessitas, sed locatori simpliciter rerum elatarum, velut adhuc pignoris nexu devinctarum, persecutio danda foret.

4. Nihil autem interest, qualia bona inventa illata sint: neque enim supellex sola, proprie sic dicta, aurum, & argentum, & ornamenta, & vestes, & arma, & gemmae, & mercium venalium universalitas, & numerata pecunia, & jumenta, et servi, et quicquid a conductore inductum fuit, pro pensionibus obligata teneri possunt, arg. *l. pen. ff. b. r. Christinzo ad Leg. Mechlin. tit. 8. art. 14. in potis ad num. 13.* Neque hic inter bona minorum ac majorennium conductorum distinguendum puto; tum quia generaliter obtinuit, aequae res minorennium, ac eorum, qui jam legitimam impleverunt aetatem, hypotheca legalis vinculo obstringi, ne aliquo minore legi vim tribuamus quam magistratum a lege potestatem habentium decreto, quo interposito vel ipsa immobilia minorum bona pignori obligati, et judicati causa pignori capi, & jure praetorii pignoris per missionem in possessionem affici, expeditum est, *l. 1. l. 3. §. pignori 1. ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cura sunt, sine decret. non alienand. l. Fulvinius 7. §. plane 10. ff. quib. ex causis in posses. eatur.* Tum quia tutores & curatores utiliter res mobiles minorum, inter quas & illata ac inventa, pignori obligant pro credito, quod in utilitates pupilli verum esse, *l. tutor. l. leg. 16. pr. ff. de pignorat. act. l. curator 3. C. si res aliena pign. data sit, arg. l. si pupillorum 7. §. si obligavit 5. ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cura sunt etc.* at nihil magis videri potest verum in rem minoris, quam

quod ad eum splendens erogatum est; erogatum autem in alimenta, dum in usum minoris habitatio conducitur, quam una cum cibariis atque vestibus sub alimentis comprehendere, constat ex *l. hygasit alimentis 6. ff. de alimentis vel cibor. legatis.* Tuldesius *ad tit. Cod. quae res pignori dari n. 6.* Montanus *de tutelis cap. 33. n. 45.* Negusantius *de pignor. et hypotheb. 4. membris, secund. parit. num. 73. 74.* Sanda *de probib. alien. par. 1. cap. 1. §. 3. num. 51.* Andr. Gayl *lib. 2. observ. 83. num. 9. et seqq.* Christinzo *ad Leg. Mechlin. d. tit. 8. art. 14. n. 6. 7.* Rodenburch *de jure conjugum tit. 2. cap. 3. num. 11. pag. 226.* Ant. Matthaeus *de audition. lib. 1. cap. 19. n. 45.* Parens p. mem. Paulus Voet *de mobil. et immob. lib. cap. 13. n. 2.* Similiter nec tacite huic hypotheca exempta censeri debent inventa studiosorum, sive supellex alia sive libri sint; cum nusquam tale privilegium huic hominum ordini indultum invenitur, neque ulla alia saepe domino locatori musaei securitas sit, ac facile insalutato hospite migraturus esset peregrinis in locis harentis studiorum gratia, si supellex libraria, ultra quam plerumque nihil eo in loco possidet, pro musaei pensione non esset devesa. Berlichius *par. 1. conclus. praef. 67. n. 65. 66.* Vinnius *trakt. de pign. cap. 12. n. 9.*

5. Non aliter tamen inventa & illata pignoris tacti jure tenentur, quam si conductoris propria sint, aut aliena quidem, sed domini consensu in praelium conductum ita inducta, ut perpetuo ibi sint, seu in usum conductoris habeantur, veluti lecti, sedilia, instrumenta artis quam conductor in domo exercet, quasi hoc ipso dominus tacite consenserit in hanc tacitam rerum suarum obligationem, saltem in subsidium deficientibus propriis conductoris illatis; nec possit videri extra fraudem esse, dum sciens hoc agi per conductorem, dissimulavit, nec admonuit locatorem, arg. *l. si probaverit 2. C. si aliena res pign. data sit, l. si ino voluntate 5. C. ad Senatuse. Vellejanum.* Menochius *de arbitrar. judicium lib. 2. casu 441. n. 5.* Matt. de Afflictis *decis. 184.* Christinzo *ad Leg. Mechlin. d. tit. 8. art. 14. n. 8.* Responsa Juris. Holl. *par. 5. consil. 52. et 53.* Qua occasione animadvertendum ulterius, non alia domino praelii sive rustici sive urbani teneri jure pignoris, quam qua illata ac inventa fuerint, adeoque non ex sola conventionione, sed ex ipsa demum illatione nasci pignoris jus; adeo ut, si colonus convenerit, ut inducta, illata, pignori sint, & antequam inducat, alii rem hypotheca nomine obligaverit, tunc deinde eam in fundum induxerit, potior sit futurus qui specialiter pure accepit: quia in potestate debitoris erat, an & quae bona inferre velit, & illatione obligata efficere, adeoque adhuc verum erat, sine voluntate ejus nasci non potuisse pignoris jus, *l. potior est 11. §. si colonus 2. ff. qui pot. in pign.* Donellus *de pignoribus cap. 12. vers. laudo num. idem.* Sed & secundo sciendum, ne omnia quidem illata teneri, sed ea sola, quae ea mente per conductorem invehuntur in praelium, ut illic sint, id est, permaneant durante tempore conductionis, sive in praeliis urbanis de jure tacite, sive in rusticis de jure expressa in illatis inventisque hypotheca, secundum jus Romanum quaestio sit, cum id generaliter de inventis & illatis definit Pomponius in *l. in praeliis 7. §. 1. ff. b. r.* Sczvola in *l. debitor 32. ff. de pignoribus et hypotheb.* Menochius *de arbitrar.*

*jud. lib. 2. causa 441. n. 3. et 4. Mantica de tactis et ambig. convent. lib. 11. tit. 15. n. 31.* Cui consequens est, ut neque commodatae conductori res ad modicum tantum tempus, neque deposita apud eum, aut pignori ei data, pignori esse intelligantur, longaeque minus, si quae conductori tanquam artificis commissa fuerint, veluti lanca linea apud textorem, pannas apud sartorem fullonemve repositas, & quae huius sunt generis alia plura, nisi jus aliud statutis nominatim inductum appareat. Responsa Jurisc. Holl. *par. 5. consil. 52.* Ant. Matthaeus *de aution. lib. 1. cap. 19. n. 55. 56.* Et quia merces singula in tabernam eo inferuntur animo, ut quantocius distraetae rursus afferantur; hinc nec singula corpora, sed sola mercium universitas, pro pensionibus tabernae obstricta censi debuit arg. *l. pen. ff. de pignor. et hypoth.* etiam nostris moribus, quibus praclusio illatorum requiritur, parum refert, utrum universitatem mercium an singula corpora devincta dicamus, cum utique illa, quae praclusionis tempore in taberna reposita sunt, tacite obligata intelligantur, arg. *l. gregis 13. pr. & d. l. pen. ff. de pignor. et hypobasit.* Confer Menochium *de adipiscenda posses. remedio 3. n. 125. et seqq. Zoesium ad Pand. b. t. num. 4.*

6. Usque adeo autem in praedium urbanum tacite obligantur, ut etiam secundi conductoris bona non primo tantum conductori teneantur, sed & primo locatori, atque adeo locator primus ea quoque possit pracludere. Quod aperte satis innuit Ulpianus in *l. solutum 11. §. rebus 3. ff. de pignorat. act.* dum de eo disputans, an bona secundi conductoris in universam teneantur pensionem a primo promissam, ait credibile non esse, quod conveniret, ut ad universam insulae conductae pensionem frivola secundi conductoris tenerentur, ideoque in eam duntaxat summam inducta secundi ac illata obligari, in quam ille rursus conduit. Quae haesitatio inepta prorsus esset, si non primo locatori res secundi conductoris devincta forent; cum non secundo sed soli primo locatori illa locationis prima merces major debita sit, & in definienda questione, an secundi conductoris illata primo tenerentur conductori ultra pensionem sibi a conductore secundo constitutam, non praesumptio quaedam probabilis, aut credibilis, sed certa juris principia, in decisionem advocanda fuerint, scilicet ex non ultra teneri posse primo conductori, quam quatenus ipse mercedis promissa creditor est, ne accessoria pignoris obligatio sine principali sit. Nec hisce contradicit Paulus in *l. si in lege 24. §. si colonus 1. ff. locati*, eo quod illic de invecitis illatis in praedium rusticum sermonem esse, tum fundi tum coloni tum denique fructuum tacite obligatorum mentio evincit abunde. Quae admodum ergo primi coloni bona tacite obligata non erant, sed expressa indigebant conventionem, ita & coloni secundi illata non esse in causa pignoris, ratio dicat. Minus obstat *l. Pomponius 2. ff. b. t.* quippe in qua non de secundo conductore, sed gratuita habitationem habente, & ad pensionem hand obligato tractatur. Bronchorst *miscell. cont. 1. assert. 80.* Christinus *ad Leg. Moebian. tit. 2. art. 7. n. 2. 3. 4. 5.* Cumque nostris moribus receptum sit secundum ante dicta, etiam in rusticum illata praedium tacite pignoris jure teneri, non dubium, quia & coloni secundi invecita illata nunc primo quoque locatori teneantur, sed in eam duntaxat

quantitatem, in quam conductor secundus se primo praedii colono devinxit, arg. *d. l. 11. §. 5. ff. de pignorat. act.* Ant. Matthaeus *de aution. lib. 1. cap. 19. num. 54.*

7. Ceterum etsi inter Romani juris auctores aequae ac inter hodierni juris interpretes constet, fundo per primum colonum rursus elocato, fructus ex causa tacite pignoris primo locatori devinctos permanere, utcumque secundus conductor eos percipiat, *d. l. si in lege 24. §. si colonus 1. ff. locati*, non tamen illud aequae expeditum est, an in integrum primo locatori debitam, an duntaxat in minorem a conductore secundo promissam teneantur pensionem; dum forte praedium conductor locavit aureis octoginta, quod ipse centum aureis habebat conductum. Et quamvis nonnulli hic idem probent, quod in illatis invecitisque secundi conductoris superius est traditum, ut plenius prosequitur Ant. Matthaeus *d. cap. 19. n. 54.* magis tamen & rationi & juri & aequitati consentaneum videtur, sublocato praedio, fructus in integrum pensionem obstrictos fore, quam sibi primus locator pactus fuit, ut ut villioris praedium sublocatum sit, suadent id ipsa Pauli verba in *d. l. 24. §. 1. ff. locati*, quando ait, *fructus in causa pignoris manere, quemadmodum esset, si primus colonus eos perciperet*; quod falsum esset, si non in eandem quantitatem manerent obligati. Suadet insuper argumentum ab emptione petitum: etenim, quemadmodum venditori liberum est rem venditam retinere donec pretium integrum exsolutum sit, etsi forte primus emtor secundo rem eandem villioris vendidisset, emtorque secundus suum, quod promiserat, pretium offerret venditori, vel etiam unus ex pluribus unius emitoris heredibus pro sua parte hereditaria solveret pretii partem, quo fundi emti partem pro rata consequeretur, *l. fustular 78. §. quid fundum 2. ff. de contrab. emt. l. Julia 15. §. offerri 8. de act. emti*, quemadmodum insuper venditori licet rem ipsam jam traditam, a quovis persequi possessore, quoties neque pretium solutum, neque fides de eo habita est, *l. procuratoris 5. §. sed si dedi 18. ff. de tributor. act. §. vendita vero 41. Inst. de rerum divisi.* idque, quia post venditionem usque ad traditionem adhuc dominus permanet, *d. l. 11. & §. quum autem 3. in fine Inst. de emt. vendit.* ita quoque justum censi debet, fundi dominum fructibus inde natis incumbere posse, donec integra pensio soluta sit, utcumque vel plures ejusdem coloni heredes extiterint, vel sublocatio alteri mercede minore facta sit, ne aliquin locatori per conductoris primi sublocationem perat retentio fructuum, velut tacite pignoris jure quaesita. Praesertim si consideres, ipsum quoque praedii locati dominum post locationis contractum interpositum manere dominum fructuum pendendum, quippe qui partes fundi esse intelliguntur, neque aliter, nec ante, jure domini acquirantur colono, quando & quia per eum ex voluntate domini vel expressa vel saltem tacita separantur a solo, ac percipiuntur, *l. si servus communis 61. §. locati 8. ff. de furtis, junct. l. si aper 26. §. 1. ff. cod. tit. l. fructus pendentes 44. ff. de rei vindic.* qualis consensus tacitus cum non nisi salvo pignoris jure in fructibus percipiendis intelligatur intervenisse, si primus colonus eodem separasset, etiam durare debuit idem jus pignoris in fructibus pro solida pensione domino debita, licet alius a primo colono causam habens eos-



dem percepisset. Atque ex hoc etiam fundamento ab Hugone Grotio scriptum arbitror, fructus, qui a colono percipiuntur ex fundo, eidem traditos fingi a locatore, *Manuduct. ad jurispr. Holl. lib. 2. cap. 5. n. 16.* quibus similia tradit Ant. Faber *Cod. lib. 4. tit. 42. defin. 21. in pr.* Venditur scilicet ipse fundus, sed & separatim venduntur fructus fundi pendentes *l. si debitor 39. §. 1. ff. de contrab. emt.* qualis inde iniquum non fuerit, parem locatori pro integra mercede debita asseri fructuum retentionem, qualis venditori rerum venditarum retentio velut jure pignoris pro pretii integri solutione obtinenda per leges data est.

8. Legalis hypotheca plures in jure nostro species occurrunt. Primo namque fisco (& ad ejus exemplum Principi, arg. *l. fisci, cum 6. §. 1. ff. de jure fisci*) data est in bonis administratorum *l. 1. C. de jure fisci*, ut & eorum, quibuscumque contraxit, *l. corum est 2. C. b. l. arg. si pignus 8. ff. qui pot. in pignore*, nec non in bonis civium pro tributis ac censu, *l. 1. C. b. l. 1. S. si proprii publ. pensitat. venditio celebr. l. Imperatores 7. ff. de publicanis, tot. tit. C. sine censu & reliquis fundum compar. non posse*, sive tributa illa ac onera ordinaria fuerint, sive extra ordinem, urgente necessitate publica, indicta; sive ipsi debeantur fisco, sive civitati, cui a Principe ad sublevandas civitatis angustias tributa quadam aut vestigalia exigendi facultas concessa est, convenienter *l. vestigalia 10. C. de vestigal. & commiss. Carpovius defin. for. parte 1. cons. tit. 28. defin. 47. & 49.* Qua ratione etiam cautum in Hollandia, civitates pro tributis sibi debitis, exemplo reipublicæ habituras hypothecam legalem in bonis eorum, qui talia tributa aut vestigalia conduxerunt, aut conductorum socii sunt, aut fidejussores. *Flacit. Ordin. Holl. 9. Augusti 1659. vol. 2. placit. pag. 1129. & placitio 24. Febr. 1659. vol. 3. pag. 592.* Quin &, si tributa, vestigalia, census, publicanis elocata fuerint, hi quoque, tanquam fiscum vi conductionis representantes, pro horum omnium exactione hypothecam habent in bonis illorum, qui ista debent; cum a fisco jus omne redemerint, quod fisco competeat; quod in Hollandia judicatum memorat auctor appendix decisionum *post Resp. Jurisr. Holl. par. 3. vol. 1. pag. 22. fere in pr.* Sed quo magis ad vigilandum instigentur publicani, & ne nimia onerum, a multis retro annis debitorum, simul & semel cives obruant, in Hollandia constitutum, publicanos legalis hypothecæ jus exercere non posse, nisi intra sex menses, computandos a tempore finitæ conductionis illius, cujus vi ipsis jus exigendi tributa & onera publica additum fuit, exactionem inchoaverint, ac sine interruptione prosecuti sint. *Generale Ordonnatie op de verpachtingen der gemene landsmideelen van Holland. an. 1654. art. 29. vol. 1. placit. pag. 1653. 1654. quæ & repetita postmodum, vol. 3. placit. pag. 816. art. 44.* ubi & jus paratæ executionis restrictum ad quatuor menses post finem istius conductionis *art. 43.* Sed &, cum exactoribus tributorum, quæ dicuntur. *convey en licet gelden*, adjunctum esset, ut presentem exigant solutionem, nec ulli fidem habeant nisi suo periculo, definitum insuper, eo casu, quo fidem habuerint mercium dominis, jus hypothecæ ipsis non ultra quatuordecim dies a tempore faciendæ solutionis paratæ durare. *Instructie vder de Collecteurs en Pachters van conde-*

*yen en licenten 11. Julii 1537. art. 15. vol. 1. placitor Holl. pag. 2323.* Plane jus hypothecæ legatis pro tributis immobilium, quæ appellantur *verpandingen*, quorumque exactio in urbibus Hollandiæ magistratui urbano velut jure quodam redemptionis nunc competeat, nullo temporis brevioris lapsu perire, judicatum fuit. *Jacobus Coren observat. 17. in prædiorum rusticorum tributis quid juris sit, definit placit. Ordin. Holl. 1. Augusti 1654. vol. 2. placit. Holl. pag. 1127.*

9. Non tamen fisco competit hypotheca legalis pro multis ac pœnis in bonis delinquentium. Quod ut manifestius evadat, distinguendum, utrum ob crimen bona omnia delinquentis aut pars eorum, veluti, dimidia, tertia, publicari debeat; an vero certa tantum pœna pecuniaria, velut centum aureorum aut alterius quantitatis, imponenda sit. Si enim bonorum publicatio in totum aut ex parte delicto proposita sit, creditores reliqui, utcumque simplices chirographarii, fisco potiores sunt, in quantum tunc fisco bona delinquentium non percipit nisi cum oneribus, nec intelliguntur bona esse, nisi quæ deducto ære alieno supersunt, ut jure publicationis fisco cedant, *l. non possunt 11. l. Sicius 48. §. Cornelio Felici 1. ff. de jure fisci, l. si quis dolo 2. §. ult. ff. si quis aliquem tot. ari. prohib. vel coeg. junct. l. subignatum 39. §. 1. ff. de verb. signifi. Responsa Jurisr. Holl. part. 1. consil. 179. & parte 3. vol. 2. consil. 166.* Si vero certa tantum pœna fisco pendenda sit, salvis bonis, veluti ex lege Julia repetundarum, residui annonæ, &c. nullam quidem ante alios creditores chirographarios prælationem fisco habet, sed nec iisdem postponendus est, adeoque magis cum iis concursurus pro rata, exemplo privatorum, quibus pœnam persecutio competeat ex furto, rapina, aut alio simili delicto privato. Quod enim a Modestino pro regula traditum est, *omnium fiscalium pœnarum petitionem creditoribus postponi, l. in summa 17. ff. de jure fisci*, uti etiam ab Alexandro rescriptum fuerat, *rem suam persequentibus pœna exactionem postponi, l. unic. C. parit fiscalibus creditores preferri*; id jam ante a Papiniano eam receperat interpretationem, ut nempe solum prælationis privilegium pro pœnis fisco denegaretur, non vero jus commune concursus, quod & privatis competeat, dum in *l. 37. ff. de jure fisci* ait: *quod placuit, fisco non esse pœnam petendam, nisi creditores suum recuperaverint, eo perinet, ut privilegium in pœna contra creditores non exercentur, non ut jus commune privatorum fiscus amittat*; adeoque pro qua parte creditores reliqui simplices suum possunt creditum consequi, pro ea etiam fisco pœnam consequatur, nec aliter solidæ pœnæ exactionem habeat, quam si & creditores ex patrimonio delinquentis solidum possint saluum habere: vel secundo, *d. l. 17. ff. de jure fisci* accipi potest de casu, quo publicatio bonorum facta erat, convenienter legi *Sicius Florus 48. §. Cornelio 1. ff. de jure fisci.* Non desunt interim, qui fisco pro pœnis hypothecam aut saltem prælationem tribuant ex die condemnationis, quia judicio atque sententia quasi contrahitur, *l. licet tamen 3. §. idem scribis. 11. ff. de peculio, Peregrinus de jure fisci lib. 6. tit. 6. n. 12. Negusantius de pignori. 4. membr. 2. part. n. 15.* *Carpovius defin. for. part. 1. consil. 23. defin. 104.* Sed vix est, ut hoc probetur; cum privilegia strictam recipiant interpretationem, maxime ubi de

ponarum persecutione quæstio est; adeo ut nec minor, cui alias facile ex ætatis beneficio restitui solet, adversus omisam pœnæ persecutionem restituendus sit, *l. auxilium 37. ff. de minor. 25. annis*. Ac proinde, licet in bonis eorum, quibuscum fiscus contraxit, hypothecam habeat, non tamen ideo in bonis eorum, qui principaliter ex delicto obligati sunt, licet postea aliquo respectu & ad quosdam effectus iudicio atque sententia contrahi videatur. Statque pro hac sententia post Hug. Grotium *mayud. ad jurispr. Holl. lib. 2. cap. 48. n. 17*. Ant. Mattheus *de auction. lib. 1. cap. 19. n. 4*. Jure tamen singulari id apud nos datum societati Indiz Occidentalis, ut, quoties in pœnam incidunt illi, quorum ministerio utitur, retentionem mercedis & salariorum quin & prædæ habeat, perinde ac si nunquam mercedem hæc debuisset, *Ariset-Brif van de West-Indische Compagnie 12. Apr. 1777. art. 15. vol. 3. placit. Holl. pag. 1547*. Sed &, licet fiscus pro pœnis ipsis prælationem non habeat, tamen si reus criminis in expensis litis damnatus sit, prætores, advocati fisci, alique similes fisci nomine publicam peragentes accusationem, pro hæc recuperandis potiores sunt reliquis delinquentis creditoribus in bonis ejus; tum quia hæc impensa per eos ex officii necessitate facta est; tum quia reipublicæ interest peccata nocentium & innotescere & puniri, *l. si a reo 70. §. ult. ff. de fidejussorib. l. cum qui nocentem 18. ff. de injuriis*, quod rarius fieret, si ancipiti sunt periculo gravarentur publici tales accusatores, ob denegatam in bonis damnati pro hæc prælationem, Peregrinus *de jure fisci lib. 5. tit. 1. n. 193*. Quod & praxi in Hollandia servari, Hugo Grotius testatur in Responsis Juriscons. *Holl. part. 3. volum. 2. consil. 166*. & Petrus Bort *Tract. van criminele zaken. tit. 12. par. 5. n. 19. & seqq. pag. mibi 227*. Plane Ultrajectini & prælationem & concursum negant fisco pro pœnis multisque, *placito 18. Jan. 1700. art. ult.*

10. Non etiam hypothecam legalem fiscus habet, quoties successit in locum privati, idque temporis anterioris intuitu; nam ratione futuri temporis suum adhuc privilegium exercet, *l. fisci, cum 6. ff. de jure fisci*, quod latius traditum *tit. de hered. vel act. vendita num. 13. in fine*.

11. Est & pupillis ac minoribus data legalis hypotheca in bonis tutorum ac curatorum ex constitutionibus Principum, cum antea solum inter chirographarios privilegium competiisset, *l. pro officio 20. C. de administrat. tut. l. unic. §. 1. Cod. de rei ux. actione*. Sive curator generalis sit, sive ad unum actum, veluti ad litem pro pupillo vel minore exercendam datus, *Magnor. de ratiocin. c. 39. n. 3*. Montanus *de tutel. c. 31. offit. 2. n. 14*. sive extraneus, sive mater aut avia tutelam gerat, arg. *l. si mater 6. Cod. b. i. Ant. Faber Cod. lib. 2. tit. 8. defin. 4. in med.* Etsi enim in *l. 3. C. quando mulier. tut. off. fung. cautum sit*, mulierem tutelam liberorum suscipientem debere suam substantiam supponere, non tamen inde concludendum, legali hypothecæ locum non esse: cum potius prudenter a Justiniano suppositio illa mulieri injuncta videatur, ne alias ignorantiam juris forte præterdend. quæ mulieribus sæpe inipunita est, atque adeo per susceptionem tutelæ, quæ talem omnium bonorum hypothecam comitem habet, sese captam queratur. Illud expeditum est, legalis hypothecæ jus pu-

pillis nasci in bonis vitrici, quem mater tutrix, non petito liberis tutore alio nec redditis rationibus ac reliquis restitutis, superinducit, idque pro tutelæ totius administratione, etiam ante matrimonium secundum per matrem gesta, *l. si mater 6. C. b. i. Nov. 22. cap. si autem 40. Sænde dec. Frisic. lib. 3. tit. 12. defin. 2. & 4. Andr. Gayl. lib. 2. observ. 90. num. 2*. Rodemburch *de jure conjugum tit. 5. cap. 1. num. 4. pag. 319. & 320*. D. Joh. a Someren *de jure nuptiarum cap. 5. num. 2*. Quin & in bonis uxoris, cum maritus tutelam stante matrimonio suscepit, nostris moribus competere pupillo pignus legale probabiliter defendi putat Rodemburch *de jure conjugum tit. 2. cap. 3. n. 11*. etiam tunc, cum marito Ultrajectino voluntaria alienatio rei uxoriæ sine consensu uxoris, dum prole communi caret, adempta est; quod etsi admitti possit, ubi vel statutaria omnium bonorum saltem quæstum communio inter conjuges exclusa non est, falleret tamen si uxor omnino dotem sibi salvam pacta sit, & ita reduceret dotium privilegia jure Romano novissimo recepta.

12. Quia vero in locum veteris privilegii inter chirographarios successit jus hypothecæ legalis, hinc concludendum videtur, etiam jure novo hypothecam legalem nasci pupillis & aliis similibus, in omnibus illis casibus, quibus jure veteri privilegium inter chirographarios invenitur tributum, licet id non ita nominatim in legibus posterioribus hypothecæ mentionem habentibus expressum sit, arg. *l. & mulieri 15. §. de curat. furioso & aliis extra min. dandis*. Quibus consentaneum est, pupillis quoque legalem tribui hypothecam in bonis protutorum, *l. dabimusque 19. §. 1. ff. de reb. auct. jud. possid. & vend. l. ult. ff. de tut. & ration. distrab. Ant. Faber C. lib. 8. tit. 7. defin. 2*. Carpovius *defin. for. par. 2. consil. 24. defin. 14*. Responsa Jurisc. *Holl. par. 1. consil. 229. in fine*, nec non in bonis auctoris qui tutori adjungitur ad negotia pupillaria expedienda, ut & in bonis procuratoris, *l. properandum 13. §. ult. C. de judiciis*, eo quod pupilli intuitu parum interest, utrum auctor aut procurator an tutor ea gerat, quæ pupillus per ætatem gerere nequit, sive ab ipso tutore, sive a iudice auctor electus sit; cum inter hos sufficiens diversitatis ratio non sit, licet nonnullis placuerit, in bonis auctoris a iudice dati non esse pupillo tribuendum hypothecæ jus, ut notat Montanus *de tut. cap. 31. offit. 2. num. 16*. & seqq. Sane, si etiam hypotheca legalis exemplo antiqui privilegii pupillis competat in bonis eorum, qui, cum neque tutore essent neque pro tutore gererent, ex solo amicitia officio gesserunt negotia impuberum, ut auctor est Paulus in *l. si negotium 23. ff. de reb. auct. jud. possid.* quales tamen minus sunt similes tutoribus, quam quidem auctores a iudice constituti: non est, cur non in auctorum quoque talium bonis hypotheca legalis pupillis defendatur.

13. Ex eodem fundamento non pupillis tantum & minoribus, sed & furiosis & mente captis, & prodigis, & debilibus, & surdis, & mutis, & generaliter omnibus, quibus ob ætatem aut animi corporisve vitium ex decreto curatores dantur, jus hypothecæ legalis asserendum est; quippe quibus omnibus olim personale in bonis curatorum privilegium a Jurisconsultis assertum fuit, *l. & mulieri 15. §. 1. ff. de curator. furioso & aliis extra minor. dandis, l. dabi-*

murque 19. §. 1. in fine, & ll. seqq. ff. de reb. au-  
ctor. jud. possid. & vend. l. ult. ff. de iust. & ra-  
tion. distrab. Prodigio sane uti aperte d. l. 15. privi-  
legium dedit, ita non recte quis in contrarium ob-  
jecerit, beneficiis legum atque privilegiis indignos es-  
se, qui non casu sed culpa lino dolo suo proprio in  
eam deducti sunt conditionem, ut opis alienae indi-  
geant, quales procul dubio prodigi videntur. Et enim  
non tam culpa, quam impetus quidam furoris in iis  
est, ubi primum a frugalitate vel tantillum coeperunt  
defectere, unde & tales furiosum facere exitum, quan-  
dam ad bona assinet, a D. Pio rescriptum fuit, l. bis,  
qui 12. in fine ff. de iust. & curat. dat. ab his, qui jus  
rand. Scilicet, quod de ira Seneca lib. 1. de ira cap.  
9. id ad prodigalitem merito transtuleris. Quan-  
dam, inquit, rerum initia in nostra potestate sunt, ul-  
teriora non sua vi rapiunt, nec regressum relinquunt.  
Ut in preceptis datis corporibus nullum sui arbitrium  
est, nec resistere morarive deserta potuerunt, sed con-  
siliis omnes & paenitentiam irrevocabilis precipitatio  
abscedit, & non licet eo non pervenire, quo non ire-  
lucisret, ita animus, si in prodigalitem alioque se  
projecerit affectus, non permittitur reprimere impetum.  
Repiat illum oportet, & ad intum agat suum pondus  
& visum natura proclivis. Imo, uti ira, & prodig-  
alitas, furor est; nec, si furiosus privilegium vindic-  
averis, id prodigis ex eo, quod initium prodigalita-  
tis ab ipsis proficiscitur, jure neges: cum & multos-  
que culpa in furorem incidisse, ac perdurasse constet,  
iræ potissimum nimis indulgentes: nam ut idem Se-  
neca lib. 2. de ira cap. ult. ira celerior nulla ad in-  
saniam via est. Multi continuaverunt ira furorem, nec,  
quam expulerant mentem, unquam receperunt. Aja-  
cem in morem egit furor, in furorem ira.

14. Plane pupillis reliquisque iam enumeratis jus  
hypothece ex lege non recte asserueris in bonis ma-  
gistratum, qui subsidiaria pupillis actione tenentur,  
l. 1. §. privilegium 14. ff. de magistrat. conveniendis,  
hec in patrimonio executoris supremæ voluntatis, qua  
personas tales instituit vel legato honoratas sunt; eo  
quod talis executor non propter pupillos, aut gene-  
raliter propter testamento honoratos, sed magis pro-  
pter ipsum testamentum videtur constitutus, ut ejus vo-  
luntas effectum sortiatur. Nam &, si bonis debitoris  
obstrati ac latitantis aut ab hostibus capti, aut dum  
deliberant scripti heredes de adeunda hereditate, cu-  
rator datus sit, nec olim privilegium, nec jure novo  
pignus legale, tributum fuit, quin nominatim dene-  
gatum creditoribus in bonis talis curatoris, l. idem  
privilegium 22. §. 1. ff. de reb. auctor. jud. possid. ut-  
cunque inter creditores pupilli alique similes nume-  
rentur; cum hic non atatis sed tantum crediti con-  
sideratione curator constituatur, quo fit, ut pupilli  
jure cum majorennibus aliis communi uti debeant.  
Responsa Jurisc. Holl. par. 4. consil. 199. n. 2. Sed  
nec in bonis eorum, quibuscum pupilli contraxerunt,  
legalis hypothece jure civili pupillis data apparet; nec  
moribus nostris ulla ipsis ex ætate ante alios credi-  
tores prælatio competit in bonis debitoris; nisi ca-  
mera pupillaris pecunias pupillares fœnori collocave-  
rit op Weerkamer-Recht, quo casu prælationis jus  
pupillis competit, quamdiu minores sunt; nam si ma-  
jores facti sortem haud repeterint, sed acceptis usu-  
ris aut aliter de novo fidem debitori habuerint, ces-  
saret illud personale prælationis jus, aliaque similia,

quæ pupillaris ætatis favore peculiari recepta sunt.  
Responsa Jurisc. Holl. par. 4. consil. 267. pag. 462.  
Similiter nec in bonis heredum tutoris hypothece le-  
galis pupillis quæritur; maxime, cum supr. tit. 1. jam  
fuerit adstructum, ne sub expressa quidem hypothece  
generali bona heredum contineri, quoties id nomina-  
tim actum non est; in generali autem legali expressa  
conventionione id actum intelligi naturali ratione non  
potest, arg. l. Paulus respondet 29. ff. de pignor. & hy-  
poth. Montanus de iusticiis cap. 31. effectus 2. n. 36. 37.  
Resp. Jurisc. Holl. par. 1. consil. 300. in fin.

15. Denique nec in rebus ex pupillari pecunia com-  
paratis singulare legalis hypothece jus pupillis satis  
ex jure adstruitur pro pecunie talis repetitione, quam-  
vis plerisque contra videatur, inter quos Negusantius  
de pignor. 2. membr. 5. par. princip. n. 19. Berlichius  
par. 1. concl. præf. 65. n. 145. Bachovius ad Treu-  
lerum vol. 2. disp. 24. ib. 7. lit. D. Carpovius de  
fin. for. par. 1. const. 23. defin. 109. Ant. Matthæus  
de auction. lib. 1. cap. 19. num. 39. Et enim, si tu-  
tor ipse emerit ex pecunia pupillari, electio quidem  
pupillo competit, utrum rem sua pecunia emtam uti-  
liter sibi vindicare malit, an ejusdem quantitatis num-  
mos repetere, l. i. tutor 2. ff. quando ex facto tut. min.  
agere, l. si pecuniam 26. ff. de reb. crediti; nec du-  
bium, quin, si nummorum prætulit repetitionem, le-  
gali hypothece æque in re suis nummis emta, ac in  
quibusvis aliis tutoris bonis munitis dici debeat; cum  
ita tutor ex administratione tutelæ ad pecuniam tam-  
lem reddendam devinctus sit. Sed si extraneus num-  
mos pupillares in rerum certarum emtionem mutuos  
acceperit, non alter in rebus emtis sibi pignus asse-  
rere potest, quam si id ipsi expressa conventionione  
constitutum sit. Pignoris certe eo casu a lege dati altum  
in jure silentium est; neque de legali sed conventio-  
nali pignore agunt leges illæ, quæ pro contraria opi-  
nionem adduci solent, puta, l. idemque est 7. ff. qui  
pot. in pign. l. sed si pecunia 3. de reb. eor. qui sub.  
tur. vel cura sunt sine decreto non alienand. Cohæret  
enim lex tertia legi secundæ, & parti posteriori legis  
primæ, ubi de conventionali pignore sermo est, ac, cum  
quereretur, an non tutor posset prædium pupillo em-  
tum pignori obligare venditori sine decreto in pretii  
adhuc exsolvendi securitatem, idque aperte negaretur  
mox in l. 3. subiungitur exceptio, in qua pignus con-  
ventionale etiam sine decreto tenet in prædio per pu-  
pillum emto, scilicet si pupillaris pecunia pupillo em-  
tori subministrata fuerit ad prædium emendum cum  
pactione expressa, ut illud pro nummis pupillaribus  
pupillo alteri in emtionem creditis obligatum esset.  
Cujus exceptionis ea probabilis ratio est, quod privi-  
legium suo non soleat uti privilegio; quo fit, ut  
decreti solemnitas ad pignoris in immobilibus consti-  
tuendis firmitatem non ita desideretur, cum pupillus  
in prædium emendum creditum cum pacto pignoris,  
atque quidem cum extraneus sic creditum, vel ipse ven-  
ditor majorennis sic voluit de pretio sibi debito fi-  
dem habere pupillo emtori. Unde & in d. l. 2. non pro-  
ponitur questio, an prædium pecunia pupillari pro alio  
pupillo comparatum pignori sit, sed an pignoris obligatio-  
nem possit habere pupillus, cujus pecunia fundus est em-  
tus. Nec ab similibus responsio est ad d. l. 7. ff. qui pot.  
in pignore, quippe quæ itidem cohæret legi præcedenti quin-  
tæ ac sextæ, nec definit, an expressa, an vero tacita  
hypothece competat; sed tantum exponit, quo mo-  
do

do in pignore interdum posterior prior sit prior, juxta verba prima d. l. 5. cumque id varie probaretur exemplo ejus, qui in rei jam alteri obligata conservationem credidit, quia talis pecunia tunc salvam fecit totius pignoris causam, nec non exemplis aliis tandem etiam id demonstrat Ulpianus in l. 7. exemplo pupilli, ex cujus pecunia res comparata erat, quem in ea re emta vult, potius esse aliis anterioribus emtoris creditoribus, quia pecunia talis credita & pretii loco numerata efficit, ut dominium emtori quaeretur; & itac editori anteriori generalem hypothecam habenti nasceretur in ea re pignoris jus. Nec pupillimento ibi facta est, quasi jus quoddam singulare esset in pupillo, nummos in emtionem rei alicujus credente, cum in verbis sequentibus ejusdem l. 7. id, quod de pupillo dictum fuerat, generaliter asseratur de omni alio in emtionem rei credente, dum dicitur, quod si res non in totum ex nummis ejusdem comparata erit, erit concursus utriusque creditoris, id est, & antiquioris, & ejus cujus nummis comparata est. Constat autem, iis, qui pecuniam crediderunt in rem emtionem, jus pignoris non nasci, sed solam personalem dari actionem, nisi specialiter aut generaliter res emta ipsis per emtorem obligetur, l. quamvis ea pecunia 27. Cod. de pignoris. & hypothec. Carpzovius defin. forens. part. 1. cons. 28. defin. 107. 108.

16. Illud non satis expeditum est, an & pupillo legalis hypotheca competat in bonis tutoris pro iis, quae tutor vel ante delatam sibi tutelam creperat pupillo, ut ei, cui is heres extiterat, debere, vel durante tutela administratione, dum forte pupillus auctore tutore adivit hereditatem ejus, cui tutor ipse obligatus erat? Certi utique juris est, tutorem non ab aliis tantum pupilli debitoribus, sed & a se exigere oportere, si quid ipse pupillo debeat, & generaliter quod adversus alium prestare debuit pupillo suo, id eum quoque adversus se debere prestare, l. quociens 9. §. & generaliter 3. & 4. ff. de administr. & peric. tut. l. tutor datus 69. ff. de fidejussor. arg. l. si pupilli 6. ff. ult. l. proculus 18. ff. de negot. gestis l. si negotia 31. ff. mandati, Montanus de iustis cap. 32. regula 9. num. 26. & seqq. & quicquid, cum a se exigere deberet, non exegerit, in tutela iudicium venire, quemadmodum venit in negotiorum gestorum actionem, quicquid aliena negotia gerens non exegit a se, cum ei deberet, ad cujas negotia gerenda accessit. d. l. 8. §. ult. d. l. 18. ff. de negotiis gestis. Quibus positis, id unum inspicendum videtur, utrum debitum tale sit, quod durante tutela administratione executionem habebat, an vero tale, cujus exactio ex die vel conditione suspensa erat. Nam si toto tutela administrata tempore necdum dies aut conditio debiti extiterit; uti ab aliis illud exigere non potuit, si alii deberent, ita nec a se exigere debuit, quippe plus tempore a semetipso exacturus. Cumque hoc casu nulla neglecta executionis culpa aut mora solutionis appareat, neque tutor in ullo peccaverit, consequens est, hujusmodi debitum, in tutela iudicium non transferri, adeoque non fieri pupilli intuitu privilegiatum aut hypothecarium, l. quociens tutor 9. §. si paterfamilias 1. ff. de admin. & peric. tut. Si vero parum fuerit debitum, vel saltem durante administratione extiterit dies aut conditio ejus, quod pupillo tutor debet, sic ut etiam mora atque negligentia tutori in exigendo manifesta sit, tunc, uti

per culpam tutoris non exacta a debitoribus extraneis veniunt in tutela iudicium, quia munere suo ex bona fide functus non est, ita quoque venire debet hoc, quod sua mora atque negligentia a se non exegit, l. adversus 3. C. de heredib. tut. & curator. l. ita ausum 5. §. debitor 4. ff. de admin. & peric. tut. l. si tutor 5. ff. de tutela & ration. distrab. l. tutor datus 69. ff. de fidejussoribus, cui consequens est; ut deinceps debitum tale incipiat hypotheca legali, actionem tutela comitante, munitionem esse, arg. l. quociens tutor 9. §. si paterfamilias 1. ff. de administr. & peric. tut. Responsa Iuriscans. Holl. part. 4. consil. 364. 365. 382. Neque interesse puto in hac questione, utrum tutor sortem pupillo debeat, an usuras aut redditus annuos: nam cum & usuras, quarum dies durante tutela cessit, ac venit, a se exigere debuerit, magis est, ut & haec veniant in iudicium tutela, ac ita praelationem habeant, Carpzovius defin. forens. part. 1. consil. 28. def. 172. 173. Quin & pro expensis litis, in quas tutor pupillo rationum redditionem petenti damnatus est, praelationem ac jus hypothecae pupillo asserit Anton. Faber Cod. libr. 8. §. iis. 7. defin. 1. 4. 5. Plane, si tutor vel patri pupilli vel ipsi pupillo secundum superius proposita pure quidem sortem dideat, sed ei per reliquos contutores pecunia pupillaris usus sub usuris in futurum relictus sit, aut alia ratione debiti novatio quaedam per reliquos contutores fuerit facta, tutoris quidem debitoris intuitu debitum tale in iudicium tutela venire non potest, cum in mora aut negligentia exigendi a se ipso habere non intelligatur, qui novationem interveniunt prioris fecit obligationis dissolutionem; sed magis tutela iudicio tenerentur eo casu tutores reliqui, ex eo, quod pupillarem pecuniam male crediderunt per novationem tutori isti, qui solvendo non est, uti tenerentur, si pecuniam a tutore debitore re ipsa acceptam extraneo minus idoneo collocassent, d. part. 4. consil. Holl. 365. in med.

17. Nascitur autem hoc jus hypothecae legalis pupillis & similibus in bonis tutorum ac curatorum protinus ab eo momento, quo tutela vel cura delata fuit, non ab eo tempore, quo tutor negligenter aut fraudulenter gerere cepit; sic ut omnibus illis, quibus post delatam tutelam hypotheca specialis constituta est, potiores sint, l. cum oportet 6. §. ult. C. de bonis qua liberis, Ant. Faber Cod. libr. 8. tit. 7. defin. 1. Montanus de tutelis cap. 31. effectus 2. n. 20. & seqq. Negusantius de pignori. 4. membr. 2. part. num. 17. Bachovius de pignori. libr. 1. cap. 9. num. 8. Resp. Juris. Holl. part. 1. consil. 227. & consil. 300. part. 3. vol. 1. consil. 182. post med. & vol. 2. consil. 302. 203. & part. 4. consil. 199. 200. 201. Si plures tutelae idem tutor gesserit, ac dein bona ejus non omnium pupillorum indemnitati sufficiant, ex temporis prerogativa potiores illi erunt, quorum antiquior tutela, seu prius tutori delata fuit, arg. l. ult. §. 1. in fine C. qui pot. in pignore. Quod si non veri tutores sint, sed protutores, ex eo demum tempore initium hypothecae legitimae repetendum videtur, ex quo sese pro tutore aut alio simili titulo creperunt rerum pupillarum administrationi immiscere, cum illud vere officii qualis qualis non tam delati quam sponte suscepti principium sit. Ant. Faber Cod. libr. 8. tit. 7. defin. 2. Carpzovius defin. forens. part. 2. consil. 24. def. 14.

19. Natum vero semel pignoris legalis jus in bonis tutorum neque per finitam tutelam expirat, neque per rationum redditionem, sed dumtaxat per reliquorum restitutionem, utcumque minor jam major factus redditus sibi rationibus usuras reliquorum accepisset aut exegisset, si non aliunde novandi animus appareat, *l. qui nominibus 44. §. 1. ff. de admin. & peric. tut. junct. l. si pupillus 9. ff. de novation. de quibus plenius tit. de novationibus.* Vide interim Ant. Matthæum de auct. lib. 1. cap. 21. num. 26. 27. Denique nec interveniente morte pupilli hanc hypothecam a lege datam evanescere, sed ad heredes transmitti verius est; atque ita sentit Ant. Faber *C. lib. 8. tit. 7. def. 2. in not. num. 5.* Ant. Matthæus de auct. lib. 1. cap. 21. num. 27. 29. & de testis disput. 4. n. 17. 18. Brunemannus ad l. 42. ff. de administr. tut. Negusantius de pign. membr. 4. secund. part. princ. num. 32. (Dissent. Berlichius conc. ut. præst. part. 1. conclus. 67. num. 33. Carpovius def. for. part. 2. constit. 15. def. 12. in fine.) Licet enim olim tempore Pandectarum personale privilegium ad pupillorum successores non transiverit, *l. dabimusque 19. §. 1. ff. de reb. auct. jud. possid. l. ex pluribus 52. ff. de admin. & peric. tut. l. pen. §. pen. ff. de ritu nup.* eaque de causa nec locum habuerit, si ventri curator quidem datus esset, sed partus non editus, *l. si ventri 24. ff. de reb. auct. jud. possid.* non tamen ideo jus reale pignoris, quod postea a lege datum, morte pupilli perire debuit; tum, quia nupiam in jure nostro inter modos, quibus jus pignoris sive conventionalis sive legalis extinguatur, mors creditoris numerata est; tum quia pignus hoc legale pupillis ideo videtur datum, quia per atatem non poterant hypotheca conventionali in bonis tutorum sibi satis prospicere, uti sibi prosperissent majorenes, cum debitorem facultatibus labi suspicio est; ac proinde, uti jus pignoris conventionalis salvum est heredi pupilli, si illud pupillo quacunque ratione constitutum fuerit, ita & salvum esse debuit illud, quod velut in subsidium conventionalis ex æquo inductum est. Nec est, quod quis objiciat, hypothecam legalem in locum veteris privilegii personalis surrogatam fuisse, adeoque ejusdem oportere esse effectus & durationis, cujus & illud olim fuit. Sciendum enim, non tam surrogationem simplicem proprie dictam hic contigisse, quam potius augmentum securitatis fuisse factum; illud autem augmentum in jure reali pignoris consistens non esse censendum ex effectu aut duratione anterioris privilegii personalis, intelligit facile quisquis attentius consideraverit hypothecam a lege dotibus datam. Nam & mulierem olim pro dote personale tantum habuisse inter chirographarios privilegium, & illud æque ac privilegium pupillorum morte mulieris evanuisse, nec transivisse ad heredes certum est, *l. unic. C. de privilegio dotis, l. quæsitum est 17. §. 1. l. 18. l. 19. ff. de reb. auct. jud. possid.* Ex quo autem mulier legalem hypothecam, atque insuper privilegium prælationis ante hypothecarios plerosque tempore priores nata est, jus quoque hypothecæ legalis una cum actione ex stipulatu pro dote recuperanda ad quoscunque transmisit heredes tanquam jus reale, secundum ordinariam hypothecæ naturam; sed privilegium ante alios exigendi, tanquam personale ac mulieris solius providentia inductum, a sola muliere aut liberis ejus de dote mater-

na contententibus, non item ab heredibus extraneis exerceri potuisse patet ex *§. fuerat antea 29. Instit. de action. l. ult. §. 1. vers. exceptis C. qui pos. in pignore, in qua lege ultima, dum Imperator alibi excepit contra novitatem anterioris matrimonii iis, quibus pro dote mariti sua jam quidem dedimus hypothecam contra paternam res vel ejus creditores in præsentem autem similem prerogativam serpsimus, supponit, se anteriori lege, puta *l. unic. D. de rei ux. act. liberis, quæ heredibus sue matris, tacitam dedisse hypothecam; quippe quam ita competere & dotibus ipsis inesse voluit, ac si instrumenta dotali a prudentissimis viris confecto id cautum esset, d. l. un. §. 1.* quantunque hypotheca jam munitam ad successores incorruptam transmitti sancivit *d. l. un. §. 4. & 6.* Unde & in novell. 91. in præfat. heredibus aut creditoribus mulieris non negat hypothecæ jus in bonis mariti, sed tantum privilegium prælationis, ut soli mulieri liberisque ejus datum. Quomodo ergo legalis hypotheca transit ad heredes mulieris, quia est reale jus, licet neque olim transiret personale privilegium, neque jure novo jus illud personale prælationis ante alios creditores hypothecarios temporis anterioris jure munitos; ita nulla ratio est, cur aliud statuatur in hypotheca legali, quæ actioni tutelæ cohæret; præsertim, cum Justinianus mulieribus hanc hypothecam ad exemplum ejus, quæ jam ante pupillis data erat, a se concessam profiteatur in *d. l. un. §. 1. C. de rei ux. act.**

19. Præcipua interim adversus hanc sententiam in eo difficultas est, quod quidam, inter quos Vanderhanus de privilegii creditorum prolegom. cap. 6. Bachovius de pignoribus lib. 2. cap. 9. num. 6. & seqq. & ad Treutlerum vol. 2. disput. 1. tit. 4. lit. G. serio contendunt, legalem pupillis hypothecam tempore Pandectarum competuisse; quod si ita sit, fateri necesse fuerit, olim morte pupilli evanuisse illud hypothecæ jus, juxta *d. l. 42. ff. de admin. & peric. tut. & d. l. 19. §. 1. ff. de reb. auct. jud. possid.* nec ullam hac in parte reperiri in Codice aut Novellis juris hujus veteris correctionem. Sed non ita est: etenim primo quidem in nulla Pandectarum lege mentio occurrit legalis seu tacite hypothecæ pupillis data in bonis tutorum; sed tantum privilegium proponitur datum, quo vocabulo plerumque in Pandectis solum denotatur personale privilegium inter chirographarios prælationem tribuens, ut in *l. 17. pr. & §. 1. l. 18. 19. & seqq. ff. de reb. auct. jud. possid. & alis locis.* Secundo, tale olim pupillis privilegium competuit in bonis tutorum, quale mulieribus pro dote in rebus mariti; unde & ista duo junguntur simul ac tractantur in *d. l. 17. §. 1. & 11. seqq. ff. de reb. auct. jud. possid. & vend. l. ex facto 52. §. 1. ff. de pign. l. dotis* autem privilegium tantum ad prælationem, quæ inter chirographarios creditores actione personali experientes vertitur, pertinuisse, patet ex *l. si sponsa 74. ff. de jure dot. & l. ult. C. qui pos. in pign.* Sed & tertio huc facit, quod ab Hermogeniano in *l. ult. ff. de tutela & rat. distrah. traditum* est, privilegium in bonis tutoris, curatoris, protutoris, fuisse datum pupillis & furiosis, *si eo nomine cautum non sit*; id est, si nullum jus pignoris pupillo per tutorem expresse sit constitutum: nam si pignoris expressi constitutio intercessisset, major pupillo fuisset in pignore parva securitas, quam in pri-

privilegio personali a lege dato, atque adeo hoc ipsi tunc esset inutile. Quarto denique hac confert, quod prima hujus taciti pignoris pupillis dari mentio est in Constitutione Constantini in *l. pro officio* 20. C. de administrat. tut. sive ille primus hoc jus induxerit, sive illud ab anteriore aliquo Imperatore (cujus constitutio ad nos non pervenit) sancitum fuerit post tempora Jurisconsultorum, ex quorum responsis Pandectarum constat, & deinde a Constantino in *d. l. 20.* pro fundamento ac jure certo assumptum in rescripto ad Euphemianam directo, quod & probabilius: cum minus verosimile sit, Imperatorem rescripto ad feminam privatam dato voluisse jus plane novum novumque privilegium toti pupillorum ordini indulgere. Neque contrarium evincitur ex legibus per dissentes adduci solitis. Non enim primo id arguunt illi, quia privilegium & praelationem pupillis dant, veluti *d. l. 52. §. 1. ff. de peculio*, *l. 19. §. 1. & l. seqq. ff. de reb. auct. jud. possid.* alique similes; cum jam ante demonstratum sit, privilegium illud non hypothecam continere, sed tantum inter chirographarios praelationem. Non etiam ex eo probatur, quod pupillis denegetur privilegium in bonis magistratuum, ex adverso tribuatur in bonis tutorum, *l. 1. §. privilegium* 14. ff. de magistrat. conveniendis, *l. ult. ff. de tutela & ear. distrab.* Non enim privilegium in bonis hypothecam denotat, sed tantum praelationem in pretio ex venditis tutorum bonis redacto, juxta *l. qui nominibus* 44. §. 1. de admin. & peric. sus. quod & apparet satis ex eo, quod uxori quoque pro dote privilegium in bonis viri Ulpianus adscribit, *l. si cum dote* 22. §. ult. ff. soluto matrimon. quam tamen Ulpiani tempore solo inter chirographarios privilegio personali donatam fuisse, n. praecedenti demonstratum est. Longe minus nostram premit sententiam, aut legalem hypothecam probat, *l. ult. ff. qui pot. in pign.* & *l. ult. ff. b. t.* cum utraque nullam tacite hypothecam mentionem habeat, sed ex adverso de expressa post finitam demum tutelam constituta tractet; & in quaestione, an in veterem contractum res obligata esset, per contractum veterem in *d. l. ult. ff. b. t.* non designetur praecedens hypotheca tacita, quae perperam contractus diceretur, sed potius obligatio ex tutela gestione nata, ipso Bachovio ad Treutlerum in *d. loco* id agnoscente. Simile ad *l. unic. C. rem alienam gerentibus* responsum dari potest, eam nempe pupillis nullam tribuere hypothecam tacitam, adeoque de expressa per conventionem iis quaesita accipiendam esse, convenienter dictae legi ult. ff. qui potior. in pignore, maxime, cum utrobique de tutore ex tutela jam condemnato, & post condemnationem res suas fisco obligante, sermo sit. Non obstat denique, quod tempore Pandectarum tutor non potuerit cum fisco contrahere, vel vestigalia conducere, nisi postquam pupillo rationes fuissent redditae; aut post obitum pupilli heredibus ejus reddendae essent, *l. 1. §. ex illa quoque* 9. 10. 11. 12. ff. ad leg. Cornel. de falsis, *l. unic. C. ne tutor vel curator vestig. conducat* *l. 49. §. 1. ff. locati*, nec alia hujus definitionis ratio fuerit, quam ne fiscus damnum sentiret, tanquam postponendus pupillis anteriorem hypothecam legalem habentibus; cui sane fisco, legalem hypothecam habenti, nihil a pupillis, quorum tutela suscepta antiquior erat contractu fiscali, metuendum fuisset, si hi tantum personali inter chirographarios privilegio, non item pignoris ta-

citi jure, fuissent muniti. Non, inquam, hac utrunque speciem ac colorem insignem habentia, revera obstant. Perperam enim definitionis istius rationem ex afflicta pupillis hypotheca tacita peti, monstratum haud difficile est. Nam si ratio, cur tutor vestigalia non conducat, consisteret in jure tacitae hypothecae pupillis quaesita, quasi tutoris, ante redditae rationes vestigalia conducentis, bona prius ex lege pupillis obligata essent, & eo dissimulato deinceps fisco copissent obligari, tunc non publicum falsi crimen (ut est in *l. objectis*) sed extraordinarium stellionatus tutori vestigalia conducenti debuisset impingi juxta *l. 2. & ult. C. de crimine stellionatus*, cum certum sit, jure Romano cum publica falsi accusatione concurrere non potuisse extraordinariam stellionatus executionem, sed hanc ita in criminalibus, quemadmodum doli actio in civilibus, subsidariam esse, *l. stellionatus* 3. §. 1. ff. stellionatus. Sed & secundo, si prohibitionis ratio esset posita in legali pupillorum hypotheca, tunc falsi vel potius stellionatus crimen non tantum committeretur, quando tutor vestigalia conducit, sed etiam ex opposito quando vestigalium conductor se tutorem creari patitur; cum utroque in casu eveniret, ut res posteriori obligaretur, quae jam ante priori obligata est: quod tamen in *d. l. un. C. ne tut. vel curat. vestig. conducat*, *d. l. 1. §. 10. ff. ad leg. Cornel. de falsis*, aperte negatur; adeo ut ne excusare quidem sese a tutela publicanus possit, nisi per se vestigalia exigat, *d. l. 1. §. 10. junct. l. in bonoribus* 8. §. 1. ff. de vocat. & excus. muner. Denique tertio nulla ratio foret, cur, si pupillus aequale legalem habuisset hypothecam, ac fiscus, cur, inquam, leges minus prospexissent pupillo quam fisco, permittentes, ut vestigalium conductor deinde tutor creetur, quia fisco tunc securus est redditus per anteriorem hypothecam legalem, non permittentes ex adverso, ut tutor vestigalia conducat, ubi pupillus per hypothecam legalem, (ut supponitur) anteriorem in tuto jam collocatus est. Cum ergo ex hisce appareat, rationem prohibitionis, ne tutor vestigalia conducat, peti non posse a jure tacitae hypothecae, quae pupillis olim fuisset a lege concessa: sequitur, ex *d. legibus* prohibitionem illam continentibus probari etiam haud posse, quod pupilli tempore Pandectarum tacitam habuissent a lege hypothecam in bonis tutorum. Quod si veram istius prohibitionis rationem inquiras, hanc magis adduci posse opinor, ne, si durante vestigalium conductione rationes tutelae ante gesta exigantur & reliquationi satisfiat, ita dissiparentur & extenuarentur bona eorum, qui vestigalia conduxerunt; quod ipsum fisco, licet hypothecam habenti, damnosum esset, dum bona semel ad alios translata, praesertim in nummis aliisque mobilibus consistentia, difficilis saepe persecutioni sunt, tametsi pignoris jure persequenti devincta. Sic enim in *l. semper* 5. §. conductores 10. ff. de jure immunitatis, de his ipsis vestigalium conductoribus dicitur, eos necessitate subeundorum munerum municipalium non obstringi, imo, si ultro se offerant municipalibus muneribus, proprius esse, ut prohibendi sint a praeside, vel procuratore Caesaris, nisi jam paria ferisse fisco dicantur; additurque haec sola hujus definitionis ratio, ne extenuentur facultates eorum, quae subsignata sunt fisco. Constat utique, ex susceptis postea muneribus per eos, qui vestigalia jam a fisco conducta habebant, nihil potuisse fisco decedere quantum ad jus legalis

hypothecæ, quippe in omnem eventum tempore prioris; ac proinde nec fisco, vedigalium locorum pensiones exigenti, metuendum fuisse prælationem municipiorum, quorum munera post vedigalium condictionem conductores suscepissent. Sola ratio erat dispersio, expensio, extenuatio facultatum ad publicanos pertinentium; qua licet res cum suo onere transirent, tamen fisco difficilior reddebatur persecutio, aut ignoratis rerum distractorum possessoribus, aut actionibus saltem ad res illas dispersas revocandas multiplicandis. Hæc plenius tractasse consultum duxi, ut luculento & elaborato satisfaceret Viri cujusdam consultissimi responso, quo adstruendum susceperat, heredibus pupillorum a iudice denegari oportere hypothecam legalem in bonis tutorum, cujusque comprobationem rogati non ita pridem Juridicæ Facultatis in hac Universitate Antecessores censuerunt declinandam.

20. Porro, uti magnus pupillorum favor fuit, ita quoque publica dotium utilitas Justiniano tanti fuit habita, ut, cum antea tantum inter chirographarios prælatio mulieri tributa esset de dote recuperanda agenti, ipse sua constitutione jus hypothecæ induxerit in bona mariti, tum pro dote ipsa, tum etiam pro dotis augmento ex die augmenti, *l. assiduis* 12. *D. qui pot. in pign. novell. 97. cap. aliud quoque 2. & 5. §. fuerat antea 29. Instit. de action. l. unic. §. 1. C. de rei ux. act.* nisi mulier hæretica esset, *novell. 109.* sive ipsa mulier sive heredes ejus, aut extranei, qui pro muliere dotem dederant, de dote repetenda contendant, *d. l. unic. §. 1.* si modo non in fraudem creditorum augmentum factum sit; de quo videnda *d. nov. 97. c. 2.* ibique Cujacius, Rittershusius *ab novellis par. 5. cap. 2.* Et quamvis neque cum sponsa, neque cum puella annis duodecim minore, neque cum servilis conditionis homine matrimonium sit; ac sine matrimonio dos nulla propria intelligatur, *l. stipulationem 21. ff. de jure dot.* tamen, si vel sponsa, vel puella minor annis duodecim, vel servo per errorem tanquam libero copulata, dotem dederit, nuptiis deinde non secutis aut irritis pronunciatis, placuit, perinde dotium repetendarum privilegia salva esse, ac si vere matrimonium secutum aut secundum leges contractum fuisset, *l. si sponsa 74. ff. de jure dot. l. eum dotem 22. §. si sponsa 1. l. 18. 19. ff. de reb. auct. judic. possid.* Sed & pro paraphernis hypotheca mulieri in bonis mariti a lege data est, *l. ult. D. de patris conveniis.* Quemadmodum vice versa marito quoque competit pro consequenda dote promissa in bonis promissoris, sive ipsa mulier pro se dotem promiserit, sive alius pro ea, *l. unic. §. 1. C. de rei ux. act.* uti & pro recuperanda propter nuptias donatione, *l. ult. §. 2. C. qui pot. in pign. maxime,* ex quo obtinuit; eam pari cum dote passu in plerisque ambulare, ac eodem censi jure, juxta *autb. aequalitas, & autb. sed qua C. de patris conveniis.* Cum autem nostris moribus alia longe rerum facies in matrimoniis circa commodam & onera & rerum inter-conjuges communionem appareat, ac propterea etiam cessent illa jura dotium & privilegia prælationis, sciendum est, tum demum mulierem, de dote repetenda contendentem, recuperare quæ contulit, cum omnes mariti creditores dimissi sunt, si non pactis dotalibus mulieri de dotis securitate prospectum, & ipsa nominatim dotem sibi salvam pacta sit; quo tamen casu solis præ-

ferenda nunc esset creditoribus mariti hypothecariliis, quibus stante demum matrimonio hypotheca constituta est; non vero illis, qui hypothecam specialem expressam vel legalem habent matrimonio contracto ventustiore, ut docet post alios Sim. van Leeuwen *Cons. for. par. 1. libr. 1. cap. 12. n. 3.* & in materia nuptiarum ac dotium plenius tractandam erit.

21. Efficit & favor implementi ultimarum voluntatum, ut legatarilis ac fidei commissariis hypotheca per leges concessa fuerit in bonis defuncti pro legati ac fideicommissi per eum relictæ securitate: non item in bonis heredis aut aliter gravati, *l. 1. C. commun. de legatir.* Neostadius *cursu Holl. decr. 2.* Cujus hypothecæ non ea vis est, quod tum legatarii tum fideicommissarii exercere possent prælationis jus in bonis defuncti adversus defuncti ipsius creditores; cum in aperto sit, & veteri & novo jure nec legata nec fideicommissa præstanda esse, nisi postquam omnes dimissi fuerint defuncti creditores, *§. ult. Instit. de lege Falcidia, l. ult. §. si vero 5. C. de jure deliberandi* sed potius, quod creditoribus heredis anteposendi sint in defuncti rebus, si forte heres ita obaratus sit, ut bona defuncti mixta bonis heredis, non suffectura sint ari alieno defuncti & heredis ac legatorum obligationi. Unde, sicut legatarii omnibus postponendi sint defuncti creditoribus, ita ex adverso omnibus heredibus aut restituere rogati creditoribus, licet hypotheca generali expressa vel legali munitis, potiores sunt, quippe quibus nihil ex patrimonio defuncti cedere debet, quamdiu inde legatariis ac fideicommissariis satisfactum non est. Berlichius *conclus. præf. par. 1. conclus. 67. n. 71. & seqq.* Sed quia heredis ipsius bona hoc pignoris legalis vinculo legatarii devincta non sunt, juxta finalia verba *d. l. 1.* non dubium videtur, quin &, quantum ad bona illa attinet, omnibus heredibus creditoribus tum hypothecariis tum chirographariis privilegiatis postponi debeant, concursuri tantum cum simplicibus chirographariis, tanquam qui & ipsi tantum simplices personales creditores sunt, heredem quippe ex quasi contractu, additione hereditatis, sibi habentes obligatum. Resp. Jurisc. Holl. *par. 4. consil. 266. qu. 2.* Notandum interim jus planè singulare hypothecæ hujus a lege datæ: nam cum vulgo pignoris causa individua sit, sic ut in casu, quo plures debitores vel plures unius debitoris heredes sunt, adversus eos singulos in solidum hypothecaria agi possit, si pignus possideant, ut *tit. 4.* tractabitur; hic ex adverso placuit Justiniano, non ultra unumquemque hypothecaria conveniendum esse, quam in quantum personalis actio adversus eum moveri potest, *d. l. 1. in fine C. commun. de legatir.* Sande *decr. Frisc. lib. 3. tit. 12. defin. 23.* Ant. Faber *Cod. lib. 6. tit. 23. defin. 1. & 7.*

22. Quod si diversis temporibus testator alia atque alia legata diversis reliquerit; nullam ex tempore prælationem sibi vindicare possunt legatarii prius honorati, sed par omnium eorumque temporis legatariorum causa est quantum ad hypothecam attinet. Cum enim nulli legatario sive priori sive posteriori ullum nascatur legati persequendi jus, nisi ex quo testator moritur, ac morte suum supremum iudicium firmat, ac proinde legatariis omnibus uno eodemque momento nascatur obligatio ad legatum, etiam adjunctum isti obligationi jus hypothecæ eodem nasci momento necesse fuit; quo fit, ut velut tem-



pore pares pariter quoque ad bona defuncti sibi per legem devincta concurrere debeant. Ant. Faber *Cod. lib. 6. tit. 11. de fin.* 15. Sed & si aliis pure, aliis sub conditione, legatum ponas, deterioris conditionis in hypotheca non sunt censendi, quibus sub conditione relicta est, licet demum diu post mortem testatoris conditio extiterit. Non enim ab existentia conditionis, sed retro a mortis tempore jus pignoris legalis legatario conditionali quæsitum intelligi debet, perinde ac si nure legatum esset; eodem modo, quo & ei, cui pro debito conditionalis pignus conventionale constitutum est, jus illud natum creditum non ex tempore existentis conditionis, sed ex quo pignoris conventio interposita est; adeo ut, conditione quandoque existente, creditor talis potior sit illis, quibus post constitutum pro conditionalis debito pignus res eadem pro debito alio puro ante conditionis eventum obligata fuerat. *l. qui balneum* 9. *§. red* & *si* 2. *l. potior est* 11. *§. videamus* 1. *ff. qui pos. in pign.* arg. *l. si fideicommissorum* 11. *ff. ut in poss.* legat. *§. esse liceat.* Eoque facit, quod & ex missione in possessionem legatorum nomine missis omnibus æquale jus pignoris prætorii quæsitum fuit, etsi non eodem tempore legatorum omnium dies vel conditio extitisset, nec eodem omnes tempore missi essent, *l. si cui* 5. *§. qui prior missus* 3. *ff. ut in poss.* legat. *§. esse sic.* at pignus hoc legale legatariis etiam sine scrupulis in rem missionum ambagibus possent securi esse, *d. l. 1. in pr. C. commun. de legat. i.* Plura de hac hypotheca legali, & actione hypothecaria legatariis competente, tractata sunt in *tit. de legatis* num. 40 & seqq.

25. Concessum insuper per leges hypothecæ jus in bonis vidui viduæve ad secunda vota transeuntis, pro restitutione eorum, quæ ei sub conditione viduitatis relicta erant, *novell. 22. cap. unde sancimus* 44. *§. 2.* Uti & liberis prioris matrimonii in bonis parentis ad secunda vota transeuntis, pro restitutione rerum a priore conjugæ vel aliis prioris thori liberis ad parentem superstitem devolutarum, quoties illæ in potestatem secundarum nuptiarum ad thori prioris liberis reverti debet, *l. hac edictali* 6. *§. omnibus* 2. *l. si quis prioris* 8. *§. in illo* 4. *C. de secund. nuptiis.* Abr. & Wesel *ad novell. consil. Ultrasect.* art. 11. n. 65. & seqq. Sed & generaliter liberis pro bonis & parente defuncto, vel ab eo, qui ex linea parentis defuncti sanguine junctus est, ad ipsos devolutis, & a parente superstitute administratis ac possessis, *l. si quis prioris* 8. *§. ult. C. de secund. nuptiis.* arg. *l. cum oportet* 6. *§. 1. & 2. C. de bonis qua liberis,* Ant. Faber *Cod. lib. 3. tit. 7. de fin.* 13. & *lib. 6. tit. 35. de fin.* 9. in notis num. 8. Berlichius *conclus. pract. part. 1. conclus. 67. n. 13. 14.* Ant. Matthæus *de auct. lib. 1. cap. 19. num. 50. in fine.* Resp. Jurisc. Holl. *part. 5. consil. 133. fere in fine,* quod usque adeo apud nos probatum est, ut & novæ vel vitrici bona liberis prioris thori jure communione statutarie obligata habeantur, si non pactis dotalibus aliud inductum sit. D. Somerh. *de jure novæ cap. 5. sect. 1. n. 5. 6.* Non tamen pro ceteris adventitiis hoc jus hypothecæ liberis in bonis parentis a jure datum, quin aperte satis negatum est, *d. l. §. 1. 2. C. de bon. qua lib.* licet pro hisce quoque hypothecam illis assignet Ant. Faber *d. locis.* Quod & a nostris moribus alienum non videtur. Cum enim apud nos usufructus

adventitiorum ad patrem aut matrem non pertineat, ac proinde bona talia jure patris potestatis aut jure parentis non possideantur aut administrentur, sed magis per eos, velut tutores aut tutrices; vel saltem ut tales, qui pro tutore negotia gerunt, regantur ac detineantur, consequens est, ut & bona eorum, tanquam tutorum aut pro tutore gerentium, ex legis dispositione liberis pro adventitiorum restitutione devincta sint. Resp. Jurisc. Holl. *part. 1. consil. 40. quart. 1. & consil. 209.*

24. Nec perit liberis hoc hypothecæ legalis jus in bonis parentis superstitis pro bonis parentis prædefuncti, si interventu transactionis (*by Uytkoop*) per parentem superstitem certa quantitas pecuniaria vice patrimonii paterni maternive ipsis aut eorum adhuc minorennium tutoribus promissa sit; cum non tam novatio eo modo facta, quam potius familiaris erciscundæ judicium per adjudicationem quandam terminati intelligatur: ut proinde, nulla apparente novandi voluntate, etiam sublatum videri nequeat pignus legale. In quam sententiam etiam frequenter responsum fuit D. Somerh. *de jure novæ cap. 5. sect. 1. num. 1. & 10.* Respons. Jurisc. Holl. *part. 1. consil. 49. quart. 1. & consil. 140. 189. 209. & part. 4. consil. 208.* (contra tamen in *d. part. 5. consil. 295. & 320. & part. 5. consil. 135. in fine.*) Quamvis nec infrequens fuerit, abundantioris cautelæ gratia speciale pignus certis in rebus immobilibus constitui in quantitate repromissa securitatem, quo casu etiam secundum placita anteriora Ordinum Hollandiæ tales pignorum constitutiones a quadragésimæ solutione liberæ pronuntiata fuerunt, *vol. 1. placit. Holl. pag. 1955. art. 5.* licet in posteriore decreto eorundem Hollandiæ Ordinum anni 1685. 5. Febr. altum de illo pignoris genere tributis quadragésimæ eximendo silentium sit; forte, quia visum fuit, abunde liberis hypotheca legali prospectum esse, quæ ab isto onere quadragésimæ ibidem immunis declaratur, *vol. 3. pag. 1005. 1006.* Et hæc adeo vera sunt, ut, si parens superstes in assignatione bonorum conjugis prædefuncti omne æris alieni onus in se receperit, liberique velut prædefuncti parentis heredes in æris alieni semissem conventi fuerint per creditores, quibus illa inter parentem superstitem liberosque interposita transactio nocere non potuit aut adimere adversus liberos agendi jus, etiam in id quod creditoribus solverunt, legalem hypothecam salvam habeant; eo quod hæc ipsa conditio, qua onus universum æris alieni in parentem rejicitur, pars pretii, patrimonii vice assignati, esse videtur; dum major alloquin quantitas liberis promittenda fuisset, si & individuum sustinuisset debitorum molem. D. Somerh. *de jure novæ d. cap. 5. sect. 1. num. ult.*

25. Civitati quoque, & ad exemplum ejus ecclesiæ aliisque pils locis, in bonis administratorum legale pignus ab interpretibus vulgo vindicatum est. Nam etsi civitates privatorum loco habeantur, *l. cum, qui vestigat* 16. *in fine ff. de verb. significat. arg. l. ob pecuniam* 81. *ff. de furtis, l. nihil interest* 15. *ff. ad Senatus. Maced.* tamen quia placuit, eas in plerisque minorum jure uti, *l. res publica* 4. *C. quib. ex causis majores, l. republicam* 3. *C. de jure reipublicæ,* & non modo heredes eorum, sed & rerum ad eos pertinetium possessores ex administratione conveniri posse, *l. ult. C. quo quisque ordine conveniatur,* non incon-

veniens fuit, eas etiam admitti ad jus legalis hypothecae, quod minoribus in bonis curatorum competere supra dictum est. Ac frustra sunt, qui d. l. ult. restringendam putant ad res auctione Pauliana vel rescissoria revocandas. Cum utique altum de alienatis in fraudem creditorum in ea lege silentium sit, & generaliter possessores rerum dicantur conveniendi; actio vero Pauliana non datur contra quosvis rerum possessores; & si maxime contra omnes rei, in fraudem creditorum alienatae, possessores competeret (uti competit rescissoria), non tamen ideo promiscue contra possessores rerum debitoris; sed tantum contra possessores earum rerum, quae in fraudem creditorum alienatae sunt, reliquis alienationibus, non in fraudem creditorum factis, in suo robore perdurantibus. Montanus de tutoris cap. 31. effectus 2. num. 29. & seqq. Berlichius concl. praet. part. 1. conclus. 67. n. 41. & seqq. Mugnoz de rationibus cap. 39. num. 6. 7. Carpovius defin. for. part. 1. const. 23. defin. 115. atque ita moribus servari, tradit Grotius manud. ad jurispr. Holl. lib. 2. cap. 43. num. 22. Auctor appendicis decisionum post Resp. Jurisc. Holl. part. 3. vol. 1. pag. 36. Sande decr. Frisic. lib. 3. tit. 12. defin. 1. circa fin. Ant. Matthaeus de auction. lib. 1. cap. 19. n. 50. & 51. in med. Resp. Jurisc. Holl. part. 4. consil. 364. 365. Quid, quod & societati Indiae Orientalis & Occidentalis apud nos diserte haec pignoris praerogativa asserta est, in illis saltem bonis, quorum intuitu administratores societatis illius participes sunt ac esse debent, Oloff van de Oost Indische Compagnie ann. 1602. art. 32. vol. 1. placit. Holl. pag. 535. Oloff van de West, Ind. Compagnie ann. 1621. art. 35. d. vol. 1. pag. 573. 574. Groenewegen ad Grotii manud. lib. 1. cap. 43. num. 23. Ant. Matthaeus de auction. lib. 1. cap. 19. num. 53. post med. Pagos etiam ac vicos si hypothecae legalis in bonis eorum, quibus commiserunt exactionem onerum, quae appellantur Morgen-Ge'de en Mole Gelden, praeferi aliis creditoribus hypothecam posteriorem specialem habentibus, in Hollandia judicatum est. Appendix decision. post consil. Goll. part. 3. vol. 1. pag. 19. in fin.

26. Non tamen civitatibus, ecclesiis, similibusque idem jus competit in bonis eorum, quibuscum contraxerunt, sic ut hac in parte non eadem civitatum & fisci causa sit: nisi specialiter certa civitas ex beneficio sibi concessio jus illud nata esset, l. simile 10. ff. ad municipalem l. an respublica 2. C. de jure reipubl. uti id Antiochensium Coele Syriae civitati datum legitur, l. Antiochensium 37. ff. de reb. auct. jud. possid. & vend. & variis nunc civitatibus inveterato usu quasitum est, quas recenset Ant. Matthaeus de auct. lib. 1. cap. 19. num. 21. An & Hollandiae civitatibus? Vide placitum Ord. Holl. 23. Febr. 1665. vol. 3. pag. 1006. Interim tamen Pandectarum tempore civitates in bonis debitorum suorum privilegium inter chirographarios creditores habuisse, & causam earum separatam fuisse a ceteris creditoribus personale actionem habentibus, Paulus docet, l. pen. §. 1. ff. de reb. auct. jud. possid. Sed & postea ex Constantini constitutione civitatibus actio contra possessores bonorum alienatorum debitoris inidonei pro rata concessa fuit, personalis scilicet ex lege conditio, non hypothecaria; quippe contra singulos rerum possessores in solidum danda foret, l. 2. C. de debitorum civitate. Nec hi-

scie, quae de privilegio civitatis inter chirographarios dicta, repugnat, l. 2. C. de jure reipublica. Non enim alio sensu non separanda dicitur causa reipublica a ceteris creditoribus, qui habent personalem actionem, quam quatenus respublica non magis, quam privati, legalem hypothecam habet, de qua ibi quaestio erat, nec res debitorum actione hypothecaria persequi potest, si non conventionali pignore sibi prospexerit. Confer Sande dec. Frisic. lib. 3. tit. 12. defin. 1. Ant. Matthaeus de auction. dicit. cap. 19. n. 19. 20. 21. 53. in med. Resp. Jurisc. Holl. part. 4. cons. 135.

27. Vidimus haecenas eas hypothecae legalis species, quibus universum debitoris patrimonium devinctum est: sunt & aliae, quae non omnia debitorum bona afficiunt, sed tantum certas ac speciales res. Item dominis directis pignoris taciti jus pro canone aut solario in fundi emphytheuticarii utile dominium aut superficiarii superficiem, adeoque in ea, quae proprie emponemata dicuntur, a jure datum est, ac eorum exemplo illis quoque, quibus annuus ex praedio census debetur, in praedium illud censuale pro census annui securitate, l. etiam superficies 15. ff. qui potior. in pignor. arg. l. lex veligali 31. ff. de pign. & hypot. Hugo Grotius manud. ad jurispr. Holl. lib. 2. cap. 48. num. 12. Ant. Matthaeus de auction. lib. 1. cap. 13. n. 10. in fine, & cap. 19. num. 58. in med. Carpovius defin. for. part. 2. cons. 33. defin. 16. Argentarius quoque datum videtur jus hypothecae legalis, si crediderint in militiam venalem emendam, nov. 136. cap. secundum 2. junct. novel. 53. cap. optimum 5.

28. Præterea publici aspectus (favor propter quem domini etiam inviti magistratus auctoritate coguntur aedes reficere, l. praeser provincia 7 ff. de offic. praesid. & nullo jure adiacata in publico loco prohibentur tolli, si publico non officiant, l. 2. §. si quis nemine 17. ff. ne quid in loco publ.) efficit, ut pignus tacitum ex Senatusconsulto & D. Marci edito datum fuerit iis, qui crediderunt in aedium refactionem, idque in ipsas aedes refectas, non item cetera ad aedium dominum pertinentia bona; sive domino ipsi crediderint, sive redemptori operis, si modo id factum sit ex domini mandato, sive materiam ipsam, sive pecuniam, l. 1. ff. b. r. l. si ventri 24. §. Divus 1. ff. de reb. auct. jud. poss. l. 1. ff. de cessione bonor. l. cum duobus 52. §. idem respondit 10. ff. pro socio l. creditor 25. ff. de reb. creditis. Nec dubium, quin & in cessionarium una cum actione cessa transeat hoc pignoris jus, utpote reale, ac non personae sed causae intuitu a lege datum; arg. l. emptori nominis 6. ff. de hered. vel act. vend. Et quamvis ex Romanis juris principis verius sit, fabris pro mercede operarum hanc non competere legalem hypothecam; tum quia id nupiam cautum; tum quia ex operis praestitis nihil exstat aut superest, quod ab aedibus separari posset, uti quidem materia credita; in Hollandia nihilominus contraria sententia prevailuit, Neostadius Curia Holl. decr. 35. in fine. Hugo Grotius manud. ad jurispr. Holl. lib. 2. cap. 48. numer. 14. Non aliter tamen hypotheca hac competit, quam si re ipsa in refactionem aedium quid verum sit, nec sufficit creditum esse sive pecuniam sive materiam, quoties illa aliis deinde usibus applicatur, arg. l. quod si servus 3. §. red si 9. ff. de in rem

verso, Andr. Gayl lib. 2. observ. 12. n. 24. Mynsingerus cent. 1. observ. 60. Sande decr. Frisic. lib. 3. tit. 12. defin. 5. in fine. Negusantius de pignori. membro 2. partis quinta num. 15. Berlichius part. 1. consil. praef. 65. n. 133. 134. Carpzovius defin. for. part. 1. consil. 24. defin. 106. Nec improbabile fuerit, impensas refectionis necessarias a reliquis separari impendiis in aedium ornatum aut amplificationem factis; quippe quarum intuitu non ultra videtur privilegium praelationis tribuendum, quam quatenus domus inde vere pretiosior facta est, arg. l. quod si 3. §. 3. 4. ff. de in rem verso, junct. l. ult. in fine principii ff. de exercit. 157. Negusantius d. membro secundo partis 5. num. 15. in fine. Non etiam ei locus est, si quis crediderit in emtionem aut extructionem novae domus, nisi illa in locum ejus, quae in totum evasta aut collapsa est, cujusque rudibus aut vacuo loco deformis redederetur aspectus urbis, reposita sit: quod & puto velle Jurisconsultum, cum ait, pignus insulae creditorum datum, qui pecuniam ob restitutionem aedificii extruendi mutuum dedit, l. 1. ff. b. t. Sande decr. Frisic. lib. 3. tit. 12. defin. 5. Ant. Faber C. lib. 8. tit. 7. defin. 10. & in not. Resp. Jurisc. Holl. part. 5. vol. 2. consil. 129. in notis. Ant. Matthaeus de auct. lib. 1. cap. 19. num. 34. & 36. ubi & tradit, unde apparere videatur, an in restitutionem an magis in novae domus aedificationem, creditum sit. Longe minus pignus legale queritur illis, qui in aliarum rerum sive reparationem, sive meliorationem, sive emtionem crediderunt; quippe quibus necesse omnino, ut ex conventionione jus pignoris sibi parent, l. licet 7. C. qui pot. in pign. l. quomodo ea 17. Cod. de pign. & hypoth. etsi negandum non sit, quin & possessoribus rerum mobilium ac immobilium, & artificibus multifariam rerum mobilium, quas suo sumtu ac labore repararunt feceruntque meliores atque etiamnum tenent, retentio tunc jure Romano, tum nostris moribus tributa sit, non modo adversus ceteros creditores ejus, qui rerum melioratarum dominus est, sed & adversus ipsum dominum rei; sic ut neque domino, neque curatori bonorum debitoris oberati, restituere res illas teneantur, nisi sibi plene satisfactum sit de iis, quae vel operatum vel meliorationem nomine consequi jura permittunt; ut dictum sit. de compensat. n. 20. & 21.

29. Prater hypothecas legales jure Romano datas, ac jam expositas, etiam hodiernis moribus aut legibus pignora quaedam tacite inducta sunt. Etenim jure quidem civili illis, qui crediderant in navem extruendam, instruendam, emendamve, nulla hypotheca per legem concessa fuerat, sed tantum privilegium inter chirographarios, cujus vi post fiscum, legalem hypothecam habentem, veniebant. l. qui in navem 26. l. 26. l. quod quis navis 34. ff. de reb. auct. jud. possid. adeoque per hypothecam conventionalem prospicere sibi tunc debuerunt; deque ea hypotheca expressa accipienda, l. interduum 5. & 6. ff. qui potior. in pign. novell. 97. cap. bis consequens 3. quippe quibus in textibus non queritur, qui tacitam hypothecam habeant, qui non; sed tantum, qui potiores sint in pignore, posito quod habeant hypotheca jus; an vero illud ex conventionione an ex lege iis quaeritur sit, non ibi, sed aliis in legibus definitum est. Si dicas, Romanos non ignaros fuisse, ad reipublicae utilitatem etiam navium exercitationem pertinere, l. 1. §. 12.

et autem 20. ff. de exercitor. aed. respondeo, ideo quoque fuisse motos, ut credentibus inter chirographarios tribuerent praelationem, non tamen hypothecam. Confer Vinnium solent. quest. lib. 2. cap. 4. Bronchorst enant. cent. 2. assert. 76. Ast usu hodierno contra placuit, aequae illis, qui in navis refectionem crediderunt, hypothecam competere in navem ipsam, ac in aedes illis, qui in earundem crediderunt instaurationem; dum penes nos navium numero ac robore salus publica defenditur, exercentur cum gentibus longe dissitis ultra Garamantas & Indos commercia unde potissimum pecunia, belli pervus, & praecipuum firmamentum imperiorum adjumentum, Hugo Grotius manud. ad jurispr. Holl. lib. 2. cap. 43. num. 14. Ant. Matthaeus de auct. lib. 1. cap. 18. num. 35. Simon van Leeuwen cens. forens. part. 1. lib. 4. cap. 9. num. 7.

30. Sed & dominis mercium, per magistrum navis urgente necessitate distraatarum, pro earundem estimatione navis devincta est, sed, non ultra annum & diem, si navis aliena sit, Wisbuyce Zee Rechten art. 40. 41. Grotius d. lib. 2. cap. 43. num. 25. 26. Matthaeus d. lib. 1. cap. 19. n. 53. ante med. & in param. Begarum Jurisc. paramia 7. num. 13. fere in fine. Sociis etiam nauticis in Indiam Orientalem aut Occidentalem navigantibus in navem, cui operam navant, & merces ea veetas, usque adeo, ut nave cum mercibus pereunte, mercedis quoque exactio evanescat, Artikel. Brief. van d'Oost-Indische Compagnie, ann. 1672. art. 40. & 42. volum. 3. placit. pag. 316. Artikel. Brief. van de West-Indische Compagnie, ann. 1675. art. 18. d. vol. 3. pag. 1543. quod generaliter sociis nauticis quocunque navigantibus jam ante tributum fuerat a Grotio d. lib. 2. cap. 43. n. 24.

31. Adhuc universitati agrorum aggeribus inclusorum aut munitorum in praedia singula istius universitatis pro impensis in refectionem aggerum, aquaeductuum, molendinorum, similiumque jam representatis aut exsolvendis. Neostadius Curia Holl. dec. 24. & 35. Grotius d. lib. 2. cap. 43. num. 13. Matthaeus d. lib. 1. cap. 19. num. 12. & 53. in med. Respons. Jurisc. Holland. part. 1. consil. 197. Redemptori in bonis ejus, quem a Turcis aut aliis Barbaris captum redemit, quemadmodum jure Romano redemptus ipse quodam quasi pignoris jure redemptori devinctus erat, sic ut & ipse sibi per redemptorem non inutiliter legatur, l. senatus 43. §. ult. ff. de legatis 1. l. qui testamentis 20. §. 1. ff. qui testam. fac. post. l. ab heredibus 2. l. Praetor 6. l. si liberum 11. C. de postlimin. reperi. & redemi. Vid. l'ordonnance de Louis XIV. de l'ann. 1631. touchant la marine livr. 3. tit. 6. art. 15. Ant. Matthaeus d. lib. 1. cap. 19. num. 40. Illis quoque, qui vendiderunt ac cesserunt seu transcripserunt emtori partem suam in societate Indica Orientali aut Occidentali, in ipsam illam partem transcriptam, pro securitate pretii necdum soluti, si de eo fides habita sit, ut variis cautum placitis Ordinum Generalium, quae collecta vol. 1. placit. Holl. pag. 155. & seq. & pag. 665. 666. & novissime placito anni 1677. 16. Septembre. vol. 3. pag. 1307. Denique etiam insolutoribus seu linearum candidatoribus (Linne en Garen Bleker) hypotheca atque praelatio & jus retentionis in Hollandia data sunt pro mercede albedinis procurata, sic ut omnibus aliis preferantur creditoribus minorum, ad quos linea pertinent, sive pro illis li-

seis, quæ etiamnum tenent, sive pro aliis jam domino redditis merces debeat; nec rescripti moratorii aut cessionis beneficio per dominum impetrato jus illud retentionis ipsis deperat; imo si dominus lineorum jam reddituum, ipsi adhuc debens mercedem, aliis linea albanda locaverit, etiam in his alteri sic commissis jussi sint potiores esse, *Placii. ordin. Holl. 20. Jan. 1614. vol. 1. placitor. pag. 1222. & seq. & plac. anni 1677. 3. Apr. vol. 3. placitor. pag. 589.*

52. Non tamen apud nos publica detentio seu rerum aut personarum arrestatio, ut loquuntur, arrestanti tribuit in jus hypothecæ aut prælationis, ut latius dictum sit. *de in jus vocando num. 64.* Nec recognitio chirographi facta in judicio; licet alibi contrarium servetur, ut notat Ant. Matthæus *de auction. lib. 1. cap. 20. n. ult. Ant. Faber de error. pragmat. decad. 1. err. 1. n. 17. & seqq.* Nec judicis sententia ei, cui debitor jam condemnatus est, quamdiu pignora judicati exsequendi causa capta non sunt, *l. in judicati 61. ff. de re judicata, captis pignoribus*, is potior est, qui prius ea capi & excussionem fieri curavit, secundum regulam, quæ prior tempore potior jure est; si modo recte, & non vitiose fecerit, Ant. Faber *C. lib. 7. tit. 20. defu. 5. & lib. 8. tit. 8. defu. 2. & 11. Peckius de jure iurandi cap. 40. n. 3. 4. Respons. Jurisc. Holland. par. 3. vol. 2. consil. 139.* In Hollandia tamen non ex inchoata ante alios sententia executione, sed demum ex quo illa ad finem perducta & solutio obtenta fuit, prælationem habere locum, adeoque alios, pendente executione per alium jam inchoata supervenientes, concurrere cum eo debere in captis pignoribus, tradit Groenewegen *ad l. 10. ff. qui pos. in pign. Leeuweneg. con. for. par. 1. lib. 4. cap. 9. ult. & cap. 11. num. 1.* Ex adverso, victori etiam ante capta pignora privilegium prælationis inter chirographarios statuta quædam tribuere, & si debitoris judicio conventi bona arresto detenta sint, in ea protinus ex lata sententia pignoris jus nacti creditorum victori, docet Ant. Matthæus *de auction. lib. 1. cap. 20. num. 11. et 17. Wassenar pract. jud. cap. 22. num. 65. in mod. et num. 76.* Quæ tamen, si non statutis aperte cauta inveniantur, aut inveterato fori usu probata, admittenda non videntur; cum pignori capta judicati exsequendi causa intelligi nequeant, quæ tantum jurisdictionis fundandæ aut ad summum res servanda gratia actor publica fecit sisti auctoritate, & in quæ nulla executio dirigi potest, nisi elapsis illis dilationibus, sive longioribus sive brevioribus, quæ condemnationis lege vel more concessa sunt.

53. Similiter nec dominis rei furto ablatis, quæ non apparet, & ideo vindicari nequit, legalis hypotheca moribus data est pro æstimationis recuperatione. in bonis furtis aut raptoris; uti nec in rebus ex pecunia furtiva per furem comparatis; adeo ut ne privilegium quidem inter chirographarios ei tribuendum videatur, de quo latius sit. *qui pos. in pign. n. 37.* Ex quavis in ipsis rebus societatis socii reliqui potiores sint, ubi sociorum unus foro cessit, qui jam totam suam partem, quæ iure societas ei competebat, quæcunque fuerat ratione consecutus, per rationes expositas sit. *pro socio n. 23.* In reliquis tamen socii illius bonis neque jus taciti pignoris, neque ullam inter chirographarios prælationem habent pro consequendis illis, quæ socius foro cedens, supra suam partem exegerat nec communicaverat, & in compensatione sociati debere, cum

neque hypotheca neque personale privilegium uspiam iis in jure datum sit, neque ulla prælationis ratio ex societatis natura possit derivari. Esto enim, quod societas sit quoddam jus confraternitatis, non tamen inde prælationem deduxeris; cum nec veris fratribus, nec parantibus, liberisve creditoribus, ex sanguinis propinquitate jus ullum prælationis in bonis proximorum tributum sit. Vide Ant. Matthæum *de auction. l. 1. cap. 19. n. 59.* Denique nec ille hypothecam aut prælationem in fundo habet, qui redditus annuus, ex certo fundo præstandus, divenditus est, si non specialiter, & hodiernis moribus solemniter coram lege loci, fundus pro tali annua præstatione devinctus sit, arg. *l. ult. §. Lucius Titius 1. ff. de contrab. emt. l. quidam testamento 96. pr. ff. de legatis 1. Paulus Callinico 27. §. ult. ff. de legatis 3. Jacob. Thomingius decis. 17. num. 11. Brunnemannus ad d. l. ult. §. ult. de contrab. emt. Dissent. Sande decis. Frisic. lib. 3. tit. 12. defu. 8.*

54. Ceterum in questione, utrum legalis hypotheca alicui competat, nec ne; in mobilibus quidem spectanda lex loci, in quo debitor, de cuius bonis hypotheca afficiendis queritur, domicilium solvet, cum illic mobilia ejus, ubicunque reperta, existere intelligantur, ut dixi tit. de consuet. Princip. parte altera, de statutis num. 11. at immobilibus spectanda magis lex loci, in quo immobilia quæque debitoris bona sita sunt; cum certum sit, lege unius loci jus reale in alterius loci immobilia situm non mutantia, non posse constitui. Quæ prolixius discussa vide apud Ant. Matthæum *de auction. lib. 1. cap. 21. n. 35. & seqq. Rodenburch de jure conjugum tract. prelim. de statutor. diversitat. tit. 2. cap. 5. n. 16. pag. 90. & seqq. Carpiovium defu. for. par. 1. consil. 28. defu. 9. Paulum Voet de statutis. tit. 9. cap. 2. n. 8.*

### TITULUS III.

Quæ res Pignori vel Hypothecæ data obligari non possint.

#### SUMMARIA.

1. Quæ res pignori dari possint? Ubi de rebus extra commercium, & de iis, quæ sunt in commercio mobilibus, immobilibus, nominibus, instrumentis emotionalibus, militiæ, servitutibus, jure pignoris, emphyteusis, agris adscriptitiarum, feudis tum olim tum hodie pignori obligandis.
2. An res litigiosa, arresto jam tenta, arma militum, ipsæ præmiorum abiectionis constitutorum? An bona pupilli sine decreto? An boves, aratores & instrumenta aratoria?
3. Non res aliena. An, & quo usque res communis obligari possit, ac post divisionem obligata maneat, sive privata sive fisco obligata sit?
4. Recensentur casus, quibus subiectis pignus aliena rei: Conaleteit utiliter, si is, qui pignori dedit, dominium acquisiverit, licet creditor sciverit, rem alienam fuisse. Quid juris, si diversis temporibus res eadem pluribus a non domino obligata sit, & ita postea dominus fiat? Si nunquam res aliena oppignorata acquiratur obliganti, quale jus creditor habet?
5. An commoneat pignus, si testator obligaverit rem Titii, & ita postea testatoris heres auterit?

6. Quo usque nostris moribus convalescat pignus rei aliena, ubi pœssa per obligantem dominium acquiritur est; sum in immobilibus, sum in mobilibus?

7. Recensentur casus, quibus velut pignus aliena rei, licet dominus non conveniat, nec obligans dominium acquirat, ubi de procuratore rem domini, administratore republica rem republica obligante; domino dominium suum callide dissimulante; cum alius obligaret; item ex moribus de eo, qui rem alienam mensa fanebri obligavit; de marito rem uxoris, vidua dimidiam partem feudi, stante matrimonio & communione inter conjuges emitt obligante. Quid juris, si quis rem sibi commodatam, locatam, apud se depositam pignori obliget?

1. Circa res pignori obligandas regulam Gajus tradidit in l. sed & quod 9. §. 1. ff. de pignorib. & hypothecis, cum ait, id, quod emtionem venditionis recipit, etiam pignorationem recipere posse. Qui respondet regula Marciani contraria, eam rem, quam quis emere non potest, quia commercium ejus non est, jure pignoris accipi ab eo non posse, l. 1. §. ult. ff. b. r. Unde nec sacra nec religiosa res recte pignori obligantur, l. si monumentum 3. C. b. r. l. sanctus 21. C. de sacrosanct. Eccles. nec liber homo; cum ob eis alienum liberos homines servire creditoribus compelli, inhumanum sit; pœnis in eos constitutis, qui filium familias a parente scienter pignori acceperint, l. ult. ff. b. r. l. qui filios 6. C. b. r. ob ar alienum 12. & auct. imo C. de oblig. & auct. Adeo ut & aliena pecunia redemptum ab hostibus redemptori pro lucro non vere, sed velut naturalis pignoris jure & vinculo quodam dicatur teneri, l. qui testamentum 30. §. 1. ff. qui testam. fac. poss. l. ab hostibus 2. C. de postliminio reversis. De cetero pignori dari possunt res mobiles & immobiles, corporales & incorporeales, veluti nomina & actiones, sic ut creditor, cui nomen obligatum est, utiles actiones habeat, l. si conventus 18. ff. de pignorib. act. l. nomen 4. C. b. r. l. cum convenit 20. ff. de pign. & hypoth. adde tit. 1. num. 17. instrumenta emtionalia, quibus obligatis ipsæ res eis comprehensæ obligatæ censentur, l. cum conventus 2. C. b. r. arg. l. 1. C. de donation. milita venalis; novell. 97. cap. quia vero 4. (Cujacius ad novell. 53. part. 4.) jus emphyteusios aut superficies, l. etiam superficies 15. ff. qui pos. in pignore, l. inter 16. §. ult. ff. de pignorib. act. l. grege 13. §. & in superficiariis 3. l. lex vestigali 31. ff. de pign. & hypoth. jus ipsum pignoris, dum creditor pignus pignori dat. tit. C. si pignus pignori datum sit, jus usufructus sive constituti sive constituendi, l. si it, qui 11. §. usufructus 2. ff. de pign. & hypoth. Castillo Sotomaj. de usufructu cap. 70. Bachovius de pignorib. lib. 2. cap. 6. servitutes pradias, secundum distinctiones traditas in tit. communia pradiorum num. 8. Et quamvis feuda secundum scriptas fundorum consuetudines sine domini directi consensu non potuerint pignori vel hypothecæ obligari lib. 2. feud. tit. 55. ac hoc jus in feudis rectis etiamnum duret, ac in agris adscriptitiorum quoque, quasi feudis quibusdam, pignus sine domini consensu constitui non posse, testetur Fredericus x Sende de Feudi Galici tract. preliminar. cap. 1. num. 4. Lam. Goris ad verbor. tract. 3. part. 1. cap. 13. num.

14. vers. 3. tamen in nostratibus feudis hereditariis (Onversierfelyke Erf. Leenen) consensus domini necessarius non est; si modo oppignoratio solemnitatur apud Curiam feudalem facta sit, secundum ea quæ tit. 1. n. 9. dicta.

2. Non tamen recte pignori obligatur res litigiosa, nisi quatenus & vendi posset, pignore saltem nihil operaturo in præjudicium illius, qui de ea litem movet, l. 1. §. 2. ff. b. r. Longe minus res, quæ in executione jam publica auctoritate sequestrata est; vel etiam arresto tenta cum interdicto de non alienando. Radelantius Curia Ultraject. decr. 15. & 27. Resp. Jurisc. Holl. part. 2. consil. 85. nec arma militum, arg. l. qui committitur 14. §. 1. ff. de re militari. Krays Ordonnantie van de Grave van Luycker 14. Feb. 1586. art. 21. vol. 1. placit. Holl. pag. 165. Militaaren Aritkel Brief 13. Aug. 1590. art. 71. 72. d. vol. 2. pag. 170. Arrikel-Brief ter Lee 27. April. 1629. art. 63. d. vol. 2. pag. 196. Nec spes præmiorum athletis constitutorum, l. spem eorum 5. C. b. r. licet ipsa præmia jam obtenta iudicati exsequendi causa pignori capi possint, l. commo-dit 40. ff. de re judicata, quod & de militum ac sacerdotum stipendiis, nonnullis placet, arg. l. stipendia 4. C. de executione rei judicate. Cujacius ad novell. 53. par. 4. Wassenaar præf. judic. cap. 22. n. 34. Nec bona pupilli sine decreto, l. 1. §. ult. l. 2. ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cura sunt sine decreto non alienandi nisi mobilia sint, & nummi, pro quibus obligata, in rem pupilli re ipsa versi; secus si eos in utilitatem tutoris versos appareat, l. tutor, longe 16. ff. de pignorib. act. junct. l. pen. C. si rei aliend pign. data sit. Nec boves aratores aut villici aut instrumenta ad culturam agrj pertinentia, l. ex-cutores 7. l. 8. & auct. agricultores C. b. r. quæ tamen in subsidium, deficientibus aliis, iudicati exequendi gratia potuisse capi, probabile est; Ant. Faber Cod. libr. 8. tit. 6. defin. 16. Groenewegen ad l. 7. C. b. r. quod & nominatim a Zelandis cautum, Instruclie voor de Deurwaarders van Zeeland 29. Junii 1607. art. 19. vol. 2. placit. Holl. pag. 1134. Quemadmodum etiam nihil verat, hæc omnia per colonum domino locatori pradii rustici pro pensionibus obligari expressa conventionione, cum ita minor subisset metus agriculturam desertum iri, arg. l. certi juris est 5. C. de locato. Quin & cum prædiis ipsis obligatis aratoria quoque instrumenta, velut accessiones, pignori recte obligata fuisse, patet ex l. debitor pactus 32. ff. de pign. & hypoth. Denique nostris & aliorum moribus hæc, æque ac res alias quascumque, pignoris vinculum admittit, tradit Gothofredus ad d. l. 7. C. b. r. Leewen cent. for. par. 1. lib. 4. cap. 7. n. ult.

3. Rem alienam quod attinet, ea invito domino obligari nequit, l. quæ prædium 6. C. si aliena res pign. data sit, arg. l. & quæ nondum 15. §. quod dicitur 1. ff. de pign. & hypoth. In quo pignus a venditione distat, cum & aliena res vendi possit, l. rem alienam 28. ff. de contrab. emt. Esi enim id quod venditionem recipit, quia in commercio est, etiam pignorationem recipere possit, d. l. 9. §. 1. de pign. & hypoth. junct. l. 1. §. 2. ff. b. r. non tamen ab omni eo, qui rem vendere potest, etiam jure oppignoratur. Nam cum ex pignoris aut hypothecæ constitutione creditori nasci debuerit jus pignoris adeoque jus in re, necesse fuit, ut jus in re haberet, qui jus pignoris alteri constituere vult; at venditor emptori nul-

lum constituit jus in re, sed tantum ex contractu venditionis suam personam ad rem tradendam obligat; ad quod non opus est, ut ullo jure in re manitus sit. Proinde, si quis rem sibi cum alio communem pignori obligaverit creditori suo, ea sola pars, quæ debitoris est; obligata intelligitur, *l. unic. C. si communis res pignoris data sit, l. creditor 3. §. ult. ff. qui pot. in pignore*, sive privato, sive ipsi fisco obligata sit res, quæ debitori cum extraneo communis erat: nam, etsi fisco datum sit jure singulari, ut rem sibi cum alio communem distrahere in solidum possit, adeoque cum sua etiam socii partem, *l. 2. C. de commun. rerum alienat. l. unic. C. de vendit. rerum fiscal. quin & vendere pignus, quod antiquiori creditori nexum erat, & ex cuius pretio nihil fisco cedere debebat, nisi post dimissum illum creditorem tempore anteriorem, l. res, qua in 22. §. res autem 1. ff. de jure fisci*, hæc tamen ad rem debitori fiscali cum aliis communem ac fisco obligatam porrigenda non sunt, nec fisco quicquam amplius præter eam partem, quæ ad debitorem pertinet, distrahere permittendum; tum quia privilegia strictam recipiant interpretationem, ac ne ad similia quidem, longèque minus ad disparata, trahi debent; tum quia fiscus non plus potest, quam is in cuius locum succedit, & a quo jus habet, ac proinde, uti debitor non nisi suam potuisset partem distrahere, ita nec fiscus, quippe qui in jus privati succedens privati jure utitur, *l. fisci, cum 6. ff. de jure fisci. Ant. Matthæus de auction. lib. 1. cap. 11. num. 25.* Interim in rerum communium obligatione Romanis placuit, creditori in tota re pro parte indivisa pignus competere, usque adeo, ut ne per divisionem quidem inter socios factam ea sola pars, quæ debitori cessit, obligetur, sed utriusque pars pro indiviso pro parte dimidia devincta maneat, *l. si contentis 7. §. ult. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solu. arg. l. ii. qui fundum 31. ff. de usu & usufr. legato, l. rem hereditariam 65. ff. de division. imo etiam post rei totius adjudicationem, uti socio factam, nihilominus in re tota pro parte dimidia indivisa pignus perduret, l. si quis putans 6. §. si fundus 8. ff. communi divid. Carpzovius defin. for. part. 2. cons. 23. defin. 31. n. 6. 7. etsi contra judicatum commemoret Annæus Robertus rerum judicat. libr. 3. cap. 19.*

4. Plane domino consentiente aut ratum habente quin jus pignoris constitui a non domino possit, dubium non est, *l. aliena res 20. ff. de pignorat. act. sive expressus sive tacitus domini consensus intercedat, secundum ea quæ iis 7. num. 1. dicta sunt.* Sed & sub conditione res aliena utiliter obligatur, si debitoris facta fuerit, *l. si fundus 16. §. aliena res 7. ff. de pignor. & hypoth.* qualis etiam conditio subauditur, si quis alteri obliget rem necdum suam sed sibi debitam; quam ab eo, ad quem dominium perventurum est, obligari posse, palam est ex *l. creditor 3. §. cum ex causa 1. ff. qui pot. in pign. l. 1. ff. de pignor. & hypoth.* sicut & fructus nascituri obligantur ita, ut utilis actio regulariter ad eorum persecutionem detur, *l. 1. §. cum pradium 2. ff. de pign. & hypoth.* Quid, quod etiam ex post facto convalescere possit pignus alienæ rei sine ulla conditione pignori datæ, ut utilis saltem actio competat; puta si is, qui pignori obligavit, acquirat deinceps dominium rei, *l. cum res 5. C. si alien. res pignorat. sit, l. rem alie-*

*nam 41. ff. de pignorat. act. sive vero rei domino heres extiterit, item si filiusfam. 7. §. sed et si filiusfam. 2. ff. ad Senatuse. Macedon. sive ex particulari titulo dominus rei effectus sit.* Nec interest, sciverit creditor tempore obligationis, an ignoraverit, rem alienam esse, si modo postea vere dominium obliganti quæsitum sit, cum confirmato jure stantis etiam jus accipientis confirmetur, arg. *l. cum vir 42. ff. de usurpat. et usucap. l. pen. ff. de fundo dotal.* Nam etsi *difficilius* creditori, qui non ignorabat alienam, utilis actio detur secundum Papinianum, sed facilius possidenti retentio sit, *l. 1. pr. ff. de pignor. & hypoth.* tamen & ea, quæ *difficilius*, ac viz dantur, conceduntur, permittuntur, adhuc dari ac permitti, patet, *l. 1. §. deinde 9. in fine, et §. 10. ff. de postulando, arg. l. nonnumquam 8. in fine ff. de collation. junct. l. ult. C. de repudianda heredit. & arg. §. item is 2. Instit. de usu et habit. in verbo viz junct. l. cui usus 2. §. 1. l. plenum autem 12. §. 1. in mod. ff. de usu et habit. & arg. l. viz certis 53. ff. de judiciis.* Errant sane, qui *difficilius* in *d. l. 1. ff. de pign. & hypoth.* interpretantur, per non seu, nullo modo, adducta in finem, *d. l. §. ff. de collation. & l. venditi actio 6. C. de action. emti. d. l. 1. §. 9. ff. de postulando.* Etenim, quamvis in *d. l. 6.* rescriptum sit, venditi actionem non facile ad rescindendam venditionem dari; si non ab initio aliter convenierit, tamen & citra conventionentalem dari aliquando emti venditi actionem ad resolvendam venditionem, patet ex *l. ex emto 11. §. si quis virginem 5. ff. de act. emti.* Et quod attingit *d. l. 8. ff. de collation.* queritur illic, an filius emancipatus, qui de conferendo cavere nolit, sed postea mutato consilio cautionem offert, audiendus sit? & ait Papinianus, quosdam putasse eum audiendum esse, quia nonnumquam prætor variantem non repellit, & consilium mutantis non aspernatur; & quamvis responderi posset, videri eum possessionem repudiassse, qui formam possessionis conservare nolit; benigniorem tamen esse diversam sententiam, maxime, cum de bonis parentis inter fratres disputetur. Subjungens tamen, se existimare, filium talem *facilius* admittendum esse, si intra tempus delatæ possessionis cautionem offerat: nam post annum, quam delata esset bonorum possessio, voluntariam moram cautionis admittere, *difficilius esse.* Est nempe *difficilius*, quatenus non tanta benignitatis ratio in hoc militare videatur, qui ultra annum voluntariam moram cautiois produxit; sed cum modi, quibus quis ad cautionem interponendam compelli solet, conquiescant, ubi id, quod præstandum erat, offertur, atque ita oblata cautione legatorum vel damni infecti nomine, aliave simili, ob quam ab initio denegatam missio in possessionem facta fuerat, is, qui missus erat, de possessione jubetur decidere, *l. si pecunia 6. §. 1. ff. ut in poss. legat. etc. esse liceat, l. si Legatarii 11. ff. ut legat. seu fideic. etc. cav. junct. l. si cui 5. pr. ff. ut in poss. leg. etc. esse liceat, ac fructuario, qui cavere nolenti hereditaria denegatæ fuerant actiones, eadem permittantur, ubi cavere paratus est l. si cuius 13. pr. ff. de usufr. & quomod. quis utat. nulla ratio est, cur non eodem modo frater post annum morator respectu cautionis, admittatur adhuc ad cautionis oblationem, si legitime intra annum agnovit ipsam bonorum possessionem; prout & generaliter absque ulla temporis distinctione, Ulpianus*

scripsit, si per contumaciam, (id est propter contumaciam cavere detrectantis) actione (hereditaria scilicet) denegata sunt, oblata cautione recipi pristinum ius, l. 1. §. si frater 10. ff. de collation. licet verum sit, minus benignitatem juris mereri eum, qui diutius, quam qui breviori tempore in contumaci cautionis præstandæ detractatione perseveravit; adeoque illum quidem difficilius, hunc facilius, sed tamen utrumque adhuc audiendum esse, dum prætor variantem non repellit, & consilium mutantis non aspernatur, ut habet principium d. l. 1. §. de collation. Denique etiam cum in d. l. 1. §. 9. ff. de postulando dicitur difficile impetranda restitutio, non omnem restitutionis impetrationem excludi, sed a principe concedi posse, licet non tam facile concedatur, manifestum est ex tot. tit. ff. de sententiam passis et restitutis, ubi in metallum damnati, & ita servi pœnz facti, & deportati, adeoque capitalis iudicii damnati, proponuntur restitui. Porro, sicut in superioribus, ita & in nostro casu rei alienæ pignori datæ dicendum, difficilius quidem creditori, qui non ignoravit alienum, utilem actionem dari, sed faciliorem esse possidenti retentionem, d. l. 1. pr. ff. de pign. et hypo. nec tamen ideo actione cum utili totum destitui, quatenus non quidem adversus omnes, sed tamen contra ipsum debitorem, qui obligavit, jam dominum factum, & adversus eos, qui a debitore illo, jam domino effecto, causam seu rem illam habent, ab eoque tanquam auctore defendi debent, quoties ipsis ea de re lis moveatur, actionem habet: quia qui ita oppignoravit, suum utique factum præstare debet, ne ex suo mendacio arguatur: & ideo quoque improbe resistit, quo minus utilis actio moveatur, ut argumentatur Paulus Juris. in l. rem alienam 41. in fine ff. de pignorat. act. ita post alios Meyerus Coll. Arg. b. t. n. 2. Parum faciente eo, quod creditor scienter accipiens pignori rem alienam, non debeat ex improbitate sua actionem consequi, arg. l. itaque falso 12. §. sed furii 1. ff. de furis, l. non fraudantur 134. §. 1. ff. de reg. fur. cum id de actionibus penalibus, ex quibus lucrum captatur, verum sit, non item de rei persecutoriis, quas & furi ac prædoni rerum furtivarum intuitu competere, patet ex l. commodare 15. l. 16. ff. commodati. Nec hisce obest l. qui balneum 9. §. ult. ff. qui posteriores in pign. Quippe cui legi ut sua constet ratio, & Jurisconsulti ipsius ratiocinium, necesse fuerit, eam accipi de casu, quo mulier Titio prædium alienum pignori dedit, post Mavio, sed non simpliciter Mavio, verum sub conditione, si prædium illud desierit Titio teneri; juxta conventionem, quæ proposita est in l. creditor 12. §. a Titio 8. ff. qui portores in pignore, quod & Glossa voluit ad d. l. 9. §. ult. Nam si postea Mavio simpliciter idem prædium a muliere necdum domina devinctum fuisset, ratio nulla reddi potest, cur non æque Mavio ac Titio protinus ab acquisito per mulierem dominio jus pignoris firmatum esset; ita tamen ut prior Titius potior esse debeat, si forte pignus utrique non sufficeretur, l. si non dominus 14. ff. qui pot. in pign. Ut enim tunc, cum verus dominus diversis temporibus eandem rem duobus pignori dat, non dissimulato apud posteriorem nexu priore, utrique jus pignoris statim nascitur, licet prior tempore potior iure sit, l. creditor 12. si simpliciter 7. ff. qui pot. in pign. ita quoque protinus a tempore

Voss ad Pand. Tom. III.

acquisiti domini in re per non dominum duobus oppignorata convalescit utrique pignoris jus, sed salva inter eos temporis ratione: quod jus semel utrique quassitum sive fortius sive debilius, non potuit deinceps adimi per factam a muliere in dotem dationem. Cui difficultati cum neque Cujacius satisfecerit 1746. b. ad Africanum ad d. 9. §. ult. neque Bachovius 1748. de pignoribus ult. 2. cap. 4. num. 7. standum magis erit opinioni glossatoris terminos habiles legi secundum ante dicta concipientis. Sane, si ei, qui rem alienam pignori dedit, postea acquisitum non sit dominium, creditorem, qui bona fide ab eo, quem dominum esse putabat, cum non esset, sed tamen ejus conditionis ut Publiciana uti potuerit, sic Prætor tuetur per Servianam adversus alios jure debiliorem manitos, quemadmodum debitorem per Publicianam, l. si ab eo 18. ff. de pignoribus et hypo. b. l. si non dominus 14. ff. qui pot. in pignore. Adde tit. de Publiciana act. num. 6. post mod. & præcipue tit. qui pot. in pign. n. 31.

5. Quod si testator obligaverit rem Titii, qui postea testatori successit, an & hac ratione pignus utiliter convalescat, incertum est, cum id Modestinus affirmare videatur in l. si Titio 22. ff. de pignorib. & hypo. b. Paulus vero negare, in l. rem alienam 41. ff. de pignorat. act. Sunt qui distinctione inter æquitatem & strictum jus dissidium hoc tolli posse putant; accipientes d. l. 41. de juris rigore; de æquitate vero d. l. 22. Sed sine fundamento, cum in d. l. 41. non de rigore juris, sed tantum de æquitate quæsito concepta fuerit, an scilicet utilis actio pignoratitia creditori detur, secundum verba prima d. legis 41. & hoc ipsum negetur. Aliis placuit, ipsum quidem pignus directo non convalescere eo casu, sed tamen utilem pignoratitiam contrariam creditori dari adversus heredem debitoris qui dominus rei est, ad id quod interest rem alienam a defuncto pignori datam esse, juxta l. si rem alienam 9. pr. & l. cum debitore 32. ff. de pignorat. actione. Sed nec hac ratione difficultas sublata est, dum eandem utilem pignoratitiam, quam Modestinus dedit in d. l. 44. quamque Paulus in d. l. 41. etiam dandam censuit in casu, quo res aliena pignori data erat, cujus dominium postea ad debitorem pervenerat, idem tamen Paulus negat, si Titius cujus res per debitorem pignori data erat, debitori heres factus sit. Ne dicam, pignoratitia actioni ad id quod interest non modo locum fore contra heredem debitoris rem alienam obligantis, si verus rei dominus debitori heres sit, sed & si quilibet alius; eodem modo, quo debitor ipse vivus ob datam rem alienam ad id quod interest fuisset dammandus. Nec est, quod regeras, hereditatem, si rei dominus sit, actione pignoratitia contraria ad id compelli, ut sua conventionem pignus confirmet, quia heres præstare debet factum defuncti. Ut enim, etsi adeundo se obliget, ut præstet defuncti factum, non tamen etiam, ut nova conventionem, contractu novo firmet illud, quod a defuncto non recte atque ordine factum est. Quæ cum ita sint, magis est, ut inspiciamus, utrum testator rem Titii, qui postea testatori heres existit, obligaverit simpliciter ignorante eo, an vero invito eo & prohibente: ut, si quidem eo ignorante id factum sit, utiliter saltem pignus convalescat; convenienter d. legis 22. quæ expresse meminit domini ignorantis: sin eo invito & prohibente, ne utiliter quidem pignus ex post



facto sustineatur, idque secundum d. l. 41. in qua nulla ignorantis mentio est, sed ejus, qui rem Titij, postea succedentis, obligaverat sine Titij voluntate, adeoque intelligens satis, se id invito domino facere, eumque, si intellexisset, non promissurum, uti in materia furti Imperator loquitur, § placuit 7. *Instit. de obligat. qua ex delicto.*

6. Nostris tamen moribus non per omnia servantur ea, quae de rei alienae pignore per acquisitum potest a debitore dominium convalescente, dicta sunt; sed in solis mobilibus alienis pignori datis locum habent. Nam si quis immobilia aliena, utcumque sibi jam debita, veluti jam sibi vendita sed necdum tradita, solemniter coram lege loci specialiter pignori obligaverit tanquam sua, ac post eorum acquisiverit dominium, non aliter ea pignoris vinculo tenebuntur creditori, quam quatenus sub clausula generalis hypothecae futura quoque continentur, ac ita generaliter creditori incipiunt obligata esse. Cui consequens est, ut, si debitor post acquisitum dominium eandem rem immobilem rursus alteri coram lege loci specialiter obligaverit, posterior creditor hac speciali munitus hypotheca potior futurus sit in Hollandia ac locis aliis, ubi generalis anterior postponitur speciali posteriori; uti & iudicatum refert auctor appendicis decisionum post respons. *Jurisc. Holl. par. 3. vol. 1. pag. 21. in med.*

7. Restant enarrandi casus nonnulli, quibus tum jure Romano tum nostris moribus effectum sortitur pignus in re aliena constitutum, etsi neque consensus domini accesserit, neque obliganti postea dominum quæratur. Si enim procurator sine domini voluntate rem pignori dederit, licet frustra dedisse videatur, tamen, si pecuniam creditoris in rem domini versam constabit, non inutilis erit exceptio quod numeratum est exsolvi desideranti, l. 1. C. si aliena res pignori data sit. Præterea, qui bona reipublicæ jure administrat, mutuum pecuniam pro ea accipiens rem ejus obligare potest, l. si is, qui 11. ff. de pignor. & hypoth. illis scilicet in casibus, quibus & civitatem jure potuit obligare, arg. l. civitas 27. ff. de reb. creditur. Adde tit. de reb. cred. n. 11. Sed &, si domino rei sciente ac callide dissimulante, res ejus a non domino obligata fuerit creditori ignoranti, pignus tenet in pœnam fraudis, qua creditoris ignorantiam circumscripsit, l. si probaveris 2. C. si aliena res pign. data, l. mulier 11. C. de distract. pignorum. Ant. Faber Cod. lib. 8. tit. 6. defin. 6. Schwartzenthaler de pignoribus cap. 37. num. 9. Nostris quoque moribus id datum ex privilegio illis, qui mensam fœnebrem exercent, quod res alienas sibi pignori obligatas veris dominis supervenientibus, ac res suas persequentibus, restituere non compellantur, nisi receptis nummis a se bona fide numeratis; Groenewegen ad rubric. Cod. si aliena res pign. data sit. Adhæc licet maritus jure civili fundum dotalem ne consentiente quidem uxore obligare potuerit, pr. *Instit. quib. alien. licet vel non*, nunc tamen jure maritalis potestatis uti rem mulieris invita ea alienare, ita & obligare apud nos potest, etiamsi inter conjuges statutaria bonorum omnium communio exclusa sit. Responsa *Jurisc. Holl. par. 1. conril. 151.* Confer Neostadium de pactis antenupt. observ. 16. in notis. Denique & mulier vidua saltem dimidiam feudum stante matrimonio emti, & jure communionis uxori quæsitæ, recte obligat; etsi

feudum ipsum, velut individuum quid, in universum penes maritum aut ejus heredes remaneat, dimidiata pretij parte uxori refusa; in quantum scilicet mulieris creditor in parte illa pretij necdum soluta, sed adhuc solvenda, ceteris mulieris istius creditoribus potior futurus est. Licet enim vulgo pretium pignoris non succedat in pignoris locum, nec pignori esse intelligatur, ut dictum sit. 1. num. 5. id tamen de pretio jam numerato tantum verum est, sed in numerando adhuc individuum rei pretio, quod ex iudicio familiæ circumscribenda vel communi dividendo sociorum alteri obventurum est, contra dicendum videtur, si ea rei communiter emta natura sit, ut res uni, alteri pretium pro rata cedere debeat, uti id in feudis nostratibus hereditariis stante matrimonio cœmentis receptum est; quasi ea, quæ pretio contenta esse tenetur, non tam rem quam jus suum pro pretio rei consequendo videretur devinxisse. Respons. *Jurisc. Holl. par. 4. vol. 2. conril. 98.* Quod si extra causam pignorum mensæ fœnebre obligatorum privatus quispiam rem sibi commodatam locatamve, apud se depositam, tanquam suam pignori obliget, in Hollandia pignus regulariter non tenere, iudicatum refert *Leeuwen cons. for. par. 1. lib. 4. cap. 7. n. 15. 16. 17.* refutans Groenewegium dissentientem. Adde statutum *Leydense art. 140.* Sane, quibus in locis alienatio rei per commodatarium depositarium alioquin sine domini voluntate facta impedit ipsi domino alienatæ rei vindicationem, ibi & oppignoratæ repetitionem domino denegandam esse, verius est; nisi dominus pignus luat, secundum ea, quæ plenius a me tradita sit. de rei vindicatione n. 12.

## TITULUS IV.

Qui potiores in Pignore vel Hypotheca habeantur, & de his, qui in priorum creditorum locum succedunt.

### SUMMARIA.

1. Quid sit actio Serviana & quasi Serviana, seu hypothecaria? An, & quando detur, si pro debito condicionali pignus pure, aut vice versa, aut pro debito condicionali sub alia conditione pignus obligatum sit?
2. Datur contra quorvis bona vel mala fidei possessores. An & contra eum, qui cum debitore litigavit de proprietate ac victor evasit? Per distinctionem inter pignus in specie & hypothecam explicatur.
3. Jure novo tertius possessor conveniri nequit, nisi excusso debitore & fidejussoribus ejus. An id obtineat, si quis sciens pignus emat, vel post litem debitori de pignore motam, vel res non generaliter sed specialiter obligata sit? Nostris moribus reductum in immobilibus jus antiquum & electio. Si prædibus cautum, prius pignora excutienda, dein fidejussores. Ultrajecti & in Flandria prius pignora immobilia pene tertium existentia excutienda, antequam debitor personali actione conveniatur. Quid juris, si mobilia pignora a tertio possideantur?
4. Cum res plures pro uno debito obligatae sunt, vel res una, sed postea inter plures coheredes divisa, vel uni adjudicata, creditor res singulas & singulas partes,

a quocumque possessoris, pro solido debito potest excutere, nec cogi potest, ut dividat actionem.

5. Si unus ex paribus heredibus solidum solverit debitum hypothecarium, quibus actionibus ei contra coheredes consultum sit? An & tertius tum iustis tum non iustis pignorum possessoribus actiones cedi debeant per creditores adversus ceteros possessores rerum aut parium pro eodem debito obligatarum, si hypothecaria conventi solidum debitum solvere parati sint?
6. Qui hypothecaria conventus solidum solvit, non solidum sed pro rata a reliquis aliorum pignorum possessionibus repetit. Si pignus iterato alienatum sit, hodie primus emtor ex aequo conventi potest de pretio, quod ipse rursus ex venditione redegit, si constet, ultimum possessorem de evictione actionem adversus eum habiturum.
7. In quo intersit, utrum creditor hypothecario agat contra debitorem, an vere contra tertios possessores?
8. Si res eadem pluribus eodem tempore per paries vel in solidum obligatus sit, quo modo singuli agere possint tam contra tertios quam inter se, tum iure Romano tum moribus?
9. Quamdiu olim, & iure novo Iustinianeis duraverit actio hypothecaria? An usucapione rei pignoratitia ius pignoris evanuerit? & quid nunc apud nos obtineat?
10. De iudicio concursus & praelationis inter creditores. An, & quando pendente vel jam finito concursus iudicio creditores alii supervenientes adhuc audiendi sint? an tunc per eos, qui iure debitori gaudent, cum sorte accepta etiam medii temporis usura reddenda sint?
11. An pecunia ex pignorum venditione redacta pendente iudicio concursus seniori collocari possit in usum creditorum? Quibus creditoribus ante finitum hoc iudicium solvi possit? Quo modo cogi possint grapharii & similes ad nummos secundum sententiam praelationis distribuendos?
12. Quo in loco iudicium concursus & praelationis agendum sit?
13. Omnibus creditoribus anteponuntur domini habentes rerum suarum vindicationem, quales plurimi recensentur. Quid si quis aurifaber, sartori &c. aurum dederit, ut inde vasa, vel pannum, ut inde vestis fieret? An si res nostra culpa vel dolo commodatarii, conductoris & similium perierint, privilegium nobis inter chirographarios pro estimatione competat? An rei furto subdita dominus pro rei estimatione privilegium habeat in bonis furtivis, vel rei furto vendita pretio adhuc debito, vel rebus ex pecunia furtiva emtis?
14. De his qui apud mensam publicam nummos deposuerunt, an in bonis mensulariorum foro cedentium praelationem habeant? An & hi qui hodie pecuniam in graphio deposuerunt, si grapharius eam suae usae convenerit, ac solvendo non sit?
15. An, & quando praelationem habeant, quando ex adverso ne concurrant quidem in pretio domini, qui res suas, pro alieno debito per errorem subastatas, vendi parati sunt, nec se opposuerunt, per distinctionem explicatur.
16. Hypothecarii creditores praeferruntur chirographariis nisi quis in venditionem ac proscriptiorem rerum debitoris & similis iis annexa, vel in invemari.

confessionem vel in funus defuncti creditoris. Quid iuris, si sint hypothecarii privilegiati & non privilegiati, magis & minus privilegiati, a quo privilegiati?

17. Iterumque istos, qui specialem in re singulari hypothecam habent cum privilegio, potiores esse illis, quibus in omnia bona ius hypotheca datum est. Ex quo ordine materia praelationis commodissime videatur explicanda?
18. Traseretur omnibus qui in militiam emendam credidit cum pacto pignoris in scripturam redacta. An id hodie adhuc obineat in iis, qui ad munus venale emendam crediderunt? Quale ius habeat, qui credidit in emtionem rerum cum pacto, ut sibi res empta pignori sint? Ex quid si venditor rem immobilem vendiderit, fiat de pretio habitus, si ipso solemniter traditionis instrumento, vel postea ex intervallo, res illa ei pro residuo pretio obtineatur?
19. Qui in refectorem adium aut navis crediderunt, habent in navi vel domo privilegium cum hypotheca; item locatores praediorum in investitis & illatis praecurrit, domini directi & similes pro canone, solario, censu; Universitatis agrorum aggerum munitorum, in praedio singularum pro impensis aggerum molendinorum, & plures alii.
20. Quid iuris, si cum illis, qui in emtionem domus aut navis crediderunt, quos de pretio praedii venditi cum pacto solemniter pignoris continent, concurrant qui postea crediderunt in refectorem? Quid si alii prius alii postea crediderint in refectorem domus aut navis? Quid, si domini directi pro solario, canone &c. concurrant cum iis, qui in reparationem aggerum & molendinorum crediderunt?
21. Mulier, sponsa, uxor patativa habet hypothecam cum privilegio in omnibus mariti bonis pro dote & argumentum ejus. An & pro paraphernis? An & pro arbitrio sponsalium? Quid moribus?
22. Est mulierem fisci agens ex causa primipilari, & pro tributis in omnia civium bona. Quid sit causa primipilaris? An jura causa primipilaris extendendum ad eos, qui stipendia militum in castris procurant, inter milites distribuenda?
23. Quale ius nostris moribus habeat fisci pro tributis et vestigialibus?
24. In quibus debitoris bonis fisci hypothecam cum privilegio habeat, si ex contractu agat?
25. Quo usque hoc fisci ius adhuc moribus inveniat? Pupillos, minores, civitates, ecclesias, fiscum in bonis tutorum administratorum hypothecam quidem, ac non privilegium habere.
26. Si statuto quadam persona sua causa enumerentur privilegiata, an spaciis eo veniant ordinis, quo nominata? et an non nominati intelligi debeant privilegio deservire, si iure civili privilegiati sint?
27. In simplicibus hypothecariis qui prior est tempore potior est iure, tum in pignore, tum in accessionibus: et tum pro debito principali, tum pro usuris, et pana in conventionem deducta, si et pro his pignus obligatum sit; item pro impensis necessariis in pignus factis. Quid moribus obtineat circa usuras?
28. Regula, quae prior tempore potior iure est, locum habet in pignore expresso, tacito, iudiciali, sive

*ejusdem sive diversi generis hypothecarii creditor sint. An, et quatenus in pignore pretorio? An, et quatenus in generali? et quid si alius generale alius speciale habeat, tum jure Romano tum moribus?*

29. *Prelatio non tantum ex diei sed & hora prioritatis estimanda est. Quid si duabus simul res eadem obligetur? Quid si duobus separatim eodem die, nec hora utrique vel alteri obligationi addita sit? Quid, si quis domum locatam vendiderit cum pacto, ut primi anni pensiones venditori, sequentium annorum emtori cedant, pignorumque ab inquilino datorum jus utrumque sequatur? Quid si hodie due immobilium hypothecae eodem die in acta publica relata sint?*
30. *Quid juris in prelacione, si hypotheca uni sub conditione, alteri dein, pendente illa conditione, res eadem pure obligata sit? Quid juris, si pro debito conditionali hypotheca constituta sit pure, & pendente debiti conditione, eadem res alteri pro debito puro obligetur, per distinctionem & exempla explicatur. Et quid, si pro debito incerta quantitas adhuc nascituro pignus obligatum sit?*
31. *Quid juris, si res uni a non domino, alteri ab eodem jam domino facto obligetur? Quid si eadem res ab eodem non domino diversis alio atque alio tempore obligetur, & is postea dominium acquirat? Quid si a diversis non dominis res eadem diversis creditoribus obligata sit?*
32. *Novatione facta & pignoribus renovatis, durat temporis prioris prerogativa in pignoribus.*
33. *Quid si antiquior consenserit in obligationem pignoris posteriori faciendam? vel suum jus pignoris callide dissimulaverit? vel priori per priusatum, posteriori per publicum instrumentum res obligata sit?*
34. *Hypothecarii posteriores creditores priori etiam invito offerentes debitum, in jus ejus succedunt; obrogatarii, & extranei non aliter, quam si id actum sit; vel pro debitore fiscali fisco solutum sit; vel posterior pignoris hypothecaria consentit offerat debitum.*
35. *Oblationes invito hypothecario factae habuerunt quandam iniquitatem, & tamen simul necessitatem. Cur nostris moribus cessent tales oblationes? Quo modo hodie creditum hypothecarium avari cedi possit? An prater hypothecam alia privilegia transeant in cessionarium?*
36. *Quid juris, si chirographarii magis & minus privilegiati vel aequi privilegiati concurrant? An non privilegiati debita exacta restituere teneantur chirographariis privilegiatis?*
37. *Reconentur privilegiati chirographarii, civitates in bonis eorum quibuscum contraxerunt; famuli & ancilla pro mercede. An domini pecunia furto ablata in rebus ea pecunia emittit, vel in pretio ex rebus furivis per furem venditis adhuc debita? Quid, si alii ex oneroso, alii ex lucrativo titulo creditoris sint?*
38. *Cujus loci statuta circa jus prelacionis observanda sint, per distinctiones traditur.*

1. **E**t si vulgo actiones a creditoribus adversus debitores intentari solent, tamen ubi debitor solvendo esse desit, accedit frequenter, ut credito-

res, omisso debitore, in se invicem ruant, ac magis inter se animis disputante de prelacione in bona debitoris, seu, *περ τοῦ ἀγῶνος* mutuis sese tenent vulneribus conficere. Antequam autem de ipso agatur prelacionis jure, consultum fuerit praemittere actionis hypothecariae plenioris tractationem. Sciendum enim ex jure pignoris actionem nasci in rem, pretoriam, arbitriam, tum Servianam de rebus coloni illatis investitis in praedium rusticum & expresse pro pensione locatori obligatis, tum quasi Servianam, quae & hypothecaria & *utilis Serviana*, quandoque etiam simpliciter *Serviana* appellatur, *§. item Serviana 7. Inst. ut. de action. l. 1. §. 2. l. vel quae 7. l. si debitor 10. l. si inter in §. 1. ff. de pign. & hypoth.* quae generaliter creditores pignora & hypothecae expresse vel tacite vel lege sibi devinctas persequuntur, si sibi a debitore vel pignorum possessoribus haud satisfiat, *l. si fundus 10. §. in vindicatione 3. ff. de pign. & hypoth.* Nec quicquam inter pignus & hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam attinet, praeter diversum nominis sonum interest, *d. §. 7. Inst. de action. l. res hypotheca 5. §. 1. ff. de pign. & hypoth.* Interest tamen, utrum pro debito puro pignus sub conditione, an pro debito conditionali pignus pure, an denique pro debito conditionali pignus sub alia conditione obligatum sit; primo namque casu non ante creditor hypothecaria experiri potest, quam si conditio hypothecae extiterit, sed officio judicis possessor rei sub conditione obligatae cavere iubetur, se restitutum hypothecam, si conditio extiterit, nec pecunia soluta sit, *l. grego 13. §. pen. ff. de pign. & hypoth.* Secundo quo casu ante conditionis existentiam non recte agitur, quia nihil ante debetur, *d. l. 13. §. pen.* Tertio vero casu non ante conditionis ultroque eventum huic actioni locus est, cum, una tantum existente, vel debitum principale etiamnum defuturum sit, vel hypothecaria necdum sit nata. Adde *tit. de iudiciis n. 23. & tit. de in jus vocando num. 20.*

2. Intentari potest haec actio non tantum contra ipsum debitorem, eumque, qui pro debitore rem suam obligavit, sed & contra tertium quemvis bonae vel male fidei possessorem, eumque, qui dolo malo possidere desiit, *l. si fundus 15. §. in vindicatione 3. ff. de pign. & hypoth.* Cum enim jus pignoris non personae sed rei annexum sit, debitor neque donando, neque vendendo, neque permutando, neque ullo alio modo alienando, illud creditori auferre potuit, *l. si dominum 9. l. debitorem 15. C. de pign. & hypoth. l. l. sicut. 8. §. non videtur 15. ff. quib. mod. pign. vel hyp. solvitur.* Quid, quod & his recte hac convenitur actione, qui de proprietate res pignori obligata cum debitore obligante litigavit rei vindicatione aut petitione hereditatis, & victor evasit, si modo pignoris obligatio lite illa antiquior sit, maxime si debitor creditorem non monuerit, *l. si recuperatus 3. pr. & §. 1. ff. de pign. & hypoth. l. iudicata quidem 29. §. 1. ff. de except. rei judic. & res tantum hypothecae obligata fuerit, adeoque possessio apud debitorem manere debuerit: quippe quo casu debitor cum alio de proprietate experiri quidem jure potuit, nec in eo a creditore impediri, utpote ex natura hypothecae sibi possessionis & detentionis jus saluum habens ac valens asserere atque tueri, *§. item Serviana 7. Inst. de action.* sed nec creditor extra culpam posito res inter alios acta vel iudicata obesse debuit, quo minus*

ipse novam faceret ex jure pignoris persecutionem. Sive enim ignoraverit, litem debitori cum alio de pignoris proprietate intercedere, ignorantia ei jus suum agendi abunde tuebitur; sive contra sciverit, id agi a debitore, culpa tamen caret, dum ipse neque de proprietate per rei vindicationem aut hereditatis petitionem contendere cum extraneo possessore potuit, neque possessionem, quam debitor sibi secundum hypothecae naturam reservaverat, a tertio invocare, nisi postquam debitor in mora solvendi esse cepit, & ob id executio pignoris facienda est; si tamen non modo sciverit, litem debitori moram esse sed & liti adstiterit, dubium esse non potest, quin tunc ei nocitura quoque sit sententia contra debitorem lata, *l. ab exsecutore 4. §. idque 4. ff. de appell.* Et de eo casu, quo tantum hypotheca jus creditori constitutum erat, tractari a Papiniano in *l. si superatus 3. ff. de pignorb. & hypo. b.* inde colligi potest, quod in ea lege debitor inter alia etiam victus dicitur vindicans hereditatem, ac asserit, iudicem actionis Serviana, neglecta de hereditate dicta sententia, pignoris causam incipere debere; quia fieri potest, ut pignus recte sit acceptum, nec tamen ab eo debitore lis bene instituta. Qua enim, obsecro, ratione debitor concipi posset ex pignoris causa tradidisse creditori res hereditarias, de quarum possessione acquirere demum postea per hereditatis petitionem expertus est adversus tertium, tanquam pro herede vel pro possessore possidentem? Diversa causa est, si creditori res ex contractu pignoris tradita fuerit, ique deinceps passus sit sciens, debitorem de pignoris proprietate cum extraneo experiri, ac debitor ea in lite superatus sit: tunc enim ei scienti sententia inter debitorem & extraneum lata praedjudicat, quia ex voluntate ejus de jure, quod ex persona agentis habuit, iudicatum est; cum ipse ex facta sibi pignoris traditione jus possidendi adeptus, inde potuerit etiam adversus tertium rei possessorem de recuperanda possessione amissa experiri ante debitorem, allegans, sibi de ea re primum actionem competere aut defensionem, *l. sepe constitutum 63. ff. de re iudica. a.* quam legem de pignore in specie creditori tradito accipiendam esse, conicere ex eo licet, quod creditor, patiens debitorem experiri de pignore, ibidem jungitur marito patienti socerum vel uxorem experiri de proprietate rei in dorem datae, & possessori seu emtori patenti venditorem contendere de rei proprietate. Plane si debitorem cum adversario collusisse, atque ita succubuisse, creditor probare possit, sententiam contra debitorem latam creditori non nocituram, rescriptum est, *l. praes 5. C. de pignor. & hypo. b.* Non desunt interim, quibus magis placet, sine distinctione inter pignus & hypothecam ex sola scientia aut ignorantia creditoris petere *d. l. 3. & d. l. 63.* conciliationem, quasi sententia contra debitorem lata noceat creditori scienti, ut habet *d. l. 63.* non item ignoranti debitorem experiri; ad quem casum restringunt verba generaliora *d. l. 3.* Bachovius de pignorb. lib. 3. cap. 15. num. 1. Petrus Barbosa ad *l. quae dotis 34. ff. solutio matrimon. num. 160.* Sed vix est, ut demonstrari possit, quo modo creditori, nudam hypothecam in specie habenti, actio aut defensio pignoris primo loco competere ad debitoris exclusionem.

3. Licet autem jure veteri electio creditori competierit, utrum prius debitorem principalem aut fide-

jussores ejus an pignora excutere vellet, postquam prius debitores praesentes denunciationibus conventi & ita non satisficientes in mora constituti sunt, *l. persecutione 24. C. de pignor. & hypo. b. junct. l. debitorum 10. C. eod. & ea electio etiam num jure novo remanserit, quoties ipse debitor etiam simul res pignoratatas tenet; adeo ut non electione unius actionis sed demum solutione, reliquae perant, l. græge 13. §. etiam 4. ff. de pign. & hyp.* tamen, si a tertio res obligata possideatur, a Justiniano constitutum est, excutiendum esse prius debitorem & fidejussores ejus, antequam tertius pignoris possessor conveniatur, *novell. 4. cap. red neque 2.* Quod & ex jure veteri peculiariter rescriptum fuit in casu, quo bona conductricis vectigalium pro pensione fisco ex lege devicta ac in plures alienata fuerant, cum conductricis heres pro reliquis fisco debitoris idonei essent, *l. Morchit 47. ff. de jure fisci.* Non tamen huic juris novi dispositioni & ordinis, beneficium locus videtur relinquendus, si tertius, sciens pignoris vinculum, pignus nihilominus emerit, cum jura deceptis non item scientibus subvenire ac parcere soleant, nec si tertius comparaverit demum rem obligatam post litem de re obligata contra debitorem jam inchoatam, arg. *101. tit. ff. & Cod. de litigioris, & novell. 111. cap. 1. in pr.* nec si res specialiter pignori obligata a tertio possideatur: non enim improbabilis est eorum opinio, qui putant, *novellam 4. cap. 2.* quandam adhuc ab ipso emendationem passam esse per *nov. 112. cap. 1. versu, ut si quidem speciales,* dum ibi constituit, posse quidem debitorem vendere res mobiles aut immobiles nominatim hypothecae suppositas, sed si creditori ex pretio pignoris per debitorem divenditi satisfactum non fuerit, licentiam ei competere vindicandi rem venditam sibi hypothecae suppositam, donec ei satis pro debito fiat. Cui consequens est, in sola generali hypotheca remansisse jure novissimo necessitatem excutiendi debitorem ante tertios rei generaliter obligate possessores. Nec deest speciosa quaedam mutationis ratio, quod nempe, vendita re specialiter obligata, magis noceatur creditori, rem aliam sibi obligatam non habenti, quam debitor teneret; in generali autem hypotheca omnis debitoris bona devincta sint, unde post quarundam distractionem adhuc de reliquis a debitore possessis hypothecaria ipsi potest debitori moveri. Ita post Huberum ad *Pand. tit. de pignor. & hypo. b. n. 9.* Brunnemannum ad *l. 24. C. de pign. & hypo. b.* aliosque, clariss. juris antecessor D. Pagenstecher in *Inferio suo injuria vapulante, coitione & ad auct. hoc si C. de pign. & hypo. b. §. 3. & seqq.* Interim nostris moribus longe major hac in parte mutatio facta fuit, dum in immobilibus specialiter vel ex lege pignori obligatis, & ab ipso debitore possessis, liberum creditori est intentare simul personalem actionem & hypothecariam, ac uno utramque libello cumulare, ut dictum *tit. de edendo n. 14. in med.* iisdem vero ab externo possessis, iterum electio creditori restituta est, utrum prius actione personali debitorem, an hypothecaria tertium pignoris possessorem convenire malit, *Poitevin. Ordonn. van. Holland. art. 36.* Imo, si praedix simul ac praedix creditori cautum fuerit, sancitum in Hollandia, personalem adversus fidejussores actionem quiescere debere, donec pignus excussum fuerit; ac tum demum ad eam, quae adversus fidejussores competit, velut subsidia-

tiam in id quod restat exsolvendum, transeundum esse, si non aliud expresse in contrarium actum sit, *Edicto Philippi Hiip. Regis in usum Hollandia 21. Februarii 1561. vol. 1. placitor. Holl. pag. 39. & 1599. repetitum vol. 3. pag. 587. Consuetud. Amstelod. part. 2. cap. 5. num. 2.* Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 3. num. 63. Neostadius Curia Holl. decis. 4. in fine. Groenewegen ad l. 47. ff. de jure fisci & ad l. 22. C. de pign. & hypoib. Abr. a Wesel ad novellas consti. Ultrajectin. art. 20. n. 37.* Quid, quod in Flandria & diocesi Ultrajectina invaluit, ne ipsum quidem debitorem principalem actione personali per creditorem conveniri posse, nisi postquam pignus, penes tertium existens possessorem, excussum est, nec inde solidum creditor est consecutus, ut testatur Burgundus *ad consuetud. Flandria tract. 1. num. 30.* & a curia Ultrajectina judicatum in causa Nicolai Ruysch contra Nicolaum de Meyer 26. Febr. 1649. Quod si mobilia pignori data possideantur a tertio, nulla pro eorum persecutione hypothecaria moribus competit; cum mobilia sequelam non habeant; Groenewegen *ad l. 1. C. de precario. Parens p. m. Paulus Voet ad §. ult. Instit. quib. mod. re contrab. obligatio num. 9. Adde tit. 1. n. 13.*

4. Ceterum, ut creditor hypothecariam actionem sibi competentem dividat, & plures pro parte conveniat, neque jure Romano neque nostris moribus invitus compelli potest, cum individua censeatur esse pignoris causa. Sive enim res una obligata sit, & cum plures ejusdem debitoris heredes essent, illa uni adjudicata, vel inter eos in partes divisa fuerit, vel pars pignoris per debitorem aut heredes ejus alienata concipiatur, liberum creditori est & rem totam uni adjudicatum, & partem illam, qua uni ex divisione vel alienatione obvenit, pro solido debito excutere, adeo ut possessor excussionem impedire nequeat sive solidi sive partis a se possesse, utcumque debiti partem pro rata solvere paratus sit, vel etiam re ipsa jam praestiterit, *l. 1. 2. & de lit. pignoris, l. pro hereditatis 2. C. de hereditat. action. l. unus 16. C. de distract. pignori. arg. l. si convenit 7. §. ult. ff. quib. mod. pign. vel hyp. solvitur, l. si quis putant 6. §. si fundus 8. ff. communi divid. l. rem hereditariam 65. ff. de eviction. l. ii, qui fundum 31. ff. de usu & usufr. legato.* Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib. 2. cap. 48. num. 53. Ant. Faber Cod. libr. 8. tit. 6. defin. 5. Negusantius de pignoribus membris primo octava partis num. 48. Responsa Jurisc. Holl. part. 2. consil. 11. & part. 5. vol. 2. consil. 114.* Sive ex adverso res plures simul pro uno eodemque debito specialiter devinctae sint, ac quaedam ex his ex lucrativo vel oneroso titulo ad tertios fuerint possessores translatae, singuli cujusque rei immobilis obligatae possessores non pro modo substantiae singularium rerum, sed in solidum conveniri possunt pro creditoris electione, ut vel totum debitum reddant, vel eo, quod detinent, cedant; *l. 2. C. si unus ex plurib. hered. creditoris et debitoris part. suam solo. vel. accep. l. Moschis 47. ff. de jure fisci in verbis possessorum omnium.* Neostadius *Curia Holl. decis. 4. in fine.* Sande *de cessione auction. cap. 6. num. 61. Fachineus contro. libr. 2. cap. 47. Christineus ad Leg. Mosch. tit. 15. art. 51. num. 3. in no. addit.* Ant. Faber *Cod. libr. 3. tit. 6. defin. 40. Responsa Jurisc. Holl. part. 4. consil. 240. num. 1.*

5. Quod si unus ex pluribus heredibus ob indivisum pignoris ab eo possessi causam solus in solidum creditori hypothecaria agenti satisfecerit, non dubium, quin ei adversus coheredes ceteros actio pro rata cedi debeat, ut ceditur fidejussori solidum solvere parato adversus reliquos ejusdem debiti fidejussores. Praeterquam quod & sine cessione per actionum negotiorum gestorum aut familiae eriscunda indemnitate a ceteris consequi posset, *l. si pro fratre 3. C. de negot. geris, de quo latius ad tit. fam. erisc. num. 41.* An autem & tertiis pignorum possessoribus, qui partem obligatae rei, aut unam ex pluribus rebus pro eodem debito obligatis tenentes ad solidi debiti solutionem compelluntur, actiones adversus reliquos partis alterius aut aliarum rerum simul obligatarum possessores pro rata cedenda sint, non aequè expeditum est. Sunt, qui justis quidem, at non injustis rerum obligatarum possessoribus, actionem a creditore debiti solidi solutionem obtinente cedi oportere contendunt, inter quos & Sandius *de cessione actionum cap. 6. n. 63. 64. idque arg. l. mulier 19. ff. b. r. in verbo, jurtus possessor.* Sed magis est, ut generaliter possessori ac detentori quali quali pignoris, si hypothecaria conventus solidum offerat debitum, adversus debitores principales & reliquorum pignorum aut partium possessores actiones pro rata cedi debeant, cum Paulus responderit, eos, qui jure pignoris rem persequuntur, a vindicatione rei removeri solere, si qualicumque possessor offerre velit; neque enim debere quæri de jure possessoris, cum jus petitionis removeatur, soluto pignore, *l. Paulus 12. §. 1. ff. quib. mod. pign. vel. hypoib. solvitur.* Et quamvis Sandius *d. loco post Cujacium libr. 11. observ. 35. in fine* excipiat, in *d. l. 12. §. 1.* per obligationem a possessore quocunque factam impediri quidem ipsam pignoris vindicationem, non tamen ibi creditori imponi necessitatem cedendarum actionum, vanum tamen illud effugium esse, vel inde patet, quod Papinianus generaliter scripsit, *cui possessor unus expediendi negotii causa tributorum jure* (pro quibus praedia ex lege obligata esse constat) *conveniretur, adversus ceteros, quorum aequè praedia tenentur, ei, qui conveniunt est, actiones a fisco praestari, l. cum possessor 5. ff. de censibus.* Et sane, si constitutibus pro alio, si fidejudentibus, solidum solvere paratis actiones ex certissimis juris principiis cedenda sint adversus reliquos simul constituentes aut fidejuentes, rationem non animadverto, cur non & possessori quali quali solidum solventi, & ita actionem ab eo, cui solvit ementi, actio illa cedenda foret; cum ineptum sit, de jure possessoris quæri, ubi reliquorum possidentium intuitu jus petitoris remotum est, secundum verba *d. legis 12. §. 1.* Illud quidem haud eundem inficias, extraneum, qui pro debitore sponte sua debitum alienum offert creditori, non jure desiderare, jus obligationis in se transferri, *l. nulla tibi 5. C. de solutionibus,* sed contra servatur; ubi quis vel ex contractu, ut in constituto & fidejussione, vel ex metu amittendae possessionis qualisqualis, maxime ubi jam a creditore tanquam pignoris detentor conveniri cepit, solutionem offert creditori, non invito neque reluctanti, sed omni modo solutionem sibi fieri postulanti; ac, ni illa sequatur, qualemcumque ablato possessionem. Si quæras, cum Sandio, qua fronte cessionis beneficium,

quod juris est, implorare audeat, qui contra jus possidet; respondeo, eo jure, quo & impensas necessarias in rem a se mala fide possessam factas mediante retentione a vero rei domino vindicantem recuperat. Stringeret scilicet ista interrogatio, si possessor injustus in leges incurreret per ipsam debiti totius solutionem, propter quam aunc sibi actiones cedi cupit, atque ita locum inveniret, quod est in *l. si plures* 38. §. ult. ff. de administr. & peric. tut. Sed non ita est: etsi enim turpiter faciat injustus possessor, quod possessionem apprehenderit nullo sufficiente titulo aut jure munitus, ac alienæ rei conscientiam habens; non tamen turpiter in eo facit, quod exsolvit hypothecario creditori æs illud alienum, pro quo res illa devincta fuit; uti non peccat, qui, dum sciens alienam rem tenet, necessarias in eam impensas facit, licet eam vero domino restituendo potuisset impensis illis se subduxisse, ut dixi *tit. de petit. heredit. n. 21*. Ac pro hac sententia stat post allegatos multos alios Negusantius de pignor. & hypoth. membro secundo (vel membro tertio) quinta partis n. 26. 27. Nec huic adversatur opinioni d. l. mulier 19. ff. b. t. quippe quæ non tam restrictionis, quam potius exempli causa, justî possessoris mentionem habet.

6. Illud minus ambiguum est, eum, qui solidum solvit, non solidum a ceteris aliorum pignorum possessoribus recuperaturum, sed tantum pro rata, ut ita paris sit conditionis cum aliis, qui itidem ex eo solo, quod pignorum possessores sunt, conveniri possunt, arg. l. cum possessor 5. de censibus, Joh. a Sando d. tract. de cessione action. cap. 6. numer. 65. Respons. Jurisc. Holl. par. 4. consil. 255. Cumque tit. 1. dictum fuerit, pretia pignorum regulariter haud esse pignori, nec succedere in locum pignorum, consequens est, ut secundum rigorem juris hypothecaria actio tantum adversus ultimum pignoris possessorem moveri possit, si forte multiplici alienatione per multas manus pignus ambulaverit. Quamvis ex aquo & bono ad evitandas lites superfluas & summum multiplicationem ab Hollandicæ curia judicatum fuerit, adversus primum pignoris venditorem de pretio ex venditione redactæ actionem creditori haud esse denegandam, si constiterit, quantum possessorem adversus tertium, & tertium rursus adversus secundum, ac denique hunc rursus contra primum evictionis nomine posse experiri, Neostadius Cur. Holl. decis. 16. quart. 2.

7. Licet autem & contra debitorem & contra tertios possessores hypothecaria actio detur, interest tamen, utrum creditor conveniat debitorem ipsum, an alios possidentes. Ut enim, si tertium conveniat, probare tenetur, rem tempore obligationis in hypotheca specialî, aut quocumque a tempore hypothecæ constitutæ in hypotheca generali in bonis debitoris fuisse, l. & quæ nondum 15. §. 1. ff. de pignor. & hypoth. cum tamen nihil horum probare necesse sit, si contra ipsum agatur debitorem, nec alius intercedat; cum utique suum debitor factum præstare tenetur. Sed & secundo, debitor hac conventus actione non tenetur ultra præstare, quam quatenus debet, licet ob contumaciam in plus damnatus esset. l. si fundus 16. §. si plures 6. l. si inter 21. §. ult. ff. de pign. & hypoth. Adde *tit. de condit. indeb. n. 18. in fine*. At tertius possessor ad integram rei obligatæ æstimationem tenetur ex contumacia, ex qua id, quod debi-

tum excedit, creditor debitori restituit, d. l. 21. §. ult. adeo ut & jurijurando in litem ob dolum aut contumaciam possidentis, ac creditori hypothecario debitum non solventis, locus esse possit, l. si fundus 16. §. in vindicatione 3. ff. de pign. & hypoth. arg. l. qui restituere 65. ff. de rei vind.

8. Quod si pluribus creditoribus simul res eadem eodem tempore sit obligata, si quidem pro partibus, aut etiam nulla partis vel solidi mentione facta, singuli pro parte tantum tam inter se, quam contra tertios possessores, experiri hac actione possunt: & quidem pro dimidia, si æquale utriusque debitum sit; pro rata vero debiti, si inæquale, l. si debitor 10. in fine l. si fundus 16. §. si duo 8. ff. de pign. & hypoth. b. sin singulis in solidum, contra tertium quidem possessorem in solidum agunt singuli, quippe ex jure sibi in solidum constituto; sed si ipsi inter se contendant, potiores esse possessoris conditionem Romanis visum est, d. l. 10. ff. de pign. & hypoth. l. 1. §. 1. ff. de Salviano interdicto, quod nostris moribus in re mobili, sequelam non habente, haud difficulter admiseris, Ant. Matthæus de auct. tit. 1. cap. 19. n. 100. sed in immobilibus magis est, ut non possidens æquale cum possidente jus habeat, saltem ad id, ut pro rata quisque in rei istius distractæ pretium veniat, quod & Groenewegio placet ad d. l. 10. nec ipso forte jure Romano alienum est, si consideremus, in d. l. 10. non tam de jure prælationis, quam potius de ipsa actione Serviana ad apprehendendam possessionem sermonem esse; circa quam possessionem utcumque melior possidenti conditio videri possit, non tamen ideo prælatio quoque in pretio pignoris possidenti asserenda est. Non enim ex possessione dependet hypothecæ aut prælationis jus; cum & amissa, imo ne acquisita quidem possessione, potior in pignore quis esse possit, l. creditor 12. §. ult. ff. b. t. Scilicet, ut apertius dicam, singulis in solidum res eadem obligata est, & si neutri creditori solum sit, ex necessitate per concursum partes faciunt, atque ita singulis ex pretio pignoris distracti faciendæ debiti solutio pro rata; eaque fiet ratione, ut, re pluribus simul obligata, æqualis omnium causa sit, ut Paulus voluit in l. aliena res 20. §. 1. ff. de pignor. act. Sed si alteruter eorum sine pignoris distractione per solutionem aut aliter dimissus sit, alteri adhuc tota res pro suo debito obligata manet: eo fere modo, quo id in re eadem duobus conjunctim legata contingit, juxta §. si eadem 8. Inst. de legatis.

9. Durationem hujus actionis quod attinet, olim quidem debitore aut herede ejus possidente, non videtur ullo temporis lapsu evanuisse, l. 1. a. C. si advers. creditorem præscript. oppon. multoque magis id obtinuit, ubi creditor ipse pignoris possessionem ex contractu nactus fuerat, & possessioni incumberebat. Quod si extraneus pignus tenuisset bona fide & justo titulo per tempus usucapionibus ex lege veteri ante Justinianum præfixitum, puta biennii in immobilibus, aut anni in mobilibus, distinctio videtur adhibita fuisse inter pignus in specie, cujus possessio in creditorem translata fuit, & hypothecam, quæ penes debitorem manet. Si enim pignus creditori traditum, deinde ab extraneo usucaptum fuerit, usucapionem illam etiam in creditoris præjudicium impletam fuisse, verius est: tum quia creditor ipse pignoris possidenti jus habens, illud ab iniquo possessore debuisset

avocare, ac id omittens, suæ debuit negligentia accipere ferre, quod usucapio pignoris impleta fuit, atque ita ipsi quoque perit pignoris jus, l. 1. C. si advers. credit. præscr. pign. oppon. tum etiam, quia in l. ult. ff. de usurpat. & usucap. scriptum est, si debitor id, quod creditori pignori dederat, surripuerit, eam quidem rem furtivam esse, sed simulatque in creditoris potestate venerit, usucapi posse; qualis usucapio ex eo tempore non poterat incipere locum habere ratione proprietatis, (nam non proprietatis, sed tantum possessionis apud creditorem constituitur, vel juris & securitatis creditori in re competentis intuitu, furtum factum erat, arg. l. certe si 6. §. ult. ff. de præcar. & §. 1. junct. §. aliquando 10. Inst. de oblig. qua ex delicto, ibique Vinnius & Paulus Voet; ut proinde nec quantum ad proprietatem videri potuerit vitium subesse, aut ob id usucapio impedita fuisse) sed tantum ratione possessionis & juris quod habebat creditor in re; quippe cuius solius intuitu cum furtum factum esset, purgabatur furti vitium, quum primum res venerat in creditoris potestatem, ac eo quoque ipso usucapio pignoris, iam nulla ex parte vitiosi, procedere potuit in creditoris præiudicium, ei is secundum artem rem deinceps ab alio per tempus lege definitum possideri passus esset. Quibus accedit, acquisitum esse, ut tanto temporis spatio jus pignoris ex negligentia creditoris, possessionem pignoris adepti, pereat creditori, quanto dominium domino perit ex domini negligentia: quomodo de usufructuario circa amissionem usufructus id constitutum invenitur, qualis fructuarius eo fere modo habet jus possidendi res fructuarias, quo creditor res sibi ex pignore traditas, l. pen. §. 1. in fine C. de usufructu. Diversa hypotheca ratio fuit, cuius possessio cum apud ipsum debuerit remanere debitorem ex natura hypothecæ, debitori magis quam creditori imputandum fuit, quod pignus, per negligentiam ejus a tertio possessore non mature advocatum, usucaptum fuit; imo perinde id habendum fuit, ac si debitor pignus vendidisset; eo quod vix est, ut alienare non intelligatur, qui patitur usu capi, l. alienationis 28. ff. de verb. sign. cui consequens erat, etiam post usucapionem impletam durare creditori (qui negligentia accusari non poterat, arg. l. sicut 8. §. non videtur 15. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solv.) pignoris jus & persecutionem, ac questionem & conventionem pignoris ab intentione domini separari, uti aliquoties responsum & rescriptum fuit, l. 1. §. 2. in fine ff. de pign. & hypoth. l. usucapio 7. Cod. eod. tit. l. iusto errore 44. §. non mutat 5. ff. de usurpat. & usucap. l. misso 12. ff. pro emptore, l. cum postularem 44. §. 1. ff. de damno infecto, quæ leges omnes commodissime de hypotheca accipi possunt: nam in l. 1. §. 2. ff. de pign. & hyp. & l. 44. §. 1. ff. de damno infecto, tractatur de prædii ac ædibus pignori obligatis, in quibus plerumque hypothecæ magis quam dignus est, §. item serviana 7. in fine Inst. de act. Porro in l. 7. C. de pign. & hyp. & l. 44. §. 5. ff. de usurp. & usucap. pignoris conventionem usucapione non extinguit, & sola conventio constituit pignoris persecutionem non perimi, legitur, quod proprie ad hypothecæ spectat, l. 1. pr. ff. de pignorat. act. denique in l. 12. ff. pro emptore de legatariis in possessionem missis agitur, qui ex missione non consequuntur possessionem rerum, sed tantum custodiam, nec expellendi

heredem jus habent, sed simul cum eo possident, ut saltem actio perpetua custodia extorqueant cautionem, l. in cui 5. pr. ff. ut in potest. legat. causa, sic ut & hæc pignoris prætorii species magis ad hypothecam in omnia bona defuncti constitutam, quam ad pignus in specie videatur pertinere: licet verum sit, ipsos missos debuisse admissos esse, ut pignoris prætorii jus nascatur, ac missi valeant custodire, l. non est mirum 26. §. 1. ff. de pignorat. act. Si tamen non usucapta tantum, sed & longo tempore possessa fuisset a tertio res oppignorata, præscriptio longi temporis excluderet creditorem; atque ita efficiebat id, quod anni aut biennii usucapio efficere non potuit; licet alioquin in aliis, ac præcipue in domini directi adjectione, major olim usucapionis vis fuerit, quam præscriptionis, d. l. 1. & 2. C. si adversus credit. præscript. oppon. Confer Ant. Fabrum in rational. ad d. l. 1. §. 2. ff. de pign. & hyp. Sed jure posteriori Romano duravit hæc actio hypothecaria creditori annis quadraginta tam adversus debitores & eorum heredes, quam contra tertios possessores & creditore posteriores rem possidentes vivo debitore: eo enim defuncto, posterior creditor potuit annis triginta a morte debitoris excludere priorem, l. cum notissimis 7. pr. & §. 1. 2. C. de præscript. 30. vel 40. annor. Quæ ita obtinebant, præsupposito, quod principalis obligatio annis quadraginta durat, dum forte in iudicium deducta est: nam cum tempore istius l. 7. actiones litis contestatione perpetua efficerentur, l. ult. ff. de fidejussor. & nominat. & hered. ius. donec per Justinianum constitutum fuit, eas in iudicium deductas annis quadraginta durare a novissimis actis, l. ult. C. de præscr. 30. vel 40. annor. non mirum fuit, ad annos quadraginta extendi potuisse actionis hypothecariæ durationem. Sed cum novissima Justiniani lege 13. C. de judic. dispositionem d. legis ult. Cod. de præscript. 30. vel 40. ann. mutatam esse plenius adstruxerim in. de judic. num. 55. dicendum videtur, regulariter actionem hypothecariam, tanquam accessoriam, non ultra vitam actionis principalis produci. Quin imo, ex moribus hodiernis non improbabile est, actionem hypothecariam ad instar alterius cujusvis actionis triente seculi excludi, Ant. Matthæus Farum. Belgar. Juris. g. n. 7. pag. 319. in med. Quo facit, quod ab Hugone Froto traditum lib. 3. manud. ad jurispr. Holl. cap. 46. num. 8. præscriptiones actionum apud nos fieri triente seculi, qui tamen lib. 2. cap. 43. n. 51. & seqq. plane probat in actione hypothecaria præscriptionem triginta aut quadraginta annorum, secundum distinctionem supra propositam ex d. l. 7. C. de præscript. 30. vel 40. annorum, in quam sententiam etiam ab Hollandia Curia judicatum refert Neostadius Curia Hall. doc. 8. & 15. in fine. Licet debitor usuras annuumve redditum suis solvisset temporibus, ac propterea deficientem mora, creditori occasio quoque defuerit interpellandi tertium pignoris possessorem, arg. l. Pomponius 29. ff. quib. mod. usufruct. amitt. Cujus tamen contrarium aliquando in Hollandia judicatum fuisse, sic ut ne quadraginta quidem annorum quæta possessio hypothecariam potuerit actionem elidere, exemplis adductis commemorat auctor consilii inter respons. Jurise. Holl. part. 1. consil. 264. Quam etiam sententiam tuetur Chassaneus ad consuetud. Burgund. rub. 22. §. 2. num. 40. 41. ac pro ea facit argumentum a



adjuvatore desumtum, quem obligatum manere, licet totis triginta annis interpellatus non fuerit, si modo debitor ipse præscriptione non sit liberatus, dicitur *eis. de fidejussorib. arg. l. ult. Cod. de duob. reis, l. i. servum 91. §. nunc 4. ff. de verbor. obi.* Sane si creditor postea intra tempora præscriptioni præfixa denunciaverit, rem ab eo possessam pro tali debito pignori jure devinctam esse, ne annorum quidem quadraginta præscriptionem metuiere debet, ut movet Neostadius *d. dec. 8. in fine.* Et nec, si possessor sit heres debitoris, utcumque tunc neque denunciatio ei facta fuerit, neque ulla in solvendis usuris annuis mora commissa, ut notat Groenewegen ad *d. l. 7. C. de præscrip. 30. vel 40. ann. num. 2.*

10. Præter hypothecariam hætenus tractatam, non inconsultum fuerit de ipso prælationis aut concursus iudicio, inter creditores agitando, pauca subnectere. Brevissima quidem & expeditissima hujus iudicii ad finem perducendi via est, si creditores verbis rem agant apud judicem isti iudicio delegatum, communicatis inter se documentis, quibus unusquisque suum asserere vult prælationis jus; sed si qui creditores morosiores sint, scriptis hoc iudicium agitandum est (*ersch van preferentie*) ut tamen liberum sit illis, qui se istaligandi ratione ac protelatione læsionem subituros arbitrantur, de sumptibus damnis eoque quod interest protestari, vide van Alphens Papenay *part. 1. cap. 30. pag. 431. 482.* Quod si jam inter quosdam creditores hoc iudicium inchoatum sit, alii recte petierint, se ad idem admitti iudicium; quin imo iudicio jam finito ac nummis ex venditione bonorum redactis jam secundum sententiam prælationis inter creditores distributis, creditoribus aliis iudicii prioris ignaris, aut tunc absentibus, aliave causa probabili impeditis (non promiscue omnibus), adhuc liberum est, saltem mediante in integrum restitutione, iteram desiderare de prælatione disceptationem; nisi id nominatim statutis inveniatur inhibuitum, aut non nisi usque ad certum tempus medicum ex statuto permissum, Ant. Matthæus *de auct. lib. 1. cap. 17. n. 13. 14.* Appendix decision. post responsa Jurisc. Holl. *part. 3. vol. 1. pag. 55. in med. van Alphens Papenay d. cap. 30. pag. 431. Wassenaar præf. judic. cap. 22. n. 51. 52.* Responsa Jurisc. Holl. *part. 2. consil. 209.* Quam etiam ob causam apud nos & vicinis multis in regionibus obtinuit, creditores post finitum prælationis iudicium non aliter adjudicatæ sibi quantæ tatis solutionem accipere, quam si de restituendo sufficientem præstiterint cautionem, si forte emergerent in posterum creditores alii potiora jura habentes, *arg. l. procuratoris 5. §. ult. ff. de tribus. act.* in dubio quidem sine usuris, si non usu regionis inductum appareat, nominatim etiam de usurarum restitutione oportere caveri, præsertim cum moribus non ita facile usurarum obligatio nasci soleat, neque in nostro casu ulla videri possit culpa aut mora creditoris suum ex sententia recipientis. Quæ prolixius tractata vide apud Ant. Mathæum *de auct. d. lib. 1. cap. 17. n. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10.*

11. Pendente autem iudicio prælationis, nummi ex bonorum distractione redacti per curatorem bonis datum aliosque similes, apud acta publica in usum jus habentium asservandi deponi debent; nisi ob litem prælationis diutius protelandam, communi creditorum consensu constitutur, nummos in-

Vort ad Pandect. Tom. III.

terit apud Rempubicam saniori collocandos esse, in creditorum utilitatem, Van Alphens Papenay *part. 1. cap. 30. pag. mibi 431. in fine & 432.* Quin & subinde nonnullis ante finitum prælationis iudicium solvi quod debetur, æquum est, veluti si creditoris unius jus plane sit liquidum, reliquorum debita illiquida, si modo caveatur de restituendo, ut ante dictum; maxime, si creditor talis sit, cui ob paupertatem aliunde non suppetit, quo se exhibeat ac alat, citatis tamen creditoribus reliquis, si forte justam putent subesse causam contradicendi, *arg. eorum quæ cauta editio Caroli V. 26. Maji 1544. ars. 40. vol. 1. placit. Holl. pag. 525. Neostadius Curia suprem. decr. 53. Ant. Taber Cod. lib. 7. tit. 32. defin. 18. Ant. Matthæus de auct. lib. 1. cap. 25. num. 5. & cap. 17. n. 3.* Quibus vero modis compelli possit sive curator sive grapharius ad id, ut nummos secundum sententiam prælationis distribuat, puta civili custodia, comminatione iudicis, vide dictum Alpheni formulatium *d. par. 1. cap. 30. pag. mibi 479. & seqq.*

12. Quo in loco concursus aut prælationis iudicium ventilandum sit, ambiguum satis est. Rigorem juris si spectemus, in loco quidem domicilii debitoris obzati non nisi de pretio redacto ex rebus mobilibus omnibus ubicunque constitutis, nec non immobilibus in ipso domicilii loco sitis, iudicium inter creditores agitandum fuerit; de immobilium vero reliquarum pretio in locis singulis, in quibus immobilia quæque obzati sita sunt; sic ut tot sint futura de prælatione iudicia, quot locis diversis alii atque alii iudicii subiectis immobilia reperta fuerint, cum extra territorium jus dicenti impune non pareatur, *l. ult. ff. de Jurisd. & ia, qui possidere jubetur, eo loci jussus videatur, cujus cura ad jubentem pertinet, l. cum unus 12. §. is qui 1. ff. de rebus auctoris. jud. possid. Confer quæ scripsi *tit. de constit. Princip. parte altera, de statutis num. 5. & seqq.* Plane, ut apud eundem supremum unius territorii iudicem, vel etiam apud ordinarium iudicem domicilii debitoris obzati, de prælatione inter creditores disputetur ratione pretii, quod ex immobilium sub diversis inferioribus iudicibus eidem Principi supremo parentibus aitorum venditione redactum est, non modo constitui summo jure potest, sed & ita constitui suadet æquitas, ne contentia causa dividatur; prout etiam ab Hollandiæ Ordinibus constitutum est, non apud Curiam provincialem, sed apud iudicem ordinarium loci, in quo curator bonis obzati, aut hereditati cum beneficio inventarii adita, datus fuit, iudicium prælationis ad finem perducendum esse, *Placit. Ordin. Holl. 10. Julii 1677. vol. 3. Flacitor. pag. 672-673.* Rerum vero cætarum alio sub Principe sitarum intuitu quo minus id fiat, non modo rationes superius adductæ evincunt satis, sed & firmat manifesto, quod id, post varia discussa, tandem speciali conventionie inter Hollandiæ ac Ultrajectinæ Dioceses Ordines definitum ac circumscriptum fuit, secundum placitum Ultrajecti promulgatum 18. Aprilis anni 1619. cujus hæc sententia est, potestatem curatoris bonorum in alterutra Provincia constituti sese extendere ad omnia bona in utraque ditione sita; curatorem constituendum esse in loco domus mortuaria, vel domicilii postremi ejus qui solvendo non est, licet major creditorum pars alio in loco domicilium foveret, vel alibi sita esset major bonorum pars; in eodem in-*

super loco, in quo curator creatus est, etiam universale concursus iudicium inter creditores agendum esse; orta questione de domicilio, iudicem istius controversiæ competentem fore eum, in cuius territorio is, qui defunctus est aut non solvendo existit, ultimo commoratus fuit; denique bona in alia provincia sita vendi oportere auctoritate iudicis, qui curatorem dedit, sed more loci, in quo venditio fit. Confer Rodenburch *de iure conjugum tract. preliminar. de statutorum diversitat. tit. 2. cap. 5. n. 16. fere in pr. pag. mihi 92.* Parent. p. m. Paulum Voet *de statutis sect. 10. num. 4. 5. & quæ scripsi ad tit. de constit. Principum*, parte altera, *de statutis n. 17.*

15. Ut autem distinctius tractetur materia prælationis, sciendum est, creditoribus aliis, utcumque maxime privilegiatis, potiores illos esse, qui dominium rei inter bona debitoris reperta a se pertinere docent. Quia ratione is, qui rem suam vendidit & tradidit, non habita fide de pretio, quandoque etiam fido habita, & dominus rerum furto sibi ablatum, & proprietarius nudus, fideicommissarius, deponens qui deponendo in creditum non abiit, commodans, precario concedens, pignori dans, aliique his similes, pro rebus venditis atque ita traditis, aut fructuaris, aut fideicommissariis, aut depositis, aut pignori vel precario vel commodato concessis, in tributum cum ceteris creditoribus ejus, qui res tales possidet, vocandi non sunt; non utique illis in casibus, quibus secundum leges aut mores talium rerum vindicandarum potestas ipsis denegata non est, quod latius tractatum tit. de rei vindicta. num. 5. et seqq. usque ad num. 22. Idemque est, si institor ex mandato alterius ex mandantis nummis rem emerit pro mandante, & cum foro cederet, res adhuc inter ejus bona existat; ut dictum tit. de institoris actione n. 7. vel si quibus aurifabro, sartori, tinctori, fulloni, aurum dederit ut inde vas fieret; vel vas argenteum reficiendum, vel lanam tingendam, pannumve polendum, aut vestem sarcindam, ac ipsa corpora, artificii sic tradita, appareant in bonis ejus. Confer d. tit. de rei vindicta. num. 12. in fine. Plane, si argentum pusillatum fabro datum fuerit, ut vasa fierent, vel aurum ut annuli, magis est, ut auri talis aut argenti dominium in fabrum translaturum, adeoque istius auri intuitu in creditum itum sit, l. in navem 31. ff. locati, cui consequens est, ut is, qui aurum dedit, cum chirographariis tantum creditoribus in fabri bona concurrere debeat. Quemadmodum & is, qui pecuniam apud aliquem deposuit, si eam neque clausam neque obsignatam tradiderit, sed simpliciter adnumeravit, arg. d. l. 31. ff. locati, & l. Lucius Titius 24. l. 25. §. 1. ff. de positi, junct. l. procuratoris 5. §. sed si dedi 18. ff. de tribus. act. Sed & si corpora ipsa commodata, deposita, pignori data operato, non amplius reperiantur in bonis ejus, vel inveniantur quidem, sed deteriora per talem obzati culpam, quam is ex natura contractus, ex quo res penes eum constituta fuerat, præstare debet; pro rerum istarum pretio aut æstimatione deteriorationis uti non nisi personalem ex contractu actionem intentare potest, ita cum aliis simplicibus chirographariis pro rata tantum concursurus est; cum nupiam leges ullam eo causa tribuant prælationem. Quin imo, si furto subduæ res in bonis furis non ultra existant, ne in pretio quidem, quod ex aliis furis bonis redactum est,

ullam prælationem ante alios furis creditores sibi vindicare potest qui furtum passus fuit, sed magis illud inter rerum furto subductarum dominum & reliquos chirographarios furis creditores pro rata dividendi oportere, a suprema Hollandiæ curia iudicatum memorat Neostadius *Curia supr. decis. 36. fere in pr.* Quod enim a Negusantio de pignoribus quarto membro secunda partis princip. num. 124. Carpovio *defin. for. pars. 4. constit. 59. definit. 10.* aliisque traditum est, bona delinquentis esse tacite obligata pro male ablati, id neque jure civili convenit, ut ipse Negusantius agnoscit, neque textu ullo juris canonici aut aequitate canonica firmatur. Et quatenus aliquando in Hollandia iudicatum fuerit, in pretiis rei furtivæ per furem distractæ adhuc furi debitis, præferendos aliis esse ipsos rerum furtivarum dominos; uti & in rebus, quas per furem ex pecunia furtiva comparatas constat; teste Neostadio *Curia Holl. decis. 19. vers. domini singulis, & Curia suprema decis. 36.* tamen vix est, ut illa sententia generalibus juris definitionibus satis respondeat, utcumque ab æquitate videri posset commendanda, uti id ex illis colligi potest, quæ scripsi ad tit. de rei vindicatione num. 10. et 11.

14. Illud jure singulari placuit, quoties foro cedunt nummularii, in omnibus nummulariorum fraudantium facultatibus primo loco rationem haberi eorum, qui depositas pecunias habuerunt, non quas scœnore apud nummularios, vel per ipsos exercuerunt, vel ab initio vel postea, sed quas apud mensam, fidem publicam secuti, deposuerunt, eosque ante privilegia venturos, Ulpianus docet l. si hominem 7. §. quotiens 2. ff. de positi. Quod ita propter necessarium usum argentinorum ex utilitate publica receptum esse, Papinianus auctor est, l. quod privilegium 8. ff. de positi. Ut tamen nullus spectandus sit ordo temporis depositionis in illis, qui ita deposuerunt, sed simul omnes deponentes admittendi sint, d. l. 7. §. ult. ff. de positi, arg. l. privilegia 32. ff. de reb. auctor. jud. possid. Quibus non adversatur ejusdem Ulpiani responsum in l. si ventri 24. §. in bonis 2. ff. de reb. auctor. jud. possid., cum ait, in bonis mensularii vendendis post privilegia potiorum eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam, fidem publicam secuti, deposuerunt. Sed enim, qui depositis nummis usuram a mensulariis acceperunt, a ceteris creditoribus non separantur, et merito: aliud est enim credere, aliud deponere. Si tamen nummi extent, vindicari eos posse puto a depositariis, et futurum eum, qui vindicet, ante privilegia. Etenim dum ibi Ulpianus dicit, post privilegia potiorum eorum causam esse, qui pecunias deposuerunt etc. deponentes non refert in ordinem simplicium chirographariorum, sed ipsis adhuc prælationem tribuit, asserens potiorum eorum causam esse, quod de chirographariis simplicibus dici nequit, & ideo hos deponentes, quorum post privilegia venientium potiorum dixit causam esse, separat ab illis, qui depositis nummis usuram a mensulariis acceperunt, quos ob usuram acceptas in creditum abisse, & ideo a ceteris creditoribus separandos haud esse monet. Sed ut facilius Ulpianus cum Ulpiano concilietur, sciendum est, præter creditores vulgo dictos privilegiatos, adhuc esse quosdam maxime privilegiatos, puta, qui necessarios fecerunt sumtus, veluti explicandarum venditionum gratia erogatos, l.

quod privilegium 8. in fine ff. de pign. i. junct. l. quantitas patrimonii 72. ff. ad leg. Falcidiam, aut in finis, l. pen. ff. de religiosis. et sum. fun. ac jure novo in inventarii confectionem & similia, l. ult. §. in computatione 9. C. de jure delib. Quo posito, si deponens usuras acceperit a mensularii nomine pecunie apud mensam publicam deposita, omnibus creditoribus tum maxime privilegiatis tum minus privilegiatis postponendus est, & ab aliis simplicibus creditoribus nummularii chirographariis haud separandus, quia non tam deposuisse, quam potius mutuum dedisse, ac in creditum abuisse intelligitur, uti id ab Ulpiano tum in d. l. 7. §. 2. ff. de pign. tum in d. l. 24. §. 2. ff. de reb. auctor. jud. possid. traditum est. Si vero usuras deponens non acceperit, si quidem nummi depositi adhuc extent in bonis mensularii (obsignati forte traditi, sic ut reliqua nummularii pecunie mixti non fuerint) Ulpianus in d. l. 24. §. 2. in fine ait, deponentem nummos istos vindicare posse, et futurum eum, qui vindicat, an e privilegia, id est, ante creditores maxime privilegiatos; adeo ut nummi illi depositi nec propter impensas, explicandarum venditionum aut funeris aut inventarii conficiendi gratia factas, ullam patiantur diminutionem. Sed si nummi ipsi depositi non amplius extent in bonis mensularii, ab Ulpiano in d. l. 7. §. 2. scriptum est, et ante privilegia habendam esse rationem depositariorum seu deponentium; quibus verbis significatur, ante vulgatos creditores privilegiatos satisfieri debere his, qui mensa publicam secuti fidem nummos suos apud mensam publicam sine usurarum conventionione deposuerant. Et his convenienter rursus idem Ulpianus in d. l. 24. §. 2. asserit, potiores eorum causam esse, qui pecunias apud mensam, fidem publicam secuti, deposuerunt. Sed quia bona cujusque foro cedentis non intelligantur, nisi deductis impensis necessariis superius enumeratis, puta in venditionem rerum nummularii, in repertorium bonorum, in funus, sic ut demum his deductis quantitas patrimonii aestimetur, & bonorum calculus subduci soleat d. l. 72. ff. ad leg. Falcid. d. l. 8. in fine ff. de pign. i. d. l. pen. ff. de religiosis, d. l. ult. §. 9. C. de jure delib. hinc a Papiniano observatum fuit, eos, qui nummos deposuissent apud mensarios, hoc quidem privilegium praelationis exercere in omnibus mensularii fraudatoris bonis, sed tamen causam sumis, qui necessaria factus est, semper precedere, quia subducto eo bonorum calculus subduci solet, l. quod privilegium 8. ff. de pign. i. Ad hujusmodi autem credita maxime privilegiata, seu sumtum necessarium, respicit Ulpianus in d. l. 24. §. 2. cum ait, in bonis mensularii vendendis post privilegia potiores esse causam eorum, qui pecunias apud mensam, fidem publicam secuti, deposuerunt. Atque ita superatas puto difficultates illas, quae Antonio Fabro in rational. ad d. l. 7. §. 2. prope inexplicabiles visae sunt, & ad quas tollendas conjectura inani, cui ipse minus fidei, usus est. Possuntque haec ipsa de privilegio deponentium apud mensam moribus hodiernis extendi ad eos, qui pecunias publice deposuerunt in graphajo seu apud acta, si grapharius, actarius, alique similes his asserendis publice propositi, eas in suos usus converterint, ac postea desiderint solvendo esse; cum certum sit, necessarium ac publice utilem esse usum depositionis in gra-

phajo, & ita deponentes publicam fidem sequi, atque adeo eandem plane inveniri praelationis rationem.

15. An autem & domini, qui res suas tanquam ad alium debitorem obaratum pertinentes solemniter sub hasta vendi & emtoribus ex decreto tradi sine oppositione passi sunt, in pretio inde redacto creditoribus ceteris potiores esse debeant, quasi pretium successerit in locum rei, dubium est. Sane, quoties rerum suarum venditioni ac traditioni sollemniter ex decreto faciendae non intercesserunt, quia vel minores erant, vel absentes & subhastationis ignari, vel ob aliam quandam causam justam, ex qua majoribus adversus talem rerum suarum venditiones per in integrum restitutionem succurri jura moreque ferunt, praelatione in pretio eos gaudere aequum est. Cum enim vi restitutionis potuissent res ipsas emtoribus avocare, longe magis, si pretio contenti esse velint, nec hactenus fidei fidem convelle-re, potiores esse debent in pretio, quod utique creditoribus ceteris deberet decedere, si, re ipsa evicta, emtor numeratum a se pretium repeteret, ut latius a me traditum sit. de minor. 25. annis n. 16. & tit. ex quib. caus. majores n. 10. Adde Resp. Jurisc. Holl. par. 2. consil. 324. Sed si nullam neglectae intercessionis seu oppositionis causam in promptu habeant, ob quam ipsis restitutio indulgenda foret, non nisi cum aliis chirographariis simplicibus ad pretia rerum debitoris obarati reique propriae distractae concurrere possunt; si modo ante praelationis sententiam inter creditores latam expegerint, sibi vigilaverint, ac de suo docuerint jure. Nam si sententia praelationis semel transierit in rem judicatam, non modo rei suae dominio, sed & omni actione, qua de rei suae distractae pretio contendere poterant tanquam chirographari, eos excidisse verius est, juxta formulam sententiae inter creditores late inseri solitam, & statutis pluribus ea de retractantibus comprehensam; quorum quidam recenset Ant. Matthaeus, quem vide de auction. lib. 1. cap. 11. n. 31. & cap. 18. num. 4. 5.

16. Porro circa veros creditores illud in genere constat, hypothecarios praeferrī chirographariis in rebus sibi pignoris jure devinctis, l. eos qui 9. C. b. s. eo excepto, quod quidam chirographarii hypothecariis, maximo licet privilegio munitis, anteposendi sunt, veluti si quis in rei distrahendae proscriptionem, venditionem, traditionemque crediderit; quo & reducendi sumtus a curatore bonis dato vel executore necessario facti in conservationem rei; ut & impensae bona fide factae per unum ex creditoribus pro imperatione decreti, etiam ob id quod forte ejus interpositioni sese alius opposuit, arg. l. quod privilegium 8. in fine ff. de pign. i. l. quantitas patrimonii 72. ff. ad legem Falcid. Vide Van Alphen Papegay par. 1. cap. 30. pag. mibi 478. n. 5. Christin. ad Leg. Mosbl. tit. 15. art. 15. Ant. Matthaeus de auction. lib. 1. cap. 19. n. 1. 2. §. 4. 5. His proximae sunt impensae in inventarii confectionem, testamenti insinuationem, aliaque necessaria, erogatae per eum, qui adhibito inventarii beneficio adivit, l. ult. §. in computatione 9. C. de jure deliberandi. Similemque fere praerogativam ei competere, qui in funus credidit, etsi nupiam hypotheca ei data appareat, plenius a me traditum, tit. de relig. & sum. fun. n. 9. & seqq. Inter hypothecarios privilegiati non privilegiatis, & magis privi-

legiati minus privilegiatis potiores sunt, habita non temporis sed causa ratione. Si plures eodem gaudeant privilegio, privilegiatus contra æque privilegiatum suo non utitur privilegio, sed prior tempore potior iure est, *l. ult. §. 1. in fine C. b. 1. nov. 97. c. 3.* Cum enim æque privilegiati inter se non utantur isto privilegio, non alio inter se possunt loco haberi, quam quo simplices hypothecarii privilegio destituti; cui consequens ut qui prior est tempore, etiam iure potior in hypotheca sit, arg. *l. si decreto 2. C. b. 1. l. si & iure 10. l. 11. ff. b. 1. cum oportet 6. §. ult. C. de bonis qua liberis.* Nec huic contrarius est Paulus in *l. privilegia 32. ff. de reb. auctor. jud. possid. & vend.* Cum lex illa intelligenda sit de chirographariis ejusdem tituli, seu pari privilegio munitis, in quibus non temporis ratio habenda fuit, quia & chirographarii plures privilegiati eju dem tituli suo inter se privilegio non utuntur; quo fit, ut privilegio inter ipsos cessante, considerari debeant tanquam simplices chirographarii, inter quos simplices chirographarios concursus est, licet diversitates temporis intercedant, *l. si hominem 7. §. ult. ff. de pignor.*

17. Ordinem privilegiatorum creditorum hypothecariorum quod attinet, cunctis plenius examinatis, considerandum puto, alios esse, quibus in re tantum certa ius hypothecæ cum privilegio quasitum est: esse ex adverso & tales, qui generalem in omnia debitoris bona hypothecam & privilegium habent, & si non semper, at saltem plerumque illos, quibus in re singulari hypotheca cum privilegio competit, in pretio ex illa re redacto præferri aliis generalem in omnia debitoris bona habentibus hypothecam privilegio prælationis munitam. Qua de causa etiam ex hoc creditorum labyrintho & tortuosis ac salebrosis Jurisconsultorum in hac materia anfractibus, non aliter felicius me evasurum credidi, quam si primo loco illos recensuerim, quibus in singulari hypotheca cum privilegio nata est, simulque, quoad ejus fieri potest, definiverim, quid juris sit, si forte plures concurrant, qui in eadem re ex causis diversis hypothecam specialem habent ac prælationem.

18. Maxime privilegiatus inter hypothecarios in re singulari hypothecam habentes, ex Jure Romano est, qui in militia emendam credidit, addito pacto in scripturam redacto, ut in militia omnibus potior sit, adeo ut etiam ipsi mulieri de dotis restitutione condescendit præferatur, *novell. 97. cap. quia vero 4. cum militia decus & commodum etiam ad uxorem redundet, quippe quæ mariti dignitatem sequitur, l. femina 8. l. ult. ff. de senatoribus, adeo ut ob id etiam uxor marito recte donec adipiscenda dignitatis gratia, licet alioquin inter maritum & uxorem donationes reprobatae sint, l. quod adipiscenda 40. & seqq. ff. de donat. inter vir. & uxor.* Quæ an ad munera nonnulla quibusdam in locis hodie venalia produci debeant, si quis in eorum emtionem nummos cum expresso pignoris pacto in scripturam redacto, (ac forte nostris moribus coram lege loci soluta quadragesima inito) crediderit, incertum est. Negantem sententiam amplectitur Ant. Matthæus, tum quia munera ista veneribus Romanorum militibus dissimilia sunt; tum quia illa munerum publicorum nundinatio odiosa ac contra bonos mores est; tum denique, quia novæ constitutiones, qualis est & illa de militibus pignori obligatis, non admittunt extensionem de *auction. lib. 1.*

*cap. 19. num. 22. 23. 24. 25. 26.* Si tamen non con-niventia quadam, sed aperta lege vel statuto, munerum quorundam nundinationes receptæ sint, atque ita quodammodo hereditariæ factæ, ratio non est, cur non eo saltem prælationis jure gaudeat, qui in munus tale emendum credidit cum pacto sollemniter interposito, ut munus illud pignori sit, quo gaudent ex jure aut more illi, qui in emtionem rerum aliarum cum expresse, & quantum ad immobilia attinet, coram lege loci sollemniter celebrato pignoris pacto, ipsi instrumento traditionis immobilium inserto, crediderunt. Hos enim jure Romano ante alios emtoris creditores hypothecarios anteriorem hypothecam generalem expressam aut tacitam habentes, prælationem, & æquales cum muliere de dote contentente jus habuisse, patet ex *nov. 97. cap. 3. l. licet 7. C. b. 1. Carpovius defin. forens. par. 1. const. 2. defin. 107.* Aliter quam obtineret, si denum post sollemnem rei traditionem ei, qui venditori pro emtore pretium numeravit, jus pignoris in re emta constitutum esset: cum enim eo casu dominium emtori sine onere imposito obveniret, & ita creditoribus aliis, anteriorem generalem hypothecam ex conventionem vel lege habentibus, primo acquisiti domini momento datum fuerit pignoris jus, nec dici possit, dominium emtori aut jus hypothecæ creditoribus ex eo, quod alius simpliciter pretium emtori mutuum dedit, sed magis ex sollemni venditoris traditione, quesitum esse; consequens est, illos tanquam tempore priores etiam jure potiores esse eo, cui in pretii crediti securitatem res emta post traditionem pignori specialiter obligata est; illis saltem in locis, in quibus hypotheca generalis anterior adhuc secundum præcepta juris civilis speciali posteriore potentior est, arg. *l. quamvis 17. C. de pign. & hypoth. l. licet 7. Cod. b. 1. in verbo statim, Sænde decr. Frisic. lib. 3. tit. 12. defin. 6. Carpovius defin. for. par. 1. constit. 28. defin. 108.* Nam & si ipse venditor rem immobilem vendiderit, ac, fide de pretio habita, sollemniter emtori coram lege loci tradiderit; non aliter emtoris creditoribus legalem aut conventionalem hypothecam generalem emtione vetustiore habentibus anteposendus est, quam si in ipso sollemni traditionis actu res illa emta ei pro pretio residuo sollemniter devincta fuerit, quasi tunc non alia lege voluerit dominium in emtorem transferre, quam ut in re emta (quam pignoris jure pro pretio retinere potuerat, *l. Julianus 13. ff. §. offerri de adf. emt.*) omnibus aliis, quibus ex acquisito per emtorem dominio jus pignoris nasci posset, potior esset, arg. *l. sed hic 2. ff. de reb. eor. qui sub sat. vel cura, l. ult. in fine Cod. de pactis inter emt. & vend. l. legem 10. C. de pactis.* Alioquin, hypotheca post traditionem demum constituta, venditor pretii residui intuitu tantum ex hypotheca constituta tempore prærogativam sibi arrogare potest, solisque posterioribus, non item anterioribus specialem, aut generalem pari cum speciali passu ambulantem, hypothecam habentibus præferri, arg. *l. l. licet 7. C. b. 1. Sænde decr. Frisic. lib. 3. tit. 22. defin. 16. in med. Negusantius de pignorib. par. 4. princ. num. 33. & seqq. Andr. Gayl. lib. 2. observ. 12. n. 4. Hugo Grotius manud. ad jurispr. Holl. lib. 2. cap. 48. n. 49. Ant. Matthæus de auct. lib. 1. c. 19. n. 69. & 70.*

19. Præterea hypothecam cum privilegio habent, qui crediderunt in refectionem ædium; uti & sequen-

dum mores nostros, in navis refectionem; idque in ipsis illis ædibus navigiisque refectionis, non item in ceteris domini bonis; vide latius *tit. 2. in quib. caus. pign. vel hypoth.* n. 28. 29. Adhæc domini prædiorum locatorum in investitis & illatis, quoties ea præcludi curaverint, *d. 1. 2. n. 3.* & ut brevis sim, generaliter omnes illi, quos vel legibus vel moribus hypothecam in rebus singularibus aut retentionis jus habere, in *d. 1. 2. n. 28. 30. 31.* adnotatum est. Qui proinde singuli in rebus singularibus sibi lege vel more devinctis, vel iure retentionis ante reddita impendia facta non restituendis, potiores erunt aliis tum chirographariis tum hypothecariis, utcumque hypotheca conventionali expressa vel legali sive generali sive speciali anteriore munitis (si paucos casus excipias de quibus in *repp. b. 1.*) veluti dominus directus in fundo emphyteuticario pro canone aut solario, dominus antiquus in fundo censuali pro censu; venditor in prædio vendito ac tradito solemniter ea lege, ut pro pretio residuo obligatum sit; universitas agrorum aggeribus munitorum in singulis prædiis pro rata pro impensis in aggerum, molendinorum aquaticorum, aquæductuum, similiumque reparationem factis. Idemque de ceteris *tit. 2.* enumeratis iudicium esto.

20. Quod si cum iis, qui crediderunt in emtionem navis aut ædificii cum expresso pacto solemniter interposito, ut domus aut navis emptæ pignori sit, aut fidem habuerunt de pretio domus a se venditæ cum simili solemnī pignoris pacto tempore traditionis apposito, contendat illi, qui deinceps in emptæ domus aut navis crediderunt refectionem, potiores in illa navi aut domo erunt, qui in re refectionem ac conservationem ejus crediderunt, licet tempore posteriores; quia horum pecunia creditoribus anterioribus salvam fecit totius pignoris causam; *l. interdum 5. l. 6. ff. b. 1.* Immo, si alii prius, alii postea crediderint in refectionem, non sine ratione contendī posset, potius refectionis creditum potius atque potentius esse oportere, quam prius, quia & hic verum est, ex posteriore credito salvam esse causam totius pignoris, quod pro anteriore refectione jam ex lege devinctum erat, arg. *d. 1. 5. & 6. ff. b. 1.* Ita saltem inter eos, qui magistro navis crediderunt *op Bodemeriye*, posterius creditum priori præferri ex inveterata Hollandiæ consuetudine, tradit auctor Respons. Jurisc. Holl. par. 3. vol. 2. cons. 56. Roseboom *costuymen van Amsterdam c. 52. art. 9.* Nisi eodem in loco plures ita magistro credidissent intra continuos octo aut decem dies, quo casu eos ex consuetudine simul concurrere pro rata ad navis pretium, testatur Roseboom *d. c. 52. art. 10.* Quemadmodum etiam inter eos, qui diversis temporibus in ejusdem domus crediderunt refectionem, concursum esse oportere, quasi omnes in eandem crediderint causam, rei nempe conservationem, iudicatum refert Neostadius *Curia Holl. decis. 35.* Sed &, si cum eo, qui in aggeris & molendinorum ac aquæductuum similiumque refectionem credidit, disceptent domini directi pro canone vel salario, magis est, ut præferatur domino directo is qui credidit in refectionem, secundum mores nostros hypothecam legalem habens; eo quod & hic salvam credito suo fecit ipsam domini directi causam, ex quo dependet canonis aut salarii petendi jus; arg. *d. 1. 5. & 6. ff. b. 1.*

21. Vidimus de privilegiatis rerum singularium pignoribus. Sunt & qui generalem hypothecam cum

privilegio in omnibus debitoris bonis habent. Ita namque jure Romano mulieri pro recuperanda dote & dotis augmento a die augmenti hypotheca cum privilegio ante alios exigendi fuit, sic ut ei soli cedere debuerit qui in militiam emendam credidisset cum expresso pacto in scripturam redacto, ut militiæ pignori sit, ac parisi fuerit juris cum eo, qui in rem emendam cum expressa pignoris conventionē nummos subministravit, *novel. 97. c. hic consequens 3. 4.* quod & ad sponsam ac uxorem putativam porrigendum fuit arg. *l. quædam 17. §. si sponsa 1. ff. de reb. aud. jud. possid. l. si sponsa 74. ff. de jure dot. l. si cum dote 22. §. ult. ff. soluto matrimo.* Hæc quamvis extraneis hereditibus hypotheca sola, non item privilegium prælationis inter hypothecarios, competat, §. fuerat 29. *Inst. de auction.* liberi tamen ex eo matrimonio progeniti perinde prælationem habent, ac si mater eorum adhuc vivens ipsa egisset, adeo ut etiam ex temporis prærogativa novercæ suæ præferendi sint, nisi res ipsæ, per novercam in dotem datæ, adhuc exstant in patrimonio mariti, *l. ult. §. 1. in fine C. b. 1. junct. l. in rebus 30. C. de jure dot. nov. 91. cap. 1. Negusantius de pign. & hypoth. membro quarto parit. secunda num. 85. Gudelius de jure novis. lib. 4. cap. 18. vers. præter jur. in fine, seu n. 11. D. Someren de jure novercarum cap. 8. n. 6. in fin.* Quod autem dictum de hypotheca pro dotis augmento a die augmenti, id primo quidem eo pertinet, ut, si mulier anno ab hinc octavo dotem dederit, augmentum ante quatuor annos, sed si tertius ante sex annos marito crediderit in emtionem fundi Corneliani cum pacto, ut fundus ille pignori sit; mulier pro dote recuperanda primum in fundo Corneliano locum obtentura sit, dein is, qui ante sex annos in fundi illius emtionem cum expresso pignoris pacto credidit, ac tandem ex eo, quod superest ex illius fundi pretio, dotis augmentum mulieri reddatur. Sed & secundo id efficit, ut, si extraneus heres mulieris, ad quem hypothecæ quidem jus, at non privilegium ante alios hypothecarios tempore priores exigendi transit, pro dotis augmento postponi debeat omnibus illis mariti creditoribus, quibus inter primam dotem datam & dotis augmentum jus pignoris conventionalis vel legalis in bonis mariti quæsitum fuit. Pro bonis paraphernis mulieri quidem datam fuisse hypothecam a lege, ut & marito pro dote promissa exigenda, ac pro recuperanda propter nuptias donatione, *tit. 2. num. 20.* probatum fuit: sed privilegium ante alios exigendi nusquam apparet in hisce concessum, ut post multos alios Sander *decis. Frisic. lib. 3. tit. 12. def. 3.* Quæ usque vero nostris moribus prælatio ratione dotis mulieribus superest, jam ante *d. tit. 2. n. 20.* adnotatum est. Porro quibus in casibus mulier ratione dotis prælationem habet, iis & arrham sponsalitiæ (*den Trouw Penning*) ei jure præcipui cessuram, in Frisia iudicatum est, Sander *dec. Frisic. lib. 2. tit. 2. def. 8.*

22. Fisco quoque agenti ex causa primipilari hypotheca cum privilegio data fuit in omnia bona ejus, qui ex causa primipilari devinctus erat, *l. 1. C. de condit. ex lege, l. utilitas 3. de primipilo*, nec non in bonis civium pro tributis, (in quibus nervos reipublicæ esse Ulpianus dixit *l. 1. §. in causa 20. ff. de question.*) præcipue quidem in ipsis prædiis tributo obnoxiiis, sed tamen etiam ex jure Romano in omnibus bonis eorum, qui in tributum tum rebus tum per-

sonis impositi solutione cessarunt, l. 1. C. si proprii public. penit. vend. celebrata sit, l. 1. C. in quib. caus. pign. vel hypotheca sac. contrab. Quod enim olim fiscus ex hisce causis potior fuit mulieribus de dote repetenda agentibus, adeo ut & ipsæ mulierum dotes non item parapherna, de quibus accipienda l. 1. C. de priuileg. fisci, in subsidium fisco tenerentur, excussis omnibus mariti & nominatorum bonis, l. satis & C. in quib. caus. pignus sac. contrab. d. l. 3. C. de primipilo, ejus illa ratio est, quod ante Justiniani tempora uxores nullam ex lege hypothecam pro dote habuerunt, sed tantum inter chirographarios prælationem. Sed ex quo per Justinianum sic aucta fuerunt jura dotium, ut & hypotheca & prælatio inter hypothecarios tributa fuerit, & uno solo in casu mulier cedere jussa fuerit, ei scilicet, qui in militiam emendam cum solemnī pacto pignoris credidisset, nov. 97. cap. quia vero 4. §. fuerat 29. Instit. de auct. ac denique in vindicandis ipsis rebus dotali- bus existentibus creditores omnes cedere mulieri debuerint, l. in rebus 30. C. de jure dot. consequens fuit, fisco quoque postponi mulieri de dote contendenti. Hæc autem causa primi pilaris causa annonæ militaris, qua olim centurioni primipili committebatur inter milites distribuenda, Cujacius ad l. 3. C. de cohortalibus & C. Confer Calvinum, in lexico, verbo, primipilus, licet postmodum & alii primipilares fuerint, puta Rectoris provincie officiales, qui ad pascendos milites ad limites provincie destinabantur; & omnes alimonias susceptas ad limites debebant, l. solita 3. Cod. de cohortalibus & C. l. 5. Cod. Theodosiani, de cohortalibus & C. de quibus Jacobus Gothofredus ad d. Cod. Theodos. in paratitulis libr. 7. tom. 2. pag. 260. & seqq. Nec sine ratione interpretes ea quæ de debito ex causa primipilari dicta, ad eos extendunt, qui stipendia militum in castris procurant inter milites distribuenda, ut post alios observat Perezius iii: Cod. de Primipilo num. 7.

23. Quo autem Jure fiscus hodie pro tributis & oneribus ad sublevandas fisci angustias gaudeat, quoque inter creditores loco collocandus sit, difficilis determinatio est. Realium quidem onerum intuitu, quæ scilicet non personis sed prædiis ac rebus aliis imponuntur, veluti tributa prædiorum (*Verpodigen*), quadragesima ex venditionibus, vicesima hereditatum, centesima aut ducentesima realis patrimoniorum, vix dubium, quin in rebus ipsis tali tributo obnoxii fisco convenienter juri Romano prælationem habiturus sit. De centesima sane & ducentesima id apertissimum ex placito *Ordin. Holland.* 15. Junii 1673. vol. 3. pag. 1055. column. 2. in med. quod repetitum 8. Octobr. 1673. & 22. Decembr. 1673. d. vol. 3. pag. 1061. column. 1. De tributis prædiorum judicatum exstat in appendice decisionum pag. 24. in fine, & pag. 25. post. resp. Jurisc. Holl. part. 3. vol. 1. Et quamvis antea de quadragesima ex venditionibus ac oppignorationibus immobilium fisco pendenda dubitatum fuerit, ac decium commemoretur in d. appendice decisionum p. 24. 25. creditores hypothecarios, jus, in quibus ante venditionem constitutum fuerat hypotheca rei distractæ pretio potiores esse, rarius tamen est, ut nunc illa quæstio locum inveniat, dum nulla nunc alienatio immobilium aut obligatio rata est, nec solemnī traditio aut oppignoratio coram lege loci permissa, nisi postquam constiterit de qua-

dragesima solutione, secundum edictum de quadragesima & vicesima, 16. Aprilis 1671. art. 28. & 32. vol. 3. placit. Holl. pag. 1010. 1011. Pro tributis personibus, qualia sunt *Hoefi Gels. Familie-Gelt. personele Quotisatie van den hondersten en andere Leeningen, personele Lasten van consumptien, en diergelijke*, Ultrajectinis quidem placuisse testatur Ant. Mattheus, citatis edicti Ultrajectini verbis, nullam pro his hypothecam fisco competere in bonis eorum, qui ista debent, sed tantum inter chirographarios prælationem, de auct. lib. 1. cap. 19. num. 16. In Hollandia tamen jus Romanum, quod generaliter pro tributis hypothecam in bonis cessantium & prælationem dedit, eo usque abrogatum non esse, patet ex parte ex iis, quæ iii. 2. num. 8. scripta sunt. Quamvis verum sit, multa nunc tributa pro rebus in antecessum ante importationem & exportationem, ut & ante delationem in domum, solvenda esse, quo fit, ut de prælatione disputatio supervacua sit; & in ceteris magis ex usu quotidiano cujusve regionis ac fori addisci, quam præceptis certis tradi posse in tanta tributorum multitudine ac variatione, quo jure fiscus in singulis tributis speciebus utatur. Confer Carpovium *defin. for. part. 1. contrit. 28. defin. 48. Berlichium concl. præf. part. 1. conclus. 64. n. 106. 107.*

24. Illud constat, jure Romano fiscum in bonis eorum, quibuscum contraxit, ante contractum quæsitis hypothecam quidem, at non inter hypothecarios privilegium prælationis habere; in iis vero, quæ post contractum cum fisco initum quæsitæ sunt, potiorē esse aliis, quibus de jure Romano generalis anterior hypotheca ex conventionē vel lege data erat, sic ut hisce post quæsitis fisco reliquos in pignoris causa prævenisse intelligatur, l. si qui mihi 28. ff. de jure fisci. Negusantius de pignoribus quarto membro secunda partis n. 113. Ant. Mattheus de auct. lib. 1. c. 19. n. 81. 83. 84. sive vectigalia locaverit publicanis, sive aliter contraxerit, Mattheus d. cap. 19. num. 14. Nec obstat l. ult. pr. ff. b. t. Licet enim Antonius Mattheus d. n. 81. 82. 83. refutatis plerorumque responsionibus tandem ad dissensum veteres inter Jurisconsultos confugendum putet, non tamen animadvertit, cur non responderi possit, Sejam in d. l. ult. fisco præferri in rebus post priorem quidem obligationem Sejam, sed tamen ante contractum cum fisco celebratum quæsitis, Titius scilicet in summam, in quam Sejam ex judicio tutelæ damnatus erat, obligaverat pignori omnia bona sua præsentia ac futura; postea idem Titius a fisco mutuatus pecuniam sua ei bona pignori obnoxia reddiderat; cumque deinceps partem debiti Sejam intulisset, & novatione facta reliquam Sejam summam promississet cum repetita pignoris conventionē, ac inde quæreretur, an Sejam præferenda sit fisco & in illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit, item in his rebus quas post priorem obligationem acquisivit, donec universum debitum suum conseqatur; responsum fuit nihil proponi, cur non præferenda. Optimo sane jure; non enim propositum erat, bona fuisse quæsitæ post contractum cum fisco initum, sed post priorem obligationem; quibus verbis non obscure inclusum erat, ea bona ante contractum cum fisco initum fuisse quæsitæ; cum alioquin non præcisē de bonis post priorem contractum quæsitis, sed generaliter de bonis quandocunque, etiam post contractum secundum quæ-

sitis, questio formanda fuisset: & ideo Scavola simpliciter ac paucis respondens ad questionem, uti formata erat, ait, nihil in ea fuisse propositum, cur Seja non sit preferenda. Nec recte *d. legem 28. ff. de jure fisci*, superius adductam, explicueris de casu, quo debitor jam ante contraxerat cum fisco, ac postea sua bona, quæ habet habiturusve esset, privato obligaverat. Quamvis enim Ulpianus in *d. l. 28. testetur*, id, quod ex Papiniano proposuerat, etiam i-  
ta constitutum fuisse, & in *l. 2. C. de privil. fisci* rescripserit, *jus fisci, causam uxoris prævenisse* (formula eadem, quæ in *d. l. 26.*) si priusquam mariti res uxori obligarentur, maritus cum fisco contraxerit, sed si post bona uxori pro dote obligata maritus rationibus fisci caperit obligatus esse, in ejus bona cessare privilegium fisci; non tamen existimandum est, ad hanc legem respexisse Ulpianum, cum id, quod in *d. l. 28. tradiderat*, etiam constitutum asserit. Primo enim inspicitur *d. legem 28.* patebit facile, verba ejus ita concepta esse, ut non nisi magna ac violenta cum detorsione capi possint de fisco, qui ante constitutum privato pignus contraxerit, cum dicatur *si, qui mihi obligaverat &c.* (in præterito plus quam perfectio) *cum fisco contraxerit &c.* (in præterito perfectio, ut loquuntur) & proprietates verborum exigat, ut prius factum intelligatur, quod verbo temporis *plus quam perfecti*, quam quod verbo *temporis perfecti*, factum narretur, sed & secundo, si cum fisco prius contractum statuas in *d. l. 28.* inepta prorsus esset restricta illa legis definitio, *in re postea acquisita fisco potiorum esse*; cum utique ex jure hypothecæ legalis, tempore prioris, fiscus non modo in rebus postea quasitis, sed & in ante quasitis, debuisset potior esse illis, quibus postea bona omnia præsentia ac futura obligata fuerant. Ad proinde verum quidem est, si cum fisco contraxerit maritus, priusquam sua bona uxori pro dote obligavit, fisco in omnibus mariti bonis sive ante sive post contractum cum fisco initum quasitis, potiorum esse, quia anterioris hypothecæ jure munitus erat; verum quoque ex adverso, si demum post constitutum pro dote pignus contraxerit cum fisco maritus, fiscus in bonis antea uxori pro dote devinctis, privilegium prælationis exercere non potuisse, juxta *d. l. 2. C. de privil. fisci*, sed id non impedit, quo minus fiscus, qui post constitutum uxori a marito pignus pro dote, contraxerat cum eodem marito, prælationem habeat ante mulierem in bonis mariti, post initum demum cum fisco contractum quasitis, ut habet *d. l. 28.*

25. Ut autem hæc Romani juris definitio hodie nullum potest habere dubium illis in locis, in quibus hypothecæ generales conventionales anteriores cedunt specialibus conventionalibus posterioribus & generalibus legalibus, quippe in quibus fisco etiam in bonis ante contractum cum fisco initum quasitis, ac generaliter per conventionem antea privato creditori devinctis potior nunc esse debet ex hypothecæ legalis obligatione; ita utilitatem & usum adhuc plenissimum obtinet, si cum fisco alii concurrant hypothecam generalem anteriorem ex lege, aut specialem ex conventionem habentes, uti & posita juris Romani dispositione de generali hypothecæ conventionali speciali hypothecæ circa prælationem exæquata, & quibusdam in locis (veluti Amstelodami, & in Diocesi Ultrajectina respectu bonorum eodem sub iudice sitorum)

etiamnum servata. Unde, si pupilli ratione tutelæ administratæ concurrant in bonis tutoris cum fisco ex contractu agente, dicendum foret, in bonis post contractum quasitis fisco pupillis anteponi oportere, non item in bonis ante quasitis, quoties tutelæ delatio antiquior est contractu fiscali. Considerandum enim, pupillis, minoribus, civitatibus, ecclesiis, orphanotrophis, similibusque, quin & ipsi fisco, in bonis tutorum curatorum & administratorum jure Romano ac moribus hypothecam quidem legalem competere, uti id ex iis, quæ *tit. 2. num. 8. dicta*, apertum est; sed privilegium prælationis inter hypothecarios, quod non ex tempore sed causa æstimandum foret, nusquam legibus civilibus tributum, aut moribus nostris vel statutis inductum esse. Jure certe civili fisco non aliam quam ex tempore inter hypothecarios prærogativam competisse, evidens est ex *l. si pignus 8. ff. b. t. l. rer. qua 22. §. rer. autem 2. ff. de jure fisci, l. quamvis 2. C. de privilegio fisci*, uti & ex eo, quod jure singulari fiscus in bonis eorum, quibuscum contraxit, post contractum quasitis prælatum fuit, ut ante traditum ex *l. si, quis mihi 28. ff. de jure fisci*, qualis exceptio firmat regulam in casibus non exceptis. Cumque tale in fisco jus sit, & pupillorum non melior quam fisci debeat esse conditio, quippe qui ne legalem quidem aliquin hypothecam habent in bonis eorum quibuscum contraxerunt, & ita minore, quam fisco, favore gaudent, consequens est, ut ratione bonorum tam ante quam post susceptam tutelam per tutores quasitorum solam habeant ex tempore, non ex causa, prælationem. Quod enim pupillis similibusque subinde in Pandectis privilegium tribuitur, *l. dabimurque 19. §. 1. & ll. seqq. ff. de reb. auct. jud. possid.* id ad jus vetus pertinet, secundum quod pupillis nulla legalis hypotheca, sed tantum privilegium inter chirographarios competeat, ut latius probavi *t. 2. n. 19.* cui privilegio non tam addita per Principum posteriorum constitutiones legalis hypotheca, quam potius in ejus locum surrogata fuit. Unde, cum olim pupilli omnibus hypothecariis, etiam tempore posterioribus, cedere deberent, jure posteriori cum iisdem concurrere caperunt, & ex temporis prærogativa sibi locum vindicavere. Nec quemquam turbare debet, quod fisco privilegium videatur tribui in *l. quamvis 2. C. de privilegio fisci, l. quod quis navis 34. ff. de reb. auct. jud. possid.* Item in *l. 2.* per privilegium nil nisi jus hypothecæ, per modum privilegii fisco a lege concessæ, designari, ex ipsius legis verbis manifestum est. Et in *l. 34.* proprie non fisco, sed credenti in navim fabricandam aut instruendam privilegium tribuitur, quippe qui dicitur *habere privilegium post fisco*; id est, venit post fisco, quia fisco hypothecam habet, quam non habet in navem credens, sed tantum dimissis hypothecariis, inter chirographarios prælationem. Stantque pro hac sententia Cujacius in *paratit. l. C. de privil. fisci*. Costadius ad *l. ult. ff. b. t. Ant. Matthæus de auct. lib. 1. cap. 19. num. 42. 43. 44.*

26. Quod si statutis quædam enumeratio fiat personarum aut causarum privilegiatarum, non præcisè eo intelligi debent ordine potiores, quo recensiti sunt; nec alii, qui non enumerati, censendi sunt privilegio aut prælatione destituti, cum illos ex jure communi privilegiatos esse, in aperto esset; nisi ex cir-



cumstantiis, aut verbis taxativis alia statuentium mens colligatur, cum alioquin præsumendum magis sit, exempli tantum causa quorundam mentionem factam esse, ac potius voluisse statuentes se juris communis conformare decisioni, dum id per eos abrogatum non apparet. Ant. Matthæus *de auctione*. lib. 1. cap. 21. num. 19. 33. 34. Confer Carpvovium *defin. forens. part. 1. constit. 28. defin. 12.*

27. Ceterum in creditoribus hypothecariis simplicibus qui prior tempore est, potior est jure; *l. si decreto 2. C. b. t. si permittente 4. C. ad Senatusc. Maced. l. 2. l. creditor 12. §. ult. ff. b. t.* non tantum in re principali sibi oppignorata, sed & in accessionibus ejus, quatenus illas simul devinctas intelligi, *tit. 1. num. 3. 4. 5.* dictum fuit; idque tam usurarum quam sortis intuitu, si modo in usuras quoque pignus obligatum sit; licet post obligationem secundam alteri factam demum cesserit dies usurarum, quæ priori accedunt obligationi, *l. creditor 3. §. 1. l. Lucius Titius 17. ff. b. t. junct. l. solutum 11. §. si in sortem 3. ff. de pignorat. act. l. grege 13. §. ult. ff. de pignor. & hypoib.* Quod si obligationi principali stipulatio pœnz subjuncta fuerit, non in fraudem usurarum legitimarum, & in hanc quoque pignus nominatim obligatum sit, etiam pœnz intuitu prælatio ex tempore tribuenda foret, *l. grege 13. §. ult. ff. de pign. & hypoib.* uti & ratione impensarum, si quas urgente necessitate creditor in pignus fecerit, adeo ut hæ in summa debiti simul computandæ sint, sive propter possessiones pignori datas ad collationes viarum muniendarum, sive ad quodlibet aliud obsequium necessarium præstitisse creditorem constituerit, *l. in summa 6. C. de pignor. & hypoib.* sive alias in pignoris conservationem necessario erogatum sit, arg. *l. si necessarias 8. l. si servis 45. ff. de pignorat. act. l. creditor 7. in fine C. hoc tit.* Nostri tamen moribus circa usuras magis placuit, non omnium annorum, sed tantum triennii intuitu prælationem dari, pro reliquis annis non nisi cum chirographariis simplicibus concursum esse; ne alioquin creditores anteriores cum posteriorum detrimento nimium in exigendis usuris negligentes essent, atque ita posterioribus in dies suum extenuaretur, ac tandem in nihilum abiret, pignoris jus; nisi pro usuris ulterioris temporis, quarum dies jam cesserat ante pignoris constitutionem, pignus solemniter obligatum invenitur. Groenewegen *ad l. 18. ff. b. t.* Ant. Matthæus *de auctione*. lib. 1. cap. 21. num. 11. Excipiunt quoque nonnulli usuras pretii residui, Mollerus *semestrium lib. 1. cap. 29.* & eas, quas fidejussor una cum sorte solvit pro debitore; Mævius *ad jus Lubecense*. lib. 3. tit. 1. art. 12. num. 21. Sed sine fundamento; cum fidejussor plus juris pro usurarum a se solutarum recuperatione habere non debeat, quam is, cui solvit, & in cujus locum quodammodo subintravit, & venditor pretii intuitu, de quo fidem habuit, in creditum abiisse intelligatur, atque ita vere desierit pretium, quæ tale, debitum esse, arg. *l. procuratori 5. §. sed si dedi 13. ff. de tribut. actione.* Amstelodami tamen non nisi pro sesquiennii usuris in pignore creditor prælationem habet Willekeurem van Amsterdamm, *derde deel 1. boek, tit. 34. num. 6. pag. 290. col. 2.* Lubecensi quoque jure non nisi unius anni usuras prælationem habere cum ipsa sorte, testatur Mævius *ad jus Lubecense* lib. 3. tit. 1. art. 12. num. 79.

80. Quid, quod ne triennii quidem aut temporis alterius brevioris statutus definiti usuræ prælationis jure gaudent, quotiens earum intuitu novatio facta est, dum in stipulationem deducta aut in cautionem scriptam ad instar sortis, relata sunt, cum certum sit, novatione perimi jure pignoris, quoties illud non nominatim repetitum est, *l. solutum 11. §. novata 1. ff. de pignorat. act. l. novatione 18. ff. de novation.*

28. Nihil autem interest quantum ad hanc regulam, quæ prior tempore jure potior est, utrum expressa sit hypotheca, an tacita; nam & tacitam seu legalem anteriorem præferri posteriori, patet ex *l. cum oportet 6. §. ult. C. de bonis quæ liberis, l. etiam 15. ff. b. t. & arg. l. ult. §. 1. in fine C. b. t.* Appendix decisionum *post Respons. Juris. Holl. part. 3. vol. 1. pag. 22. fore in med. & tacitam seu legalem non privilegiam posteriorem cedere conventionali speciali antiquiori uti vice versa, conventionalis posterior antiquiori legali, alibi dictum est.* Adde Ant. Matthæum *de auctione*. lib. 1. cap. 19. n. 46. Sed & in pignore judiciali temporis prærogativa servatur, ut potior sit, in cujus gratiam post rem judicatam pignus in causa judicati ex auctoritate ejus, qui jubere potuit, prius captum est, *l. si & jure 19. ff. b. t.* sive questio sit cum aliis, quibus postea itidem judiciale pignus quasitum fuit, sive alterius generis pignus recentius constitutum sit. Ant. Matthæus *de auctione*. lib. 1. cap. 19. num. 59. & 62. Confer Mævium *de arrestis* cap. 19. num. 26. & *seqq.* & de nostris moribus Groenewegium *ad d. l. 10. Quin* imo, licet in pignore prætorio, quod ex missione in possessione nã pratore factam nascitur, non prosit temporis prioritatis, in quantum postea missi rei servandæ causa concurrunt cum prioribus itidem rei servandæ causa missis, ac legatorum nomine prius missi cum illis, qui itidem legatorum nomine postea demum venerunt in possessionem, *l. cum unus 12. ff. de reb. auct. jud. possid. l. si cui 5. §. si plures 2. & 3. ff. ut in poss. legat. causa esse liceat;* tamen, si alius judiciale vel conventionale vel legale pignus habeat, potior erit illis, quibus post demum ex missione pignus natum est; uti vice versa potiores erunt a prætore missi, si post missionem alius ex lege vel conventionem vel judicati exsequendi causa capitis rebus hypothecam adeptus sit; *l. si decreto 2. C. b. t. l. si postquam 3. C. ut in poss. legat.* Denique jure Romano in generali quoque hypotheca regulæ locus est, ut nempe generalem habens anteriorem præferatur habenti tum generalem posteriorem tum specialem posteriorem, nisi generalis anterior tantum in subsidium constituta sit, *l. qui generaliter 2. ff. b. t. l. quamvis 2. C. de pignor. & hypoib. l. si generaliter 6. C. b. t.* Nec dubium, quin & nostris moribus generalis anterior conventionalis potior sit generali posteriore, quæ itidem ex conventionem coram lege loci inducitur, adeoque generale pignus idem operetur circa generalia, quod speciale circa specialia, *Politike Ordonnantie van Holl. anno 1530. art. 35. in fine,* sive bona ante primam pignoris constitutionem, sive inter primam & secundam, sive etiam post solemnem demum secundam hypothecæ conventionem debitori quasita sint. Neostadius *Curie Holl. decis. 16. & 25. Grotius manud. ad jurispr. Holl. lib. 2. cap. 48. n. 44. 45.* quod & Negusantio placuit, aliisque ab eo citatis, *de pignoribus membro secundo quintæ partis*

num. 59. An autem generalis anterior conventionalis præferatur generali legali posteriori, vel speciali conventionali posteriori; tum in immobilibus tum in mobilibus, colligendum ex iis, quæ *tit. 1. num. 15. 16. dicta sunt.*

29. Ceterum non ex dierum tantum, sed & horarum distantia prælatio in pignore censenda est; cum leges generaliter loquantur, ac definiant, tempore priorem jure potioerem esse, nullam adhibentes inter annos, menses dies aut horas distinctionem, ut proinde sufficiat, unam obligationem pignoris aliquo tempore perceptibili antiquiorem esse. Bachovius de pignoribus *libr. 4. cap. 1. num. 4. Andr. Gayl lib. 2. observ. 25. num. 3. Tuldenus ad tit. C. qui pos. in pign. n. 2. Joachimus a Reust ad l. admonendi de jurejurando pag. mibi 659.* Quod si duobus simul res eadem pignori obligata fuerit, magis est, ut simul in eam rem concurrant pro rata debiti, sive res illa tempore obligationis fuerit in bonis obligatis, sive postea demum ei quaratur, *l. idemque 7. §. ult. ff. b. t. l. si fundus 16. §. si duo pariter 3. ff. de pignor. & hypothecc.* Donellus de pignoribus *cap. 12. vers. ex quibus intelligi.* Idemque est, si duobus separatim res eadem eodem die devincta sit, nec appareat, utri prius jus hypothecæ sit constitutum, *d. l. 16. §. 3. in fine ff. de pign. & hyp. quod & non apparere videtur, cum uni obligationis instrumento hora invenitur inserta, alteri non, nec quicquam de hujus hora probatur.* Tuldenus *d. n. 2. Bachovius d. libr. 4. cap. 1. n. 5. Plane si quis insulam locatam vendiderit, ac pactus sit, prioris anni pensionem sibi, sequentium pensionem emtori cessuram, pignorumque ab inquilino datorum jus utrumque securum, deinde vero pignora ad utramque pensionem non sufficient, verisimile est, id actum ut primam quamque pensionem pignorum causa sequatur, atque ita jus omnium pignorum primum pertineat ad venditorem, l. insulam 13. ff. b. t. Sed & si ex nostris moribus hypotheca in immobilibus eodem die coram eodem iudice creditoribus duobus separatim constituta sit, is prior tempore intelligitur, cuius hypotheca loco priore in acta publica relata appareret, arg. l. si quis habens 24. ff. qui & a quibus manumiri, liberi non fiant. Sande decit. Frisic. lib. 3. tit. 12. defin. 16. ante med. Negusantius de pignoribus secundo membro quinta parvis num. 45. Ant. Matthæus de auction. lib. 1. cap. 19. n. 66. & 72. Leeuwen cens. for. par. 1. lib. 4. c. 11. n. 8.*

30. Quia vero non pure tantum, sed & sub conditione hypotheca constitui potest, ac non modo pure pro debito puro, sed & pure pro debito ex conditione vel die suspensio; sciendum ante omnia est, tunc, cum hypothecæ conditio invenitur apposita, non ex tempore existentis conditionis, sed magis ex hypothecæ constitutæ die prælationem competere, adeo ut is, cui sub conditione vel ex die res obligata est, potior sit futurus eo, cui pendente eadem conditione jus pignoris eadem in re pure constitutum fuit. *l. creditor 12. §. si primus 2. in fine ff. b. t. l. grege 13. §. si sub conditione 5. in fine ff. de pign. & hypothecc. arg. l. & qua 15. in pr. l. si fundus 16. §. aliena 7. ff. de pign. & hypothecc. junct. l. si non dominus 14. ff. b. t. Donellus de pignorib. cap. 12. versu, unde num idem, Carpzovius defin. for. par. 1. constit. 28. defin. 100. Negusantius membro primo quinta n. 14. Sed & secundo observandum, non existentis diei aut conditio-*

nis, principali obligationi adjectæ, sed hypothecæ constitutæ tempus inspiciendum esse, si modo ea principali obligationi invenitur apposita, quæ invito debitore impleri potest, *l. qui balneum 9. §. amplius 9. ff. b. t.* Qua ratione si heres ob ea legata, quæ sub conditione data erant, de pignore rei sua convenisset, & cum postea eadem ipsa pignora ob pecuniam creditam pignori dedisset, deinde conditio legatorum extiterit, tuendum eum, cui prius pignus datum esset, responsum fuit, *l. qui balneum 9. §. sed & si 2. ff. b. t.* Idemque in pignore legali, quod jure novo legatariis in bona defuncti competit, statuendum esse, patet ex iis, quæ *tit. 2. n. 21. 22. alibique dicta sunt.* Similiter, si sub conditione stipulatione facta hypotheca data sit, qua pendente alius credidit pure, & eandem accepit hypothecam, tunc deinde stipulationis prioris existat conditio, potior non erit, qui postea credidit; quia in his similibusque aliis casibus conditio existens perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset, *l. potior est 11. §. videamus 1. ff. b. t.* Nec dubium, quin, quæ de debito ex conditione suspensio & hypotheca munita dicta sunt, etiam longe magis obtineant, si pro debito in diem veluti pro pensionibus ædium aut fundorum in futurum exsolvendi pignus constitutum sit, & ante diei existentiam alteri idem pignus pro puro debito pure obligetur, *l. qui balneum 9. pr. ff. b. t. arg. l. quæritum est 14. ff. de pign. & hypothecc.* Quod si ex adverso ea obligationis, cui dies aut conditio adjecta fuit, natura sit, ut invito debitore nasci nequeat, contra dicendum fuerit, eum potioerem fore, cui pignus tempore posteriore pro debito puro constitutum, antequam conditio prioris obligationis extitisset; veluti, si cum alio ante conveniret, ut, si ab eo pecunia acciperetur, res ei obligata esset: vel alius pignus acceperit ad eam summam, quam intra certum diem numeratus esset, & forte prius, quam numeraretur, alii res pignori data sit: poterat enim is, qui ita priori pignus obligaverat, non accipere ab eo pecuniam, ac sua habebat in potestate, an accipiendo se ei obstringat, adeoque eo invito neque conditio impleri potuisset, neque debitum nasci, *l. 1. §. 1. l. qui balneum 9. §. amplius 1. l. potior 11. pr. ff. b. t. junct. l. qui pecuniam 30. ff. de rebus creditis, l. pen. ff. qua res pignori &c. data oblig. non poss.* Quin imo ante numerationem tempore medio neque pura neque conditionalis obligatio principalis suberat, sed tantum spes fore, ut principaliter contraheretur; ac proinde necesse erat, pignus quoque inane esse; quippe quod sine pura aut condicionali obligatione præcedente subsistere non poterat, *l. 2. C. pignoris conventionem numeratio pecunia secuta non fuerit.* Ex quo fundamento etiam ab Hollandiæ Jurisconsultis responsum fuit, domo coram lege loci obligata per cautionem pro cerevisiis aut vinis incertis, quæ in futurum per ænopolam aut cerevisarium cauponi venderentur aut traderentur, non nisi ex tempore, quo vini aut cerevisiæ venditio atque traditio secuta fuit, nasci pro rata hypotheca jus & prælationem, Resp. Juris. Holl. par. 1. consil. 291. & par. 4. consil. 154. Quoniam secundum recentiora Hollandiæ edicta non videatur hypotheca talis pro debito incerto contrahendo firmitatem habitura in immobilibus, nisi certa quantitas in futurum in obligationem deducendæ facta designatione etiam quadragesima istius quantitatis fisco de-

pensa fuerit, *dicti. Ordin. Holl. 5. Febr. 1665. vol. 3. pag. 1005.* quod & *ris. 1.* adnotatum est. Nec supra dictis adversatur responsum Papiniani in *l. 1. pr. ff. b. t. cum ibi facti species proponatur, qua alias pro muliere dotem promiserat, & cum dote reddi pactus esset, in restitutionis securitate pignus a marito constitutum fuerat; quo casu, licet prima facie videri posset, in arbitrio mariti esse, an & quo usque dotem accipiendo velit de dote reddenda obligatus esse, exemplo ejus, cui pecunia ex mutuo numeranda erat; contra tamen placuit, eum non posse dotem promissam non acceptare; neque enim marito permittendum erat id efficere, ut mulier minus dotata sit, atque ita non suo tantum juri (uti quidem in pecunia ex mutuo numeranda) sed & uxoris favori renunciare: unde, cum hac obligatio talis esset, ut & invito marito nasci posset, merito ex ipso pignoris constituti momento jus praelationis pro dote tributum fuit. *Donellus de pignoribus cap. 12. verri. prioris autem generis.**

31. Diximus haecenus, qui potiores sint, si plures res eadem a domino hypothecae obligata fuerit. Quod si priori a non domino pignus devinctum sit, posteriori autem illud ipsum ab eodem, sed jam domino facto, adhuc prior potior est: eo quod ipso primo dominii acquisiti momento firmatum priori fuit pignoris jus, *l. creditor pignoris 3. §. cum ex 1. ff. b. t. arg. l. si a Titio 2. ff. de except. rei vend. & trad.* Plane, si utroque tempore, & cum primo, & cum secundo creditori jus pignoris constituebatur, debitor constituens dominus non fuerit, sed postea demum dominum adeptus sit, videndum, utrum obligans habuerit jus possessionis & Publicianam in rem actionem, an vero sine justo titulo ac bona fide rem nactus etiam usucapiendi facultate ac Publiciana destitutus fuerit. Si enim justo titulo & bona fide rem ita consecutus sit, ut usucapere potuerit, is, cui priori rem ita possessam obligavit, potior erit. Nam etsi proprietatem obligare debitor non potuerit, potuit tamen jus possessionis fictumque dominium, ex quo ei Publiciana competeat; eo modo, quo & fructuarius recte suum obligat jus ususfructus juxta *l. si it, qui bona 11. §. ususfructus 2. ff. de pignor. & hypoth.* cui consequens erat, eum quoque, cui priori jus pignoris in ipso illo possessionis jure constitutum erat, ex tempore praelationem habere; quippe quem ita tunc praetor tueretur per Servianam, uti debitorem per Publicianam, *l. si ab eo 18. ff. de pign. & hypoth.* Et ad hunc casum, quo debitor Publicianam habuit, restringendum, quod simplicius a Paulo traditum, *si non dominus duobus eandem rem diversis temporibus pignorerit, priorem potiorum esse, l. si non dominus 14. ff. b. t. quod & a Gothofredo innuitur in notis ad d. l. 14.* Cumque ista ratio, superius adducta, non militet in casu, quo duo rem ab eodem non domino emerunt, aliove quo titulo ad acquirendum dominium idoneo adepti sunt, nemo me mihi contrarium arbitrari debet, cum ad *tit. de Publiciana in rem act.* num. 6. scripsi, eum in Publiciana potiorum esse, qui possideat, etiam cum ab eodem non domino uterque emit. Sane enim in Publiciana nemo actionem & jus suum ex jure auctoris, a quo rem nactus est, sed ex suo tantum capite metitur, si scilicet ipse justo titulo ac bona fide rem ita adeptus sit, ut usucapere possit; ac proinde, si posteriori justo emtionis titulo ac bona fide & usucapiendi facultate aequè munitus inveniat

ac prior, fas erat, eum in pari causa ex possessione potiorum esse. At in pignore creditoris jus ac potestas aestimatur ex jure debitoris; unde, cum debitor creditori priori jus pignoris prius constitisset in re, in qua jus possessionis ac fictum seu praetorium dominium habebat, etiam ex temporis praerogativa potiorum eum esse oportere, regula in pignoribus probata suadet. Aliud dicendum foret, si debitor rem alienam, cujus intuitu Publicianam non habebat, alio atque alio tempore duobus obligaverit: tunc enim magis est, ut, acquisito deinceps per obligantem dominio, neuter potior esse, sed pro rata concurrere debeat. Nam cum, initio inspecto, neutri creditori quicquam obligatum fuerit, debitore nullum dominii aut possessionis jus habente in re illa singulari, quam specialiter obligavit; acquisito deinceps per debitorem dominio, jus pignoris utrique creditori eodem momento firmatum fuit, inceptique res duobus, in solidum singulis, eodem momento devincta esset: quo casu eos ad pignoris pretium pro rata concursuros, supra dictum est num. 8. Hanc ita quoties ab eodem non domino res eadem duobus oppignorata est diversis temporibus; si vero a diversis non dominis id factum sit, meliorem possidentis conditionem esse, Paulus respondit in *l. si non dominus 14. ff. b. t.* Cujus ea ratio est, quia, ubi a diversis non dominis pignus duobus constitutum est, uterque in ea incipit causa esse, ut ita praetor eum tueatur, uti debitorem, qui pignori obligaverat, tuiturus esset, arg. *d. l. 18. ff. de pignor. & hypoth.* atque, si duo diversis temporibus rem justo titulo & bona fide nacti sint, potiorum possessoris causam esse, in *tit. de Publiciana actione n. 7.* dictum fuit.

32. Quamvis autem, novatione debiti principalis interposita, etiam pignoris vinculum ipso jure evanescat, *l. novatione 18. ff. de novation. l. solum 11. §. novata 1. ff. de pignorat. act.* tamen si novationis tempore pignus repetitum fuerit, superioris temporis ordo creditori manet, perinde ac si in suum ipse locum successisset, idque ratione ejusdem quantitatis ac rerum earundem, quae priori obligatione comprehensae erant: non item in quantum debitum auctum, aut alia prioribus pignora adjecta sunt, *l. creditor 3. pr. l. creditor, qui 12. §. Papinianus 5. ff. b. t. iunct. d. l. 11. §. 1. ff. de pignorat. act.* Gothofredus ad *d. l. 3.* Cujacius *lib. 11. observ. 32. in pr.* Neostadius *Curia Holland. decis. 9. verri. daar ook bygevoert.* Negusantius *tertio membro parit. sexta n. 7.* Andr. Gayl *lib. 2. observ. 30. num. 10.* Ant. Matthaeus *de auct. lib. 1. cap. 21. n. 25. 24.*

33. Non tamen tempore prior jure potior est, si prior consenserit in obligationem pignoris posteriori faciendam, *d. l. creditor, qui 32. §. si tecum 4. ff. b. t.* Nec si prior callide apud creditorem secundum dissimulaverit suum pignoris jus; quod multis adstruit Ant. Matthaeus *de auct. lib. 1. cap. 19. num. 86.* Nec denique si priori per privatum tantum instrumentum, tribus testibus haud munitum, posteriori vero per publicum, aut privatum quidem, sed trium testium fide firmatum, hypotheca constituta sit, *l. scripturas 11. C. b. t. quae, quo usque apud nos locum habent, ex iis, quae tit. 1. dicta sunt, petendum est.*

34. Altera tituli parte de iis agitur, qui in hypothecariorum priorum locum succedunt: circa quos sciendum est, hypothecarios quidem creditores posteriores priori etiam invito ac reluctanti offerre potuis-

ne, quod ei erat debitum, atque ita in prioris dimissi locum successisse tum sortis tum usurarum intuitu, etiam in istam successionem debitor haud consentiret, l. 1. l. prior 5. l. diversis 8. l. cum tibi 10. C. b. t. l. secundus 22. C. de pignor. & hypothecis, l. potior 11. §. ult. l. creditor 12. §. sciendum 6. & 9. ff. b. t. l. ult. C. de his qui in priorum creditorum locum succedunt. Reliquos quod attinet sive debitoris ejusdem chirographarii creditores sint, sive plane extranei, quibus nihil debetur, offerendo creditori hypothecatio id, quod ei debitum, in jus ejus non aliter succedunt, quam si conventionione inter offerentem & debitorem, vel offerentem & creditorem interposita, nominationem id actum fuerit, ut in hypothecati sua pecunia dimissi locum subintrent, d. l. creditor 12. §. a Titio 8. ff. b. t. l. Aristo 3. ff. qua res pignori obligari poss. l. 1. 2. 3. C. de his qui in priorum credit. locum succedunt, l. cum alter 11. C. de fidejussoribus, aut publica judicis auctoritate jus pignoris in eum, cujus pecunia creditor hypothecarius dimissus est, transcriptum fuerit, l. si cum 3. l. ult. C. de privilegio fisci. Licet enim regulariter illud inter creditores hypothecarios posteriores & alios sive chirographarios sive plane extraneos intersit, quod hypothecarii posteriores invitis prioribus offerre poterint, ut supra dictum, alii vero non nisi creditore aut debitore consentiente in id, ut offerens in jus pignoris creditoris hypothecarii dimissi succedat, dum conventionione opus est, quæ consensus requirit atque supponit, l. nulla sibi 5. C. de solution. tamen, si quis pro fiscali debitore fisco solverit, impetrare poterit, in se transcribi pignoris jus: idque fisci favore sic videtur constitutum, ut tanto magis unusquisque ad debita fiscalia fisco pro debitore fiscali solvenda invitetur, arg. d. l. 3. & l. ult. C. de privil. fisci, ac de illo pignoris transcripti casu accipiendum Antonini rescriptum in l. 2. C. de his qui in prior. credit. locum succed. Sed & si chirographarius, vel extraneus qui creditor non erat, pignus possideat, ac hypothecaria per creditores hypothecarios conveniatur, audiendus est, si his suum creditum exsolvens, jus pignoris in se transcribi desideret; ita pariter sibi suam firmans possessionem, l. mulier 19. ff. b. t. l. Paulus 12. §. 1. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solvitur, Adde n. 5. ff. b. t.

35. Habuerunt autem oblationes hæc, per posteriorem hypothecarium anteriori etiam invito factæ, iniquitatem quandam, sed & pariter necessitatem. Iniquitatem quidem in eo, quod summa prudentia ac providentia creditori anteriori quassatum pignoris jus in crediti & usurarum securitatem, eidem auferebatur, atque ita, quo quis feliciter sibi de hypotheca sufficiente prospexerat, eo facilius ab ea per factam a creditore posteriore oblationem depellebatur, non sibi sed aliis vigilando proficiens. Necessitatem vero, quia creditor secundus non poterat, invito priore, pignus efficaciter distrahere, nisi oblatione debiti priori facta, l. diversis 8. C. b. t. Sed cum nostris moribus creditor posterior invito priore recte desideret faciendam solemniter pignoris distractionem, etiam cessat hæcenus illud offerendi jus, ne invito creditori anteriori fiat ad transferendam in pignore prælationem, licet de cetero ex conventionione inter primum & secundum creditorem, vel etiam inter creditorem hypothecarium & eum qui creditor tantum chirographarius vel nullo modo creditor sed plane extraneus est,

id agi possit, ut crediti pariter ac pignoris & prælationis jus in eum transeat, cujus pecunia hypothecarius dimissus est; si modo immobilium intuitu coram lege loci solemnitas fiat cessio crediti hypothecarii, quadragesima debiti apud nos & aliis in locis vicinis fisco illata, Edict. Ordin. Holl. 16. Aprilis 1671. art. 3. & seqq. vol. 3. pag. 1008. & seqq. Groenewegen ad l. 1. C. b. t. An autem actio cessæ præter jus hypothecæ etiam alia privilegia in cessionarium transeant, & qualia, dictum iii. de hered. vel act. vendita num. 12.

36. Post hypothecarios creditores chirographarii sequuntur, inter quos etiam privilegiatus non privilegiatus, & magis privilegiatus minus privilegiatus præfertur. Quæ ratione is, qui in funus credidit, iis præfertur, qui in navim reficiendam crediderunt, arg. l. pen. ff. de religiosis, & hi rursus alii simplicibus chirographariis privilegio destitutis, l. quod quis navis 34. ff. de reb. auctorit. jud. possidend. (de quibus alibi latius). Si plures æque privilegiati seu ejusdem tituli creditores sint, concurrunt, licet diversitates temporis intercedant: cum enim privilegiatus contra æque privilegiatum suo non utatur privilegio, perinde jus inter ipsos obtinet, ac si simplices chirographarii essent: in quibus nulla ex tempore prærogativa locum habet, sed cum prius credentibus posteriores concurrunt, l. privilegia 32. ff. de reb. auctorit. jud. possid. l. si hominem 7. §. ult. ff. de porciis, Carpovius defin. forens. part. 1. conclus. 23. defin. 12. in fine, Berlichius part. 1. conclus. præf. 64. n. 123. & 130. Vigentque chirographariorum privilegia tantum adversus eos, qui necdum debita exegerunt: nam qui debitum consecuti sunt, cum non essent privilegiati, privilegiatis nihil restituant; cum id extraordinario jure soli fisco datum sit, l. pecunia 5. C. de privilegio fisci, & non ita per privilegium personale bona debitorum sint affecta, atque quidem per hypothecam arg. l. quod autem 6. §. sciendum 7. ff. qua in fraud. credit. facta sunt ut revertit. nisi, instante utroque creditore tum privilegiato, tum non privilegiato, debitor non privilegiato solverit, arg. l. si non expedierit 6. §. ult. ff. de reb. auctorit. jud. possidendis, aut creditores privilegiati jam litem moverint, ac ea pendente solutio non privilegiatis fiat, l. ex facto 52. §. ult. ff. de peculio.

37. Porro inter chirographarios procul dubio privilegiati sunt, quibus jus retentionis ex lege vel more competit, donec sibi satisfactum fuerit, de quibus alibi actum est. Civitates quoque, licet in bonis eorum, quibuscum contraxerunt, hypothecam non habeant, inter chirographarios tamen privilegio muniti sunt, ut dictum iii. 2. n. 26. Sed & famuli ac ancillæ plerisque in locis præter jus Romanum privilegium habent ratione mercedis, si eo tempore, quo dominus moritur aut foro cedit, eidem cohabitent, nec mercedis jam debita usuras pacti sint. Confer Carpovium defin. forens. part. 1. conclus. 23. defin. 24. 25. 33. Mævium ad Jus Lubecum lib. 3. tit. 1. art. 11. n. 56. & seqq. Berlichium part. 1. conclus. 64. num. 65. & seqq. Ant. Matthæum de auctiõ. lib. 1. cap. 20. n. 6. Adhæc dominis pecunia per furtum ablata in res per furem ex pecunia furtiva comparatas, vel in pretium inde redigendum, prælationem inter Chirographarios adjudicatam fuisse, Neostadius commemorat Curia Holl. dec. 19. versu, Nopendo bet ruede Points & Curia supr. dec. 36. Quæ sententia uti ab

equitate magnopere commendabilis est, ita, si secundum Romani juris principia ad examen penitus revocanda foret, difficilius defendi posset; cum eo iure res ex pecunia mea comparata mea non fiat, sed nuda mihi personalis actio supersit, quoties non nominatim aliud per modum exceptionis a regula ac ex privilegio cautum invenitur, ut id rebus ex pecunia furtiva comparatis cautum non est, quod plenius exsequitur Ant. Matthæus *de auct. lib. 1. cap. 18. n. 10.* Denique si alii ex oneroso titulo, alii vero ex lucrativo, veluti ex donatione per stipulationem aut pactum celebrata creditores sint, non aliter his id, quod debetur, videtur tribuendum, quod si prius simplices omnes ex causa onerosa chirographarii diuissi sint, cum plus favendum sit repetitioni ejus ex quo quis alioquin damnum passurus esset, quam adventitio lucro, *l. non debet 41. §. 1. ff. de reg. jur. arg. l. ult. §. si vero 5. in fine C. de jur. deliber.* Et sane, si revocanda sint, quæ ex titulo lucrativo jam alienata atque translata erant in donatarios, quoties id in fraudem creditorum factum apparet, dum in pari causa melior est conditio agentium de damno evitando, quam eorum qui de lucro captando contendunt, *l. quod autem 6. §. simili modo 11. ff. qua in fraud. creditor. facta sunt ut restit. Carpzovius defin. for. part. 2. const. 12. defin. 29. 30.* longe magis re integra, seu necdum translato in donatarium dominio creditoribus de damno evitando ex causa onerosa agentibus prælatio vindicanda est, Mævius ad *jus Lubec. lib. 14. tit. 9. art. 1. num. 4. & seqq.* nisi donatio remuneratoria sit; quatenus officii atque beneficii præstiti ac per antidora remunerandi mensuram haud egreditur, Mævius *d. loco num. 7.* vel dotis promissio sit ei facta, qui in bona fide est, quippe quo casu, cum dos detur ad sustinenda matrimonii onera, dotis datio aut promissio onerosis potius quam lucratis titulis accensetur, dum indotatam ducturus non fuisset, *l. ult. §. 1. in fine ff. qua in fraud. credit. facta sunt ut restit.*

53. In questione, cujus loci statuta in prælatione tum hypothecariorum tum chirographariorum privilegio munitorum spectari debeant, dicendum videtur secundum fundamenta generalia *in tit. de const. Princip. parte altera, de statutis* proposita, in mobilibus debitoris bonis illum observari oportere prælationis ordinem, qui in loco domicilii debitoris probatus est; tum quia mobilia omnia, ubicunque existentia, illic dominio suo præsentia esse intelliguntur, ac propterea isto quoque jure regenda sunt; tum quia creditores omnes, qui sequi in agendo debent forum rei, etiam maxime locum domicilii in contrahendo respexisse videtur, quippe in quo præcipue debitor, velut in foro præprimis competente, conveniendus est; tum denique quia, si leges vel loci in quo contractum est, vel fori in quo de creditorum prælatione ac concursu disputatur, observandas censueris, aut inapplicabilibus te difficultatibus implicaturus es, aut ad notabiles delapsurus absurditates. Etenim, si contractum singulorum loca spectari debere contendas, explicari non poterit, quid fieri debeat, si in Hollandia, Frisia, Anglia, Italia, Hispania diversi per eundem debitorem contractus initi sint, quorum regionum unaquaque diversis ex parte, quin & subinde contrariis de protopraxia legibus utitur, dum in Anglia aut Hollandia contrahentes ex

legibus Anglicanis aut Hollandicis præferri desiderabit ei, qui in Frisia contraxit; hic vero ex Frisia legis contrariis potior esse velit eo, qui in Hollandia vel Anglia effecit sibi devinctum debitorem. Quod si locum, ubi mobilia proseribuntur, & judicium concursus inter creditores agitur, spectandum existimes, quasi distributio pecuniarum inter creditores pars & sequela executionis sit, (posito, quod a libi, quam in loco domicilii postremi debitoris obzati mobilia vendi & iis de protopraxia agitari possit, cujus contrarium apud nos tunc obtinere, supra *b. t. num. 12.* dictum est) absurdum illud inde sequeretur, quod tunc non mobilium tantum sed & immobilium intuitu leges loci, in quo judicium de protopraxia agitur, observandæ forent; cum non minus distributio pecuniarum ex immobilibus, quam ex mobilibus redactæ, dici deberet executionis sequela aut pars; atque ita fieret, immobilia non ex lege situs regi, sed incerti juris subesse dispositioni, prout in hoc vel illo loco, diversis iuribus utente, contentio fuerit inter creditores instituta de prælatione. Quin imo, posito illo jure, quod judicium universale concursus creditorum in eo loco ventilari debeat, in quo debitor, cum moretur aut foro cederet, domicilium habuit, esse in arbitrio debitoris positum, ut migrando de loco in locum creditores non privilegiatos efficeret privilegiatos, hypothecam legalem faceret aliis nasci, aliis interire, prout aliud atque contrarium domicilii prioris aut rei sitæ legibus jus in novissimi domicilii loco vigerit: quod in immobilibus loco certo alligatis, nec arbitrio domini situm, mutantibus, ferendum non est; sed potius (cum jam ad immobilia nos deduxerit ratiocinium) in immobilium pretio inter creditores secundum cujusque privilegium distribuendo servandæ erunt leges locorum illorum, in quibus immobilia singula existunt, idque convenienter regulæ *in tit. de const. Princip. parte altera, de statut. n. 12.* firmata, ac dictanti, immobilia regenda esse jure loci, in quo sita sunt. Confer Ant. Matthæum *de auct. lib. 1. cap. 21. n. 38. & seqq.*

## TITULUS V.

### De distractione Pignorum & Hypothecarum.

#### SUMMARIA.

1. Quando creditor possit pignus vendere? Quando secundus creditor, cui pignus pignori datum est? An pignus obligatum pro debito annua bima trima die solvendo, vendere liceat, si prima pensionis intuitu mora facta sit? Prorogata termino solutionis debiti principalis etiam differenda venditio pignoris pro illo debito obligati.
2. An pignoris venditio impediri possit ex eo, quod parum restet solvendum? an debitoris denunciatione, aut pæne comminatione, aut prohibitione testamenti facta, ne res alienetur extra familiam, an intercessionem per secundum hypothecarium facta? An decreto opus, si vendenda sit res, quæ vel pupillo vel a pupillo pignori obligata est?
3. An ipse debitor possit pignus emere? & quid, si emerit? An, & quando creditor possit emere pignus jure Romano ac moribus?
4. Si plures res simul obligatae sint, creditor eligit, quam vendere velit. An generalem & specialem

- habens hypothecam vendere possit res generaliter obligatas anio speciale pignus distractum?*
5. *Qua solemnia addibenda fuerint in pignoris venditione?*
  6. *An valeat venditio pignoris privatim facta, si id pacto actum sit: cum debitor postea id non passeretur, vel aliorum creditorum interesset, ne id fiat?*
  7. *An venditio & subrepta additio valeat, si solemnia quadam omitta sint, vel decretum a non competente iudice sit interpositum, vel debitori nulla ante venditionem denunciatio facta sit? Et an tunc cum pretio etiam usura sint emtori reddenda?*
  8. *Quid juris, si solemnia quidem observata sint, sed vel is vendiderit, qui non habebat vendendi ius, vel, cum id haberet, in vendendo fraudulentem versatus sit? Et quid si apparitorum dolorem vilioris vendiderint? Quid moribus?*
  9. *Si fidejussor pignus emerit, vel secundus creditor ab antiquiore, posuit iure Romano debitor reddito pretio pignus ab emtore advocare. Non item moribus Hollandia. An venditioni pignoris potuerit apponi pactum, ut intra certum tempus redimere liceat? Quid moribus? An infirmata venditio pignoris ad abstinendam solutionem fiduciariam facta, si condemnatus deinde per definitivam absolvatur?*
  10. *Si pignus solemniter extraneo venditum ac traditum sit, in dominium acquirit, & vindicare rem potest; nec a debitore vel ceteris creditoribus inquietari potest; nec a creditore vendente, licet is ex alia causa agere vellet. Si antiquior creditor privatione a debitore pignus emenit, per reliquos creditores ei pignus evinci potest; sed tunc ipsi primo reviviscit suum pignus & praelationis ius. Quid juris si primus & secundus creditor simul privatim pignus emerint?*
  11. *Si posterior creditor pignus vendat, prior contra emtorem hypothecaria agere potuit, paucis caribus exceptis. Hoc agi contra eor, ad quod pretium pervenit, maxime si tempore iudicii concensus inter creditores debiti conditio adhuc pependit, et ob id debitum quidem indicatum, sed solutio obtenta non sit.*
  12. *An pignora venanda sint parata pecunia? An debitor liberetur, sit creditor ab emtore pretium consequi nequeat? An pignus iterum periculo primi emtoris vendi? quid moribus, si auctionarius pretium mobilium consequi nequeat? quid si auctionarius vel curator bonis datus fuerit cum pretio?*
  13. *De iure domini a Principe impetrando, si pignus emtorem non inveniat. An illud moribus adhuc in usu sit?*

1. **S**i debitor non solvat creditori quod debet, liberum est creditori, non primo tantum, sed & secundo, cui pignus pignori datum est, pignus distrahere, si modo primus debitor in mora sit: hoc enim in mora non existente ratione pignoris, dum vel pignus ipsum vel principale debitum tantum sub conditione, quae nondum extitit, contractum est, uti tunc primo creditori necdum distrahendi facultas nata est, ita nec secundo, qui ius omne suum ex

primi creditoris iure metitur, arg. lib. 1. C. si pignus pignori datum sit, junct. l. grege 13. §. si sub 5. ff. de pignor. et hypoth. Ut tamen vel trina denuntiatio praemitti debeat, faciendam debitori, antequam ad pignoris venditionem procedatur, secundum distinctionem quae est in l. si convenit 4. ff. de pignor. act. l. credi. or h. C. b. r. de qua plenius actum sit. de pignor. et hypoth. num. 21. 22. quia trina vel una denuntiatio interposita, etsi quibusdam placuerit, integro adhuc biennio expectandum esse, antequam ad pignoris venditionem procedatur, tamen aliis rectius visum, mox licite fieri distractionem, ac in l. ult. C. de iure domini impetis. non venditioni, sed impetrationi domini biennium praescriptum esse, ut videri potest apud Donellum de pign. cap. 10. circa med. Brunnemannum ad l. ult. C. de iure domini impetr. in fine, aliosque ibidem citatos; frustra dissentiente cum aliis Bachovio de pign. lib. 3. cap. 23. n. 5. Si debitum annua bima trima die solvendum sit, & pro eo pignus datum cum pacto ut distrahere liceat debito non soluto, post moram in prima pensione solvenda commissam procedere licet ad pignoris venditionem, etiam necdum secunda tertique pensionis dies venerit: licet enim una obligatio sit, tamen quia solutio in partes divisa est, & lapsus unquoque anno pars peti potest, §. at si ita 5. Instit. de verbor. oblig. l. si legatum 3. ff. de annuis legatis, imo lapsus ipse diei pro homine interpellat, l. magnam 12. C. de contrab. & emit. stipul. atque ita post anni primi lapsum debitor inceptit in mora esse, l. lecta 40. ff. de reb. creditis, sequitur ob moram talem ad pignoris distractionem iure perveniri; quod & Pomponius voluit in l. si necessarias 8. §. si annua 3. in fine ff. de pign. act. cum scripsit, sed ita scriptum sit, si qua pecunia sua die soluta non erit, statim competere pacti conventionem, ut scilicet pignus vendere liceat. Nec repugnant verba priora in d. l. 8. §. 3. proposita; eo quod in illis non regula continetur, sed ob verba quadam pecuniaria, quibus pactum de pignoris vendendi licentia comprehensum erat, responsio & definitio a generalibus iuris fundamentis deflebens ac pacti istius verbis accommodata proponitur: ait enim, si annua bima trima die triginta stipulatus, acceperim pignus, pacturusque sim, ut nisi sua quaque die pecunia soluta esset, vendere eam mihi liceret, placet, antequam omnium pensionum dies venires, non posse me pignus vendere, quia eis verbis omnes pensiones demonstrarentur. Adde Groenewegen ad d. l. 8. §. 3. Si pacto certum tempus insertum sit, intra quod non secuta debiti solutione pignus vendere liceret, deinceps autem novo pacto solvenda pecuniae dies proferatur, convenisse videtur, ne prius vendendi pignoris potestas exerceatur, t. cum solvenda 4. ff. b. r. l. solvitur 5. §. r. ff. quib. med. pign. vel hyp. solv.

2. Hanc vero pignoris venditionem non impedit, quod non multum restet exsolvendum, & res vendenda magni pretii sit, l. 2. C. de debitore venditionem pign. impedire non posse l. quamdiu C. b. r. ut ut tamen hic aequitati locus esse debeat, si forte ex fructibus aut pensionibus rei obligatae propediem refici possit exiguum illud, quod in debito remansit, arg. l. 1. C. b. r. vide Resp. Jurisc. Holl. par. 3. vol. 1. contr. 42. Similiter nec prohibitio per debitorem testamento facta, ne res alienetur extra familiam; aut denunciatio debitoris ne vendatur; aut poena comminatio, ut res fisco cedat, si vendita sit, vendendi licentiam

creditori aufert; cum per talia ius creditoris diminui aut deterius fieri non possit, l. 1. C. debitorem venditionem pignoris impedire non posse, l. filiusfamilias 114. §. divi 14. ff. de legatis. Sed nec creditoris hypothecarii posterioris intercessio; quippe cui per debiti offerendi licentiam, etiam invito hypothecario anteriori, abunde consultum fuit, ut titulo præcedente dictum. Nec denique venditionis licentia impeditur ex eo, quod res distrahenda vel pupillaris est, vel pupillo obligata; usque adeo, ut de rigore juris ne decreto quidem opus sit. Licet enim tutius agere dicatur creditor, si ad alienationem rei pignoratæ ad pupillum pertinentis ac legitimo modo obligatæ, decretum impetret, tamen simul additur, posse creditorem ius suum exequi, l. si pupillorum 7. §. si pupillus. ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cura &c. Et merito, cum frustra videatur implorari decretum, ubi id petenti non potest denegari, arg. l. pen. C. de præditi & aliis reb. minor. Sane si pupillus ipse, auctore tutore, non sibi obligatam velit distrahere, decreto opus non est. Si enim pupillus rem non suam, sed testatoris propriam, fideicommisso restituere rogatus, facere restitutionem possit sine decreto, quia testator dominus ita præcepit, l. magis puto 5. §. si fundus 4. ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cura, longe magis ei rem sibi pignori datam sine decreto distrahendi facultas asserenda est; tum, quia debitor quoque pignoris dominus expresse vel tacite distractionem permittit; tum quia per restitutionem ex causa fideicommissi recedit a pupillo restituente dominium temporarium; cum ex adverso per pignoris venditionem nihil ei pereat, sed magis ipse effectum pignoris, in quem illud datum erat, consequatur. Qua ratione nec per consilium causa manumissionis probanda est, quando minor annis viginti consentit in servi sibi obligati manumissionem, l. si pater 4. §. ult. ff. de manumissis vindicta, cum ex adverso proprii servi manumissio non nisi causa apud consilium probata secundum legem Æliam Sentiam potuerit expediri, §. eadem 4. Inst. quib. ex causis manum. non licet.

3. Quamvis autem quilibet regulariter ad distrahendi pignoris emtionem admitti possit, non tamen ipse debitor qui pignus dedit, eo quod nulla rei suæ emtio est; adeo ut, si minoris emerit quum erat in debito, & pignus petat, aut dominium vindicet, ei non totum debitum restituenti creditor possessionem restituere non cogatur, omniaque in integro maneant creditori, l. debitor a creditore 40. pr. ff. de pignor. act. l. si debitor 39. ff. de contrab. emt. vend. l. neque pignus 45. ff. de reg. juris. Nec ei contrarium est, quod a Paulo traditum in l. si mandavero sibi 22. §. si bi 5. ff. mandati, cum illic non quaratur principaliter, an emtio subsistat, qua debitor per interpositam personam pignus a se datum emerat, sed potius, an inter debitorem ipsum & interpositam ad emendum pignus personam subsistere potuerit mandati iudicium; ac respondetur, mandatum intelligi, licet, quantum ad meram rationem, mandatum non constiterit, quia id, quod mandatum erat, emtio nempe rei suæ, in persona debitoris inutile ac nullum erat; ut proinde lex illa sententiam nostram firmare magis quam subvertere videatur; licet alii contra sentiant, ut videri potest apud Ant. Matthæum de auct. lib. 1. cap. 10. n. 10. Sed nec creditor ad emtionem pignoris recte accedit, ac ne per interpositam quidem personam;

cum is ipse plerumque fuerit, qui pignus vendit; nemo autem a semet ipso emere queat, & simul emtor ac venditor esse. Plane, si debitore vendente creditor pignus comparaverit, consensu perfectam venditionem revocari per debitorem, exemplo grave, cum jam alius emtor alius venditor appareat, l. & qui sub 10. C. b. 1. l. Titius, cum 34. ff. de pignor. act. l. rescriptum, 12. pr. ff. b. 1. (ut tamen secundum creditor pignus avocare adhuc possit creditori primo, cui debitor pignus vendiderat, si ei offerat totum, quod ei est debitum a debitore, l. 1. C. si antiquior creditor pignus vendideris). Idemque est, si iudicati exsequendi causa magistratus iudiciale pignus vendat; cum enim tunc non per eum, qui iudicatum fieri postulavit, sed per officium seu apparitorem ejus, qui venditionem decrevit, res venundari soleant, nulla ratio est, cur non cum aliis ipse quoque creditor ad licitationem, ad instar extranei admittatur, l. cum in causa 2. C. si in causa iudicati pignus captum sit. Cumque moribus nostris pignus omne conventionale eodem modo distrahendum sit, quo iudiciale, quatenus creditor a iudice petere debet, probato pignoris iure, pignus illud per iudicis sententiam pronunciari executabile (ut loquantur) pro debito consequens est, nunc promiscue a pignoris emtione creditores hypothecarios non esse depellendos, utcumque ipsi petierint distractionem, Groenewegen ad l. 10. C. b. 1.

4. Si plures res creditori uni pignori obligatæ sint, creditoris electio est, qua re distracta ad suum velit commodam pervenire, l. creditoris 6. ff. b. 1. An autem is, qui & generalem & specialem hypothecam habet, ante excussam specialem hypothecam bona quædam generaliter obligata distrahere possit, tit. 1. n. 15. 16. dictum est.

5. Facienda distractio pignorum solemniter, auctione publica, l. 1. ult. C. de iure domin. impetranda, l. qua specialiter 9. C. b. tit. præmissa prescriptione in celeberrimis civitatis locis, maxime si immobilia sint, populo per præconem die auctionis convocato, hasta etiam plerumque posita; ac adhibita licitatione, adjectione, & additione plus licitanti facta. Quæ solemnitas pluribus exsequitur ac ex probatis firmat auctoribus Brissonius relect. antiquit. libr. 5. cap. 8. & de formulis lib. 6. pag. mibi 510. 511. Carolus Sigonius de antiquo iure civium Romanorum lib. 1. cap. 11. post med. vers. ius auctionis, & lib. 2. cap. 11. vers. ad argentariorum, præcipue Ant. Matthæus de auction. l. 1. cap. 2. n. 7. & seqq. Et quæ hodie ad solemnem pignorum venditionem requirantur, ex usu magis cusque fori, quam certis præceptis disci potest.

6. Qualiscunque autem lege municipali aut usu inveterato inductus fuerit pignoris vendendi modus, is servandus est, nec ab eo privatis creditorum ac debitorum conventionibus recedi potest, aut ordo mutari. Unde, si pactio id actum fuerit, ut creditori liceat auctoritate privata pignus vendere, tamen non nisi auctione publica ex iudicis decreto id recte fiet, quoties aut debitor venditionem privatim ex pacto fieri non patitur, aut aliorum creditorum hypothecariorum interest, ne quid tale fiat; quippe quibus ius suum venditione privata non periret, sed vel emtio nulla foret, vel res cum suo onere emtori quareretur, Neostadius Curia supr. d. cit. 89. quæ incipit Cornelius, Groenewegen ad §. 1. Inst. quib. alienare licet vel non.



Ant. Matthaeus de auctiō. lib. 1. cap. 3. n. 11. in fine, & cap. 16. n. 14. 15.

7. Quod si solemnitas quādam in pignorum distinctione praetermissa sint, sive dolo sive errore, si quidem notabiliora sint, sic ut ob eorundem omissionem res vilioris distracta fuerit, non modo debitor, sed & creditores, quorum interest plurius rem vendi, ab illo additionis decreto appellare possunt, ad id, ut additione priore rescissa, nova permittatur licitatio novaeque additio sequatur, aut etiam sine nova licitatione res addicatur ei, cui, cum plus obtulisset alius minus offerens in addicendo praelatus fuit, arg. l. duplex ratio 2. C. de fide & jure basta fiscalis. Ant. Matthaeus de auctiō. lib. 1. cap. 12. n. 15. Quinimo, ipso jure nulla erit venditio atque additio, si vel ex iudicis incompetentis decreto facta sit, vel sine praevius denunciationibus domino debitori faciendis interposita, adeo ut res vendita cum fructibus & omni causa vero domino restituenda sit, ac creditor, qui pretium accepit, illud emtori reddere teneatur, velut indebite acceptum, una cum usuris non a tempore solutionis, sed ex quo litis contestatio facta est; tum quia conditione indebiti usurae ejus, quod indebite solum, peti nequeant, l. 1. C. de condit. indeb. tum quia nostris moribus regulariter usurae officio iudicis non nisi a tempore litis contestatae adjudicari solent, ut dicitur t. de usuris. Neostadius Curia supr. decr. 100. Respons. Juris. Holl. par. 3. vol. 3. consil. 334. revocata 254. pag. 672. & seqq. Sed & aliis pluribus ex causis decretum substationis & additionis nullum esse, pluribus exsequitur Ant. Matthaeus de auctiō. lib. 1. cap. 16. n. 2. & multis seqq.

8. Non idem per omnia dicendum, si solemnia venditionis ex lege vel more observata quidem fuerint, sed tamen alia ratione in vendendo peccatum sit; dum vel is vendidit, qui non habebat vendendi jus, vel is, cui jus vendendi quaesitum erat, fraudulenter in distrahendo versatus est. Nam si is vendiderit, qui non habebat vendendi jus, inutilis jure Romano habebatur venditio, nec ullum debitori domino infererebatur praedictum; nisi tantum a venditione interposita elapsum fuisset temporis spatium, quo usucapio per leges impleta habebatur; quo casu veteri domino adversus creditorem vendentem actio danda erat, l. servos 2. C. si vendito pignore agatur, arg. l. 1. C. de commun. rer. alienat. Caruisse autem intelligitur vendendi jure non ille tantum, qui nullum habuit in re vendita hypothecae jus, sed & qui, cum pignoris vinculo res ei teneretur, venditionem ad finem perduxit, postquam ei a debitore vel ab alio pro debitore solutio legitimo modo oblata esset, ac ipse eam recusasset acceptare, l. 2. C. debitorem vendit. pign. imped. non posse, l. si residuum 5. C. b. t. de distract. pign. arg. l. ult. C. si antiquior creditor pign. vendid. Sin ex adverso vendendi jus habens, dum & pignus ei constitutum & in solvendo mora continuata est, fraudulenter in distrahendo versatus sit, venditio quidem subsistit ac rata manet, sed debitor contra vendentem ob dolum agere potest ad id quod interest, fraudem in vendendo haud interveniens, l. 1. C. si vendito pignore agatur, l. si cessante 7. C. b. t. Qua ratione etiam apparitores pignora iudicati exsequendi causa capientes ac distrahentes, actione doli teneri domino rerum, quoties dolo eas viliori pretio proiecerunt, Ulpianus auctor est, l. si pignora 50. ff. de evictiō. quemadmo-

dum & creditor, cuius negotia gerere videntur, actione negotiorum gestorum, l. ai prator 3. §. si executor 8. ff. de negot. gestis. Adde iiii. de dolo malo n. 22. Quod, & in subsidium, quando dominus ex bonis creditoris aut apparitoris dolosi, jam ad id quod interest damnati, indemnitas servari nequit, emtor cogi potest, ut res cum fructibus restituat debitori, recepto pretio cum usuris; praecipue quidem, si & emtor fraudis particeps fuerit, d. l. 1. l. cum contra 4. C. si vendito pign. agatur, sed tamen & tunc, cum in bona fide hāsīt, ut generaliter rescriptum in l. si uxor 3. C. si vendito pign. agatur, quo tamen casu de fructibus cum non teneri, magis placuit. Ant. Faber Cod. lib. 8. tit. 20. definit. 5. Joh. Papon lib. 18. tit. 5. art. 27. Idemque est, si fisco pro debitis fiscalibus bona debitorum distrahente apparitores ea viliori pretio ex gratia vendiderint, l. duplex ratio 2. C. de fide & jure basta fiscalis, l. si quos debitorum 10. C. de rescind. vend. Sed cum difficulter moribus hastae fiscalis fides convelli soleat, magis est, ut nec his in casibus, quibus vel is vendidit, qui vere non habebat vendendi jus, vel creditores aut apparitores dolum in vendendo adhibuerunt, ac solvendo non sunt, venditio infirmari debeat; cum utique debitori liberum, imo necesse fuerit, sese opponere venditioni per eum petita, cui distrahendi facultas nata non est, vel ante additionem arguere dolum creditoris aut apparitoris, vel saltem ab interposito additionis decreto propter adhibitam apparitoris aut creditoris fraudem appellare, nisi et emtor fraudis particeps fuerit; cum alioquin ne restitutio quidem ex capite doli adversus tertium, qui dolo caruit, implorari queat, ut dictum iiii. de dolo num. 10. Confer iiii. de resc. vend. num. 16.

9. Et hoc ipsum, quod nempe difficilium nunc rescindantur additiones in auctionibus publicis ex decreto facta, quam quidem de jure Romano, ex aliis quoque manifestum est. Nam, cum jure civili debitor post plenam in actione publica pignoris venditionem seu additionem, ac subsecutam traditionem, potuisset emtori offerendo pretium cum usuris recuperare pignus, si non extraneus, sed fidejussor, qui pro eodem debito intercesserat vel secundus creditor, ab antiquiore pignus emisisset, vel antiquiori obtulisset debitum, atque ita quodammodo pignus comparasset; quasi fidejussor, ut bonam fidem praestet, non tam emere & sibi negotium gerere debuerit, quam potius debitori, pro quo fidem interposuit, atque ita tum fidejussor tum creditor posterior non tam domini acquirendi quam pignoris aut crediti servandi causa pecuniam dedisse ac pignora suscepisse viderentur, l. 1. C. de dolo, l. si mandati. 50. §. 1. ff. mandati, l. cum secundus 5. §. 1. l. 6. ff. b. t. (quod & in Frisia adhuc servatur. Sande decht. Frisic. lib. 3. tit. 12. definit. 18.) nostris tamen moribus neque fidejussor neque creditor, qui auctione publica pignus compavit, illud pretio recepto restituere debitori compellendus est, Groenewegen ad l. 1. C. de dolo, & ad l. 6. ff. b. t. Et quamvis jure Romano creditori licuerit distraktioni pignoris pactum adiacere, de re vendita sibi aut debitori restituenda, si ipse aut debitor intra certum tempus pretium reddiderit, adeo ut vi talis pacti debitor vel suo nomine agere poterit oblata pecunia ad restitutionem, perinde ac si ipse vendidisset & pactus esset, vel saltem a creditore petere, sibi cedi actionem ubi sibi ipsi credi-

tor pacto servaverat pignoris redimendi facultatem, *l. si creditor 7. pr. C. 1. ff. b. t. l. si, cum venderet 13. ff. de pignor. act.* tamen, cum hodie pignora conventionalia eodem modo distraherentur ex decreto iudicis, quo judicialia, & hæc æque Romano ac hodierno jure dividantur sine ulla redhibendi conditione dum omnia omitti debent, quibus emtores absterri possent, ac venditio difficilior effici, atque ita deterius reddi creditorum jus; consequens est, nec ea ratione emtores ab emtione, semel per additionem solennem impleta, depelli posse per factam a debitore pretii oblationem. Quæ adeo vera sunt, ut, si fiduciaria solutionis per interlocutoriam sententiam decretæ intuitu pignora capta atque distracta fuerint, ac deinde per definitivam interlocutoriam revocetur, ne tum quidem emtori a debitore pignus emtum auferri possit oblato pretio, sed sufficere debeat vincenti per definitivam, quod adversus victum ad soluti & ejus quod interest restitutionem agere ex cautione possit: eo quod ad distractionis validitatem sufficit, eum rite condemnatum esse, ita post Ant. Fabrum *C. lib. 8. tit. 17. defin. 25. Ant. Matthæus de auction. lib. 1. cap. 16. n. 50.*

10. Illud Romano & hodierno juri commune est, quod, si antiquior ac jure potior creditor pignus sollemniter extraneo venderit, aut decreto iudicis per apparitores distrahi curaverit, extraneus ille emtor neque per debitorem, neque per creditores tempore posteriores aut jure debiliores, ullam oblato pretio soluto pati teneatur emtæ rei oblationem, sed plenissimo & irrevocabili jure dominus fiat, *l. cum prior 5. ff. b. t. l. 1. 2. C. si antiquior cred. pign. vendid. l. si generaliter 6. C. qui pot. in pign. & contra possessores quoscunque possit in rem actionem exercere, l. obligatis 15. C. b. t. nec vinci, si conveniatur de proprietate, si modo debitor dominus fuerit, l. qui a creditore 13. C. b. t. junct. l. si is 10. ff. b. t. vel ipse creditor, qui vendidit, ejusdem rei ex alia causa vellet questionem movere, l. C. si is 10. ff. b. t. Sande docet. *Erstic. lib. 3. tit. 12. defin. 18.* Uti ex adverso, si creditor antiquior pignus non auctione publica sed privatim a debitore comparaverit, liberum reliquis est adversus eum hypothecaria agere, & pignus evincere perinde ac si extraneo debitor pignus vendidisset, *l. 1. C. si antiquior cred. pign. vend.* Quo tamen casu creditor antiquior, cui jam per emtione domino facto desiderat res pignori esse, dum rei suæ pignus non subsistit, jus suum pignoris cum prælatione ita reviviscit, quasi nulla pignoris emtio intervenisset; cum etiam re ipsa emtio per hypothecariam a posteriore intentatam & evictionem subsecutam hæcenus infirmetur, atque ita eventus docuerit, revocabile tantum dominium creditori primo fuisse quæstum; quo fit, ut ablato domino pristina jura redintegrentur, *d. l. 1. C. si antiquior cred. pign. vend. l. pen. §. 1. ff. de except. rei judicata, eoque faciunt, quæ de juribus post retractum emtori reviviscitibus dicta sūt. de leg. commissor. num. 23. in fine. Christinaus vol. 4. decr. 162. Tiraquellus de retract. gentil. §. 1. gloss. 7. n. 70. Matthæus de afflictis decr. 16. Responsa jurisc. Holl. par. 1. consil. 231. Ant. Matthæus de auction. lib. 1. cap. 14. num. 11.* Secus quam obtineret, si & antiquior & posterior creditor simul una emtione emissent privatim a debitore prædium sibi obligatum; tunc enim alter in alterum*

nullam haberet actionem, quia consensum mutuo venditioni dedisse intelliguntur & juri pignoris renunciasse, *l. Titius 9. ff. quib. mod. pign. vel hyp. solv.*

11. Quod si posterior creditor hypothecarius pignora distraxerit, prior ac jure potior nullam contra posteriorem creditorem de pretio ex pignorum venditione retracto actionem habuit, sed tantum contra tertios pignorum possessores hypothecaria experiri jus civile ei permisit; eo quod pecunia ex pignore retracta pignori obligata non est, nec in iudiciis particularibus in locum rei succedit, *l. 1. ff. b. t. junct. l. idemque 7. §. si tibi 1. in fine ff. qui pot. in pign. l. qui vas 43. §. ult. ff. de furtis, nisi heres sub beneficio inventarii adita hereditate distraxisset, & creditores jura debiliora habentes ex pretio dimisisset, l. ult. §. sin. vero 5. C. 6. de jure deliberandi, vel fisco tanquam creditori potiori debitum esset, l. pecunia 5. C. de privi. fisci, l. deferre 13. §. ult. l. 19. 20. 21. ff. de jure fisci.* Sed cum hodiernis moribus omnis venditio pignorum conventionalium ac legalium æque ac judicialium ex decreto iudicis solemniter facienda sit, & pretium inde retractum non aliter creditoribus cedat, quam si caverit de restituendo, ubi alii emerint potiora jura habentes, atque ita pretium auctoritate publica surrogetur in locum rei, magis est, ut nunc emtores additione fideique publica muniti inquietari nequeant per eos, qui se in pignore potiores esse contendunt, sed vi cautionis adversus creditores posteriores ex pretio dimissos agendum sit, quoties justa subest excusatio, cur non maturius ac re adhuc integra de jure suo experti fuerint, qui se ajunt potiores esse, Groenewegen *ad l. 13. Cod. de reu. & ad tit. C. si venditio pignore agatur. Leeuwen cons. for. part. 1. lib. 4. cap. 10. n. 9. in fine, vel quoties conditio debiti aut hypothecæ constitutæ adhuc in pendenti est eo tempore, quo inter creditores de prælatione sententia fertur, vel in casum evictionis, quæ necdum secuta est, fundus pignori obligatus est, cum his in casibus tantum jus suum ex conditione suspensum denunciare interim creditor possit ac debeat, tempore eo, quo de prælatione disputatur, ac nequitiam impetrare debiti ex conditione etiamnum suspensi & adhuc incerti solutionem. Neostadius *Curia supr. decr. 97. (vel 96.) qua incipit, Guilielmus. Tiraquellus de retractu gentil. §. 1. gloss. 10. n. 45. Adde tit. de iudiciis n. 28.**

12. Licet autem regulariter parata pecunia pignora distrahenda sint, adeo ut, emtore pretium non solvente, iterata fieri possit ejusdem rei venditio periculo primi emtoris, *l. a divo Fro 15. §. sed si emtor 7. ff. de re judicata, junct. l. si fundus 4. §. pen. ff. de leg. commissoria, potuit tamen creditor pignus vendens fidem emtori habere de pretio, si aliter bonis conditionibus res emtorem non inveniret, arg. l. eleganter 24. §. si venderis 2. ff. de pign. act. l. quæritum 9. ff. b. t. eo modo, quo & in casum evictionis duplum repromittere, si ob id plurius pignus distrahendum esset, l. si pignore 22. §. ult. ff. de pignorat. act.* Si tamen creditor deinceps ab emtore pretium consequi nequeat, nec culpe possit argui, debitor adhuc obligatus manet, quia ex necessitate facta venditio non liberat debitorem, nisi pecunia percepta, *d. l. quæritum 9. ff. b. t.* Plane si nostris ex moribus auctione publica res mobiles per auctionarium, seu præconem distractæ sint, ac is pretium ab

## TITULUS VI.

## Quibus modis Pignus vel Hypotheca solvitur.

## SUMMARIUM.

emtor non exegerit, periculum neque creditoris, sed ipsius auctionarii est; quippe qui imputare sibi debet, quod emtoris fidem secutus fuerit, nec rem pro pretio retinuerit, aut idoneos ab eo exegerit fidejussores; quod variis statutis cautum docet Ant. Matthaeus de auction. lib. 1. cap. 15. n. 11. Subiungens n. 12. creditorum periculum fore, si vel auctionarius vel curator bonis datus cum pecuniis exactis fugerit, aut alias solvendo non sit.

15. Si pignus vendendum emtorem non inveniat, totoque biennio sic venale fuerit habitum, petitur & impetratur deinceps per creditorem a Principe, non magistratu, *elegantius 24. pr. ff. de pignor. act. l. si is, qui 63. §. ult. ff. de acquir. rer. domin.* (licet olim in pignore judiciali etiam praetoribus ea potestas videatur data ex rescriptis Imperatorum, *l. a Dioc. Fio 15. §. si pignora 3. ff. de re judicata*, ad qua rescripta generalia praetores ea potestate munientia, videtur pertinere quod dicitur a Gordiano, *autloritate Principis dominium creditori addici solere, l. ult. C. si in causa jud. pign. cap. sit*), dominium pignoris justo pretio aestimanti, adeo ut superfluum creditor debitori restituat, & ejus, quod minus est in pretio quam debito, salvam habeat executionem. Quod & obtinet, si post impetratum dominium creditor pignus vendat. Ut tamen Princeps non ante dominium addicat creditori, quam si prius ex jussu Principis magistratus debitori certum adhuc temporis spatium praehierit, intra quod ille creditori satisfaciat, ac ne sic quidem venerit debitumque obtulerit. Sed & post domini impetrationem debitori adhuc integrum est intra biennium continuum pignus recuperare, impensis redditus debitoque soluto, ne debitor temere rerum suarum dominium amittere viderentur, uti haec omnia plenius traduntur in *l. ult. C. de jure domin. impetr.* Quae tamen impetratio domini non impedit, quo minus verus dominus rem evincat, si doceat, eam suam esse, ac per errorem a Principe vel debitoris propriam fuisse, additam, arg. *l. elegantius 24. ff. de pignor. act.* cum Princeps non soleat beneficia concedere in alterius injuriam, *l. nec avus 4. C. de emancip. liberor.* & res inter alios acta vel judicata aliis non noceat, *l. saepe constitutum 63. ff. de re judicata*, ac ipsa quoque res in iudiciis divorsis uni adjudicata recte evincatur, si aliena appareat, licet alioquin adjudicatio quoque dominium tribuat, arg. *l. si per errorem 17. ff. de usurp. & usucap. junct. §. ult. inst. de offic. judicis.* Ceterum haec dominiorum impetrationes tantum in speciali, non item in generali pignore locum habent, *l. 1. C. de jure Domini impetr.* & censetur creditor, qui jam dominium impetraverat, ab ea impetratione destitisse, si postea usuras aut debiti partem receperit a debitor, *l. 2. C. eod. tit. arg. l. post diem 7. ff. de lege commissoria.* Quid, quod & moribus nostris tota domini impetratio abolita est, dum creditores ipsi hypothecarii, qui subhastationem impetrarunt, ad licitandum admittuntur, atque ita vel emtionis titulo sibi pignus acquirere, vel licitando emtores extraneos addigere possunt ad justa pignorum venalium pretia constituenda, *Groenewegen ad tit. C. de jure domin. impetrando, Parens p. mem. Paulus Voet ad §. 1. Instit. quib. alien. licet vel non num. 4. post alios ibidem citatos.*

1. Pignus solvitur, si creditor fiat dominus pignoris nisi creditor antiquior pignus privatum emerit, & secundus creditor id evincat.
2. Etiam sublato principali debito per confusionem, solutionem, novationem &c. An si liberi mariti iurici successorum, bona vitrici liberentur a vinculo pignoris legalis? Quid juris, si pignora in novatione reperta sint? An pupillus conceatur novasse obligationem ex tutela & perdidisse pignoris jus, si post pubertatem usuras reliquorum acciperet? Totum debitum debet solutum esse, licet plures debitoris heredes sint. Quid, si primus debitor solverit, cum pignus pignori datum esset?
3. An, cum remissione principalis debiti inutilis sit, remissio quoque pignoris invalida sit?
4. An evanescat vinculum pignoris, si mancipium obligatum manumittatur aut prostituatur? Pignus extincto, an debitor cogi possit, ut aliud pignus det pro annuo reddito vel alio debito?
5. De pacto ne res pignori sit, reddidit pignoris, aut instrumenti continentis obligationem pignoris.
6. An solvatur pignus, si creditor in rei obligata alienationem consenserit expresse vel tacite? Quid si tantum sciverit rem alienari nec contradixerit, cum jure civili sum moribus circa mobilia & immobilia?
7. Quid si alienatio, in quam consensit creditor, non sequatur, vel non eo modo, vel ab ea jam facta recedatur? An reviviscat pignus, si rei postea redeat in dominium debitoris ex nova causa.
8. Quando verum sit, quando non, resoluta jure dantur jus pignoris resolvi? ubi de usufructu finito, qui obligatus erat, de pignore pignori dato, si debitor primas solvat; de emphyteusi aut superficies amissa; de re fideicommissi conditionali obnoxia interim per gravatum pignori data; de re in diem addita, vel sub lege commissoria vendita interim obligata, si venditio resolvatur. Quid, si obligata sit res, qua vendita erat, sub conditione, ut si displicuisset, reddere liceret, vel qua ob vitium reddidetur?
9. An rescissa venditione ob enormem lesionem res interim per emtorem obligata redeat ipso jure libera ad venditorem, distinctione explicatur.
10. Si jus pignoris ex conventionem vel lege tantum ad certum tempus constitutum sit, vel dominus consenserit, rem suam usque ad annum obligari, lapso tempore res desinit obligata esse. Quid si dominus directus consenserit in feudi oppignorationem, sed ea lege ut intra sexennium luatur?
11. An extinguatur pignus, oblatio pignore alio aequo idoneo invito creditori?
12. An legale pignus pereat per conventionalem, vel per fidejussorem datos?
13. An sola oblatione debiti sine depositione?
14. An mutatione forma rei obligata? vel nova specie facta? An debitor invito creditore possit domum pignoratam destruere, aut formam rei mutare?
15. An priori creditori pereat suum pignoris jus, si consenserit, alteri creditori rem eandem obligari?

16. *An resolutio jure pignoris ob chirographarium debitum pignus reineri possit? An & pro usuris debiti chirographarii?*

1. Pignoris obligati vinculum multis potest dissolvi modis, puta, si creditor fiat dominus pignoris ex contractu, successione, aut alia quacunque ratione; eo quod, uti res suam nemini servire potest, *l. usufrui 5. pr. ff. si usu fruct. pol. vel ad al. pert. neg.* ita nec pignori devincta esse, adeoque res devenit ad eum casum, a quo initium habere non potest, *l. si rem alienam 29. ff. de pignorat. act. l. neque pignus 45. ff. de reg. jurit.* Si tamen antiquior creditor privatim pignus a debitore consecutus sit, ac posterior deinde evincat pignus, antiquiori suum reviviscere jus pignoris cum praelationis prerogativa, *tit. 5. num. 10. dictum fuit.*

2. Sed & si debitum principale solutione, vel obligatione, consignatione ac depositione pecuniae debetur, vel compensatione, vel voluntaria novatione, vel remissione, vel pacto de non petendo, vel iurejurando ad delationem aut relationem partis praestito, vel sententia iudicis, vel confusione dum creditor debitori succedit, aliove simili modo, quo obligationes aut ipso jure aut ope exceptionis dissolvi solent, sublatum sit, pignoris quoque vinculum inutile redditur; cum sublato principali accessorium tollatur, *l. solvitur 5. pr. & §. ult. l. 6. pr. & §. 1. l. si deferens 13 ff. b. t. l. ult. C. de luit. pignoris, l. si debitor 4. ff. qui pot. in pign. l. si praequam 8. C. de distract. pign. l. si rem alienam 9. §. omnis 3. ff. de pignorat. act. l. cum re 3. & tot. tit. C. de remiss. pignor. l. si tibi decem 17. §. de pignore 2. ff. de pactis, l. ult. C. de pignor. act. l. novatione 18. ff. de novation. Hinc, cum bona vitrici liberis prioris matrimonii legali hypotheca obligata fuissent ob id, quod eorundem matrem tutricem, non redditis rationibus aut reliquis non illatis, duxisset uxorem, ac liberi illi deinceps suae matri simpliciter sine inventario heredes extitissent; iudicatum fuit, extincta eo modo obligatione principali materna ex administratione tutelae nata, nec vitrici bona ulterius remansisse privignis devincta, arg. *l. Gracianus 71. ff. de fidejussor. Sande decis. Fris. l. 3. tit. 12. defin. 4. in fine.* Ut tamen respectu novationis duret pignus una cum temporis prerogativa, si illud novationis interpositae tempore repetitum fuerit, *l. creditor acceptis 3. l. creditor, qui 12. §. Papinianus 5. ff. qui pot. in pign. l. solum 11. §. novata 1. ff. de pignor. act.* Adde *tit. 4. num. 32.* nec pupillus novasse intelligatur, ad id ut suum perderet privilegium aut hypothecae jus, si post pubertatem rationibus a tutore acceptis, resignationem ejus secutus, usuras acceptaverit, *l. qui nominibus 44. §. 1. ff. de admin. & peric. tut.* Et quod attinet solutionem, non dubium, quin & sub ea comprehendatur, si creditor ex pignore fructus, debiti quantitatem aequantes perceperit, quoties non subest pactum antichresios, *l. 2. 2. ult. C. de pignorat. act. l. 1. C. de distract. pign.* Nec aliter solutione vinculum pignoris peremptum intelligitur, quam si totum debitum exsolutum sit, *d. l. 9. §. 5. ff. de pignorat. act. l. quamdiu 6. C. de distract. pignor.* usque adeo, ut non sufficiat, unum ex pluribus ejusdem debitoris heredibus suam exsolvisse hereditariam portionem, sed vel ab omnibus, vel ab uno pro omnibus solutionem integri debiti fieri necesse sit, cum indi-*

vidua credatur pignoris causa, nec obligatio individua ex persona heredum mutationem recipiat, *l. 1. 2. C. de luit. pign. l. 1. C. si unus ex plurib. hered. debet. aut. cred. l. unus ex multis 16. C. de distract. pign. junct. l. stipulationum 2. §. ex his igitur 2. ff. de verb. obligat. Vide tit. de pignor. act. n. 6.* Plane, si pignus pignori datum fuerit, & creditori primo per primum debitorem solum sit, etiam creditoris secundi intuitu vinculum pignoris interire verius est; cum resolutio jure dantis etiam accipientis jus resolvatur, nisi creditor secundus debitori primo denunciaverit, ne is primo creditori solvat, donec sibi satisfactum fuerit, *l. 2. C. si pignus pignori dat. tit. l. grege 13. §. cum pignori 2. ff. de pignor. & hypo. b. l. debitor a creditore 40. §. ult. ff. de pignor. act. junct. l. nomen 4. C. quae res pign. oblig. poss.*

3. Quod si inutilis sit remissio debiti, pignoris quoque remissio invalida erit, si modo eadem in pignore, quae in principali debito, ratio sit, *l. debitum 5. C. de remiss. pignor.* Unde si debitor debitori suo debitum remisit in fraudem creditorum, pro quo debito pignus obligatum erat, pignoris aequae ac debiti remissio effectu caret, arg. *l. & si pignus 18. ff. quae in fraud. credit. facta sunt ut restit.* Idemque est, si metu vel dolo inductus, vel lubrico aetatis lapsu creditor debiti principalis hypothecarii fecerit remissionem; in quantum per restitutionem in integrum ex iustis hisce causis aequae pignoris ac debiti persecutio redintegratur. Diversum obtinet, si non eadem debiti principalis inutiliter remissi, quae pignoris ratio inveniantur. Cum ergo donationes inter virum & uxorem, atque adeo etiam debiti remissionem, per quas remittens pauperior & alter ditior efficitur, iure civili reprobatae essent, *tot. tit. ff. de donat. inter vir. & uxor. pignorum autem remissiones non inciderent in prohibitam inter conjuges donationem; d. l. 18. ff. quae in fraud. credit. facta, l. etiam constante 11. C. ad Senatus. Vellejanum,* consequens est, inutili pronunciata donatione, pignoris tamen persecutionem semel remissam extinctam manere: ac de eo casu accipienda *l. 1. §. 1. Donellus ad l. 11. C. ad SConr. Vell.*

4. Manente principali debito, pignoris jus solvitur, si creditor ancillam sibi pignori datam prostituerit, vel aliud improbum facere coegerit, *l. eleganter 24. §. in pignoratitio 3. ff. de pignorat. act.* aut servus in aedes inductus, atque ita tacite pro pensionibus obligatus; vel generaliter tantum cum ceteris debitoris bonis jure pignoris devinctus, a domino manumittatur ante praeclosurem, *l. pen. ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacite contrah. l. 2. 4. 3. C. de servo. pignori dato manumisso.* Adhuc, si res pignoratata intereat, *l. sicut 8. pr. ff. b. t. vel ab hostibus capiat.* Vide Responsa Jurisc. Holl. part. 3. vol. 2. consil. 1. Nec compelli debitor potest, ut perempti pignoris loco rem aliam obliget, utcumque pignus in annui redditus securitatem constitutum esset; licet enim in praeioris stipulationibus ita jus sit, ut saepius interponi debeant ubi sine culpa stipulantis cautum esse desiit, *l. praeioris stipulationes 4. ff. de praeioris stipul. l. si in, a quo 3. §. ult. l. 4. ff. ut in potest. leges. vel fideicom. nomine esse liceat,* in ceteris tamen una securitatis praestatione defungi debitorem, nec singulis momentis onere cavendi oportere gravari, verius est. Jacobus Coren. observ. 55. lit. L. & M. Lambertus Goris

*adversar. tract. 1. cap. 3. n. 4. Covarruvias var. resol. lib. 3. cap. 7. n. 6. vers. quod item diximus.*

5. Perit insuper solum pignoris vinculum, si a creditore ipsum remittatur pignoris jus, sive tacite, cum res obligata restituitur aut legatur debitori, vel ipsum redditur aut legatur chirographum, quo pignoris obligatio comprehensa est, *l. 1. ff. de lib. ar. legata. l. creditricem 7. C. de remis. pign.* sive expresse, pacto interposito, *ne amplius res obligata sit*; quo casu hypotheca quidem nexum ipso jure, pignoris vero traditione perfecti, obligationem ope tantum exceptionis dissolvi, plenius traditum, *tit. de pactis n. 3.*

6. Evanescit præterea pignus manente debito, si creditore consentiente debitor rem obligatam tertio venderit, permutaverit, donaverit, in dotem dederit, aut alio quocunque modo alienaverit; nisi consenserit salvo sui pignoris jure, aut ea lege venditionem fieri passus sit, ut non ante discedatur a pignore, quam postquam sibi ex rei vendita pretio satisfactum fuerit, *l. si debitor 4. §. 1. l. si consensit 7. l. sicut 8. §. quod si sit 9. & 10. ff. b. t. l. si probaveris 2. C. de remis. pignoris.* Nec interest, utrum ipse debitor venderit, an heres ejus ex consensu per defunctum impetrato, *d. l. sicut 8. §. si debitori 16. ff. b. tit.* Nec utrum creditor expresse consenserit, an tacite, dum forte subscripsit in tabulis emtionis, si modo non manifeste in subscribendo deceptus sit, *d. l. sicut 8. §. non videtur 15. in fine ff. b. t.* Sed & si rati habitio post venditionem a debitore factam supervenerit, pro consensu erit, *d. l. si debitor 4. §. 1. in fine ff. b. t.* Sola tamen scientia creditoris cum silentio conjuncta non inducit consensum in alienationem, cum magis ideo passus videatur venire rem, quod sciebat, ubique pignus sibi durare, *d. l. sicut 8. §. non videtur 15. in pr. ff. b. t.* nisi servus specialiter pignori nexum, sciente nec contradicente eo cui obligatus erat, a debitore manumissus ac in libertate moratus fuerit, libertatis favore, *l. 1. C. de remis. pignoris*, vel creditores eo tempore, quo prædium solemniter sub hasta distrahebatur, programme admoniti, cum presentes essent, jus suum executi non sint; eo quod hasta fiscalis fides non facile convelli debet, *l. si eo tempore 6. l. si hypothecas 8. C. de remis. pignoris.* Quin & secundum mores hodiernos mobilia, sive specialiter sive generaliter ex conventionale vel lege devincta, transire sine ullo onere in quemvis possessorem, sive oneroso sive lucrativo fuerint titulo alienata, uti & immobilia generali hypotheca conventionali nexa ac ex oneroso titulo per debitorem translata, licet creditor in rerum talium mobiliū ac immobilium alienationem non consenserit, ac forte nec scientiam habuerit translationis a debitore factæ, plenius expositum *t. l. n. 13. 14.*

7. Non aliter tamen creditoris in alienationem consensu perimitur pignoris jus, quam si ea vere subsecuta fuerit, eo modo, ac tempore, cæterisque qualitatibus ac circumstantiis servatis, quibus creditor suum in alienationem consensum circumscripsit. Nam si non venierit res, in cuius venditionem creditor consenserat, vel vendita quidem sit, sed a venditione recessum fuerit, vel venditio ex aliqua causa inutilis sit, persecutio pignoris etiamnum salva est, *l. si debitor 4. §. ult. d. l. sicut 8. §. si voluntate 6. l. 10. ff. b. t.* Sed & si intra annum vendi permiserit, alienatio post annum secuta non aufert jus creditori, *d. l. 8. §. pen. ff. b. t.* Plane si consensu in venditionem interposito,

debitor donaverit rem pignoratam aut in dotem dederit, vel vice-versa, voluntatis magis quam juris questionem hanc esse, ac ex circumstantiis oportere judicari, utrum & in eum alienandi modum videatur voluisse consentire creditor, patet ex *d. l. 14. §. 11. 13. 14. ff. b. t.* Porro alienatione semel recte facta ita secundum juris civilis dispositionem evanescebat pignoris vinculum, ut ne redintegraretur quidem; si postmodum ex nova causa res eadem in debitoris revertetur dominium ac potestatem *l. ult. C. de remis. pignor.* Quod tamen hodie mutatum monet Groenewegem *ad d. l. ult.*

8. Resolutio quoque jure ejus qui pignus dedit, creditori suum jus pignoris interire necesse est. Quod tamen non semper ipso jure, sed sæpe tantum ope exceptionis fit. Ipso quidem jure id contingit, quoties is, qui rem pignori obligavit, plenum in ea res non habuit, sed penes alium fuit potentius jus domini vel præsentis vel futuri, ex quo res illa obligata invito eo, qui obligaverat, reverti potest. Quæ ratione, si quis pignus pignori dederit, secundo creditori protinus evanescit pignoris jus, quam primum creditori primo, qui pignus pignori dederat, per debitorem primum, solutio debiti facta est, ut supra probatum *n. 2. in fine.* Idemque est, si fructuarius suum usumfructum pignori obligaverit, & is morte fructuarii aliove simili legitimo modo extinctus ad proprietatem revertatur, *l. sicut 8. pr. ff. b. t. arg. l. si quis domum 9. §. hic subiungi 1. ff. locati vel emphyteuta aut superficiarius suam emphyteusin aut superficiem; & dein ob non solum canonem aut solarium fundus redeat ad dominium directum ex jure commissi, l. lex vestigali 31. ff. de pignor. & hypoth. arg. l. etiam superficies 15. ff. qui pot. in pign.* Sed & si heres rem a defuncto sub conditione legatam aut fideicommissio relictam, eadem pendente, pignoris nexui effecerit obnoxiam, existente conditione res ipso jure liberata per legatarium vindicari potest, *l. ult. §. si autem 3. C. commun. de legatis, l. grege 13. §. statu liber 1. ff. de pign. & hypoth.* Nec aliud obtinet; si cum lege commissoria res vendita vel in diem addicta fuerit, ita ut puram ista pacto venditionem fecerit, atque adeo translata in emtorem dominium emtor interim pignori obligaverit, sed postea ob non solum pretium vel ob allatam conditionem meliorem res inempta fiat, *l. si res 3. ff. b. t. l. ubi autem 4. §. sed & Marcellus 3. ff. de in diem additione.* Quorum omnium exemplorum, etiam a Vinnio in *relect. quart. libr. 2. cap. 5.* relatorum, illud fundamentum est, quod non plus juris habere poterit creditor, quam habet is, a quo pignus tenet, *l. si superatus 3. §. 1. ff. de pign. & hypoth. l. nemo plus juris 54. ff. de reg. jur.* Jam autem in superioribus omnibus casibus non nisi revocabile dominium aut jus debitori oppignoranti quæsitum fuerat, quod & sciebat, aut saltem ignorare non debebat creditor, arg. *l. qui cum alio 19. ff. de reg. juris*, ac proinde queri non debet, si ipsi pignus pereat, dum debitori suum ab initio revocabiliter tantum acquisitum evanescit jus, sed magis sibi imputet, quod tam lubrica cautione voluerit contentus esse. Nullus certe, ut jam dictum, plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet; ac proinde, cum in casibus superioribus is, qui pignori dedit, revocabile ac temporarium tantum habuerit dominium aut aliud jus

absurdum esset. illud alteri constituere pignoris jus, ultra tempus illud, quo penes eum ex precedente conventionē, vel defuncti voluntate, jus illud debebat permanere. Diversum est, si res distracta sit sub conditione, ut, si emtori displicuerit, reddere liceat; & antequam displicuerat, per emptorem pignori obligata sit; vel servus aut res alia morbosa vel vitiosa vendita ac postquam per emptorem creditori devincta fuerat, ob vitium morbumve redhibeatur: non enim ipso jure pignus tunc solvitur, tum quia plenum perpetuumque dominium ei, qui pignori dedit, quassitum fuerat, qui proinde etiam in perpetuum, seu sine temporis restrictione, rei pignori obligandi potestatem habebat; quo semel facto, uti creditori perire non poterat jus, si pignori obligans deinceps rei obligata dominium in alium transferat, ita nec, si vel redhibeat, vel reddat displicente sibi venditione; tum etiam, ne in arbitrio debitoris sit, ipsum pignoris vinculum in re plenissimo jure sibi quassita, ac citra suam voluntatem nunquam directo vel per indirectum auferenda, dissolvere, atque ita suum consilium in alterius præjudicium contra communem juris regulam mutare; sed potius emptorem ad pretii restitutionem ex his causis agentem repellat venditor, excipiendo, rem redhibendam a vinculo pignoris per emptorem impositi necdum liberatam, aut eo nomine cautum esse, *l. si res distracta §. in fine, l. 4. ff. b. i. junct. l. redhibere 21. §. 1. l. bonem 43. §. pignus 3. ff. de adilit. edit.*

9. An autem, venditione ob enormem læsionem rescissa, res vendita ac per emptorem interim oppignorata, ad venditorem redeat ipso jure liberata ab onere pignoris, an vero etiam obligata maneat postquam in venditoris potestatem reversa est, donec solutione debiti vel aliter per emptorem liberata fuerit, ambiguum est. Liberam redire quondam Bartolus negavit, affirmavit Baldus, & suos uterque nobiles habuit sectatores, quos recenset Pinellus *ad l. 2. C. de rescind. vend. part. 2. cap. 3. num. 11. & seqq.* Fachinus *contro. libr. 2. cap. 24.* Vinnius *selekt. quest. lib. 2. cap. 5.* Ex superioribus autem fundamentis ad hujus questionis decisionem, media quodammodo via electa, distinguendum existimo, utrum venditor agat remedio *l. 2. C. de rescind. vendit.* dum longe vilioris rem vendidit, an vero emptor, dum longe pluris rem emit, quam quanti illa vere valebat, atque ita se ultra dimidium læsum queratur. Si enim venditor læsus agat, magis est, ut resoluta venditione res liberata redeat ad venditorem; eo quod jam non ab emptore processit resolutio contractus, sed a venditore; quippe qui judicio compulsi emptorem, ut discederet ab emptione, si id, quod justo deerat pretio, supplere noller. Etenim non voluntate sua libera, sed coactus ille a contractu recedere intelligitur, qui, ni pretio jam numerato plus quam alterum tantum addat, reddere rem emtam sententia judicis compelli potest, *arg. l. illud aut illud 25. §. 1. ff. de constit. pecunia.* Nec est, quod obtendas, plenissimo & irrevocabili jure statim ab initio dominium a venditore in emptorem transivisse. Nam cum ad emptionem inter alia requiratur, ut pretium justum sit, & rei vendenda respondeat, intelligi non potest plenum & irrevocabile dominium rei in emptorem translatum, quamdiu ab emptore pretium justum, vel saltem iniquitate tolerata laborans, præstitum non est. Quod

si ex adverso emptor læsus hoc legis 2. remedio expertus sit, rectius dixeris, ipso jure pignoris jus haud resolutum esse, sed idem potius hoc in casu videri comprobandum, quod de emptore ob morbum vitiumve rem venditam redhibente superius traditum est; eo quod hic a libera emptoris voluntate proficiatur resolutio venditionis: quippe qui potuisset non experiri illa remedia, uti emptor potuisset a redhibitoria abstinere, ac re tali, qualis erat, contentus esse. Nec recte dixeris, invitum agere, quia agit ut enormem evitet in pretio læsionem; nisi eodem jure assueris, invitum quoque emptorem redhibitoria experiri, quia, ni ea agat, ex vitio morbove rei latente in damno hasurus est. Quod tamen cum non obfuerit, quo minus Jurisconsulti responderent, post redhibitionem durare ipso jure pignoris obligationem, etiam nostro in casu non obert, dum emptor avertenda læsionis gravioris ergo experitur.

10. Porro, si pignoris obligationi dies vel conditio adjecta fuerit, ad quam usque pignoris ipsius vinculum duret, veluti, *ne ultra annum pignus obligatum maneat*, vel, *ut desinat esse pignori res, ubi creditor fidejussor idoneus datus fuerit*, aut ipso jure aut saltem ope exceptionis jus pignori evanuisse dicendum est, *l. item liberatur 6. l. pen. ff. b. i.* Qua ratione etiam moribus Hollandiæ legalis hypotheca publicanis data pro tributis & impositionibus in bona eorum, qui illa debent, aliquando sex mensium aut breviori spatio, computando ab elapso conductionis cujusque termino perire, ac tantum personale deinceps actionem superasse *tit. 2. num. 8.* dictum fuit. Nec dubitandum videtur, quin, si dominus consenserit in rei suæ obligationem pro debito alieno in proximum sexennium, post decursum sexennium, res illa a vinculo pignoris libera futura sit, cum limitata concessio limitatum debeat effectum producere, & ad tempus permessa post illud intelligi debeant prohibita esse, *arg. l. servitutus ipso 4. ff. de servitutibus*, nec de injuria aut læsione creditor queri possit, dum magis est quod sibi imputet, cur tali temporis adjectionem limitato pignore voluerit contentus esse. Eoque etiam pertinet consensus domini directi illis in locis, in quibus ad feudum oppignoracionem secundum scriptas fundorum consuetudines etiamnum consensus domini opus est, si is consenserit ea lege, ut intra sexennium pignus latur. Nisi forte alicubi usu constante contrarium invaluerit, ut nempe etiam post sexennium duraret pignus, non obstante tali adjectione, sicut id in Geldria receptum tradit Lamb. Goris *adversar. tract. 3. part. 1. cap. 11. num. 9. & seqq.* Adde Responsa Jurisc. Holl. *part. 4. cons. 348.*

11. Non tamen extinguitur pignoris jus oblato per debitorem pignore æque idoneo creditori invito, secus si volenti, *arg. l. item liberatur 6. §. 1. ff. b. i. l. si mandatu meo 45. §. item, si 2. ff. mandati, l. si rem 9. §. omnis 3. ff. de pignorat. act.* Neostadius *Curia supr. decis. 84. in fine*, Castillo *Sotomajor quod. 2. contro. libr. 4. cap. 10. num. 56.* Pinellus *ad l. 2. Cod. de rescind. vend. part. 2. cap. 1. num. 21.* nisi evidens omnino sit, sine dispendio creditoris id fieri posse; quo casu id arbitrio judicis permitti debitor æquum videtur, licet aperto jure deficiamus, Castillo *d. n. 56.* Pinellus *d. cap. 1. num. 21.* Responsa Jurisc. Holl. *part. 1. consil. 140.*

12. Similiter nec pignus legale perimitur, ubi conventionale constituitur, aut fidejussores dantur; cum provisio hominis non tollat provisionem legis, quoties jam ante hominis provisionem nata est legis provisio, ac ad eundem utraque finem tendit, sed magis tunc applicandum sit illud, abundantem cautelam non nocere, arg. *l. item liberatur* 6. §. ult. ff. b. t. *l. creditori* 2. C. de fidejussor. Nec obstat *l. ult. C. de pactis conveniis*, cum in ea pignus legale tantum in subsidium concessum fuerit ex nova Justiniani constitutione, si nullo conventionali pignore sive generali sive speciali mulier sibi prospexisset pro paraphernorum securitate; dum constat, ante Justiniani tempora solum personale inter chirographarios privilegium pro dote, longaeque magis pro paraphernis, competisse. Minus obstat *l. pen. ff. b. t.* quia ibi res erant pignori obligatae expressa conventionem, & ea quidem limitata, donec scilicet *au: merces pradii rustici soluta aut creditori satisfactum fuerit*: cum ergo fidejussores deinde pro pensione admitteret fundi dominus, ei sua voluntate satisfactum intelligebatur, convenienter *l. si res 9. §. omnis 3. ff. de pignorat. act. junct. l. solvitur 5. §. si conveniis 2. l. item liberatur 9. ff. b. t.* Confer Ant. Fabrum *Cod. lib. 5. tit. 8. de pign. §. 25.* Negusantium *de pignor. quarto membro secunda partis n. 138. vers. quarta ampl.* Bachovium *de pignoribus lib. 6. 5. cap. 11.*

13. Sola quoque obligatio debiti ad perimendum pignoris vinculum sufficiens non est, si ad eam consignatio & depositio non fuerit subsecuta, *l. si creditrici 6. l. acceptam 19. C. de usuris.* Licet verum sit, obligatione sola ipsam impediri pignoris distractionem, *l. si residuum 5. C. de distract. pignor.* ac proinde post talem obligationem denegari creditori per praetorem actiones, quibus ille pignora persequi & ad venditionem eorum procedere vellet, si modo debitor in eodem satisfaciendi proposito perseveret, arg. *l. si debitor offerret 30. ff. de solution.*

14. Mutationem formae rei pignoratæ quod spectat, si quidem ea talis sit, plane nova fiat species, jus pignoris extinguitur, velut si ex sylva pignori obligata domus aut navis facta sit, *l. si conveniis 1. §. pen. ff. de pignorat. act.* idque quoties non a domino, nec ab alio nomine domini, sed ab extraneo id factum fuerit, ut dictum *tit. 1. n. 4.* Sin species prior non plane mutata appareat, pignus etiamnum durare intelligitur; veluti si ex domo area, vel ex area domus facta fuerit, vel in fundo vineæ aut arbores plantentur, *l. si fundus 16. §. si res 2. l. Paulus 29. §. domus 2. l. ult. ff. de pignor. & hypoth. l. domo 21. ff. de pignorat. act.* Idemque dicendum, si ex massa

obligata scyphi facti sint, aut scyphi obligati in rudem auri vel argenti massam redacti fuerint, arg. *l. lana legata 88. §. ult. ff. de legatis 3.* Nec est, quod objiciatur, usumfructum intellere, si scyphi conflati fuerint, licet ex massa rursus alii facti sint, *l. qui usumfructum 36. ff. de usufr. & quemad. quis utat.* Nam cum ususfructus servitus sit, & libertati leges faveant, singularia plura circa usumfructum finiendum probata sunt, quæ ad tollendum proprietatis aut pignoris jus haud porrigenda, ut ex ipso *tit. quib. mod. ususfruct. amitt.* abunde patet. Adde Bachovium *de pignoribus lib. 5. cap. 12.* Observandum tamen, liberum haud esse debitorem sine consensu creditoris aut domum pignoratam destruere, aut formam rei pignoratæ mutare, quoties illa destructio aut mutatio deteriore creditori redderet pignoris causam ac persecutionem, adeo ut & jure intercedat creditor, ne quid tale fiat, aut si factum sit, ad id quod interest agere possit, arg. *leg. si rem alienam 9. pr. ff. de pignorat. act. leg. qui occidit 30. §. 1. ff. ad leg. Aquil. leg. creditor 87. ff. de furtis.* Christianus *ad Leg. Moeblii. tit. 13. art. 41.* Charondas *Reponses du Droit François lib. 11. resp. 29.*

15. Quod si creditor prior consenserit in id, ut alteri creditori res eadem obligetur, priori quidem non in universum perit suum pignoris jus nisi id nominatum actum fuerit, sic ut hæc facti magis quam juris questio sit; sed tamen id eo consensu efficitur, ut consentiens postponendus sit ei, in cujus gratiam consensit, ac per consequens aliis quoque hunc novissimum hypothecarium antecedentibus, adeoque si primus rem quarto obligari concesserit, non quarto tantum, sed & secundo ac tertio creditori cedet. Non enim ea ratione quartus succedit in locum primi, nec quartus ante omnes in pignore potior fit, sed magis amoto primo consentiente secundus efficitur primus, quartus tertio loco venit, ipse primus loco quarto, *l. creditor 12. §. si tecum 4. ff. qui pos. in pignore, l. Paulus respondit 12. ff. b. t.*

16. Resoluto autem jure pignoris quod semel ab initio jure constitit vel postea firmatum fuit, creditor illud adhuc retinere potest pro alio debito chirographario, si modo ipse debitor, non alius creditor hypothecarius, pignus repetat, *l. unic. C. etiam ob chirographarium pecun. pign. teneri posse.* Non tamen pro debiti chirographarii usuris, tum, quia jura nova strictam recipiunt interpretationem, tum quia ne pro hypothecarii quidem debiti usuris retentio pignoris permissa est, si in eas pignus obligatum non fuerit, *l. per retentionem 4. C. de usuris, l. solutum 11. §. si in sortem 5. ff. de pignorat. act.* Confer DD. *ad d. l. unic.*

## LIBER VIGESIMUS PRIMUS.

### TITULUS PRIMUS.

De Edilitio Edicto, & Redhibitione, & quanti minoris.

#### SUMMARIA.

1. Quotuplices Ediles fuerint? Emptores monendi de

vitiiis aut morbis remam vendendarum & de notatione servorum, aut ipsi de his stipulari debent. Quid juris, si fundus peritens sit venditus? Vel sola fœdera fœrilia, quæ tamen a quibusdam sterilibus haud erant separanda? An teneatur qui servitium fundi aut tributum colavis sciens aut ignorans?



2. Quid morbi, vitii jumentorum veniat appellatione?
3. Actio redhibitoria & quanti minoris datur ex reticentia; qua etiam est, si quis insidiosè obicere loquatur, non item si rebus ipsis & factis venditor moneat. Datur & ex dicto promissiove. Qualia dicta, & quo usque, præstanda sint a venditore? An & dicta commendandi ac jactantia gratia?
4. Quibus de ur redhibitoria, contra quos, & quæ vitia rei principalis aut accessoria? Quid juris, si plures res sint venditæ, vel paria jumentorum, & res una vitiosa sit? Quales impensas emptor præter pretium recuperet, quæ vicissim venditori reddat? Quid si rem interim pignori obligaverit?
5. Quid sit actio quanti minoris? Quo modo facienda estimatio, si res plures non pretio venditæ? Quid moribus?
6. Inter quæ tempora agendum sit redhibitoria & quanti minoris actio? Redhibitoria semel tantum, at quanti minoris actione sæpius agi potest. An redhibitoria incensata consumat actionem quanti minoris, & vice versa?
7. Quo modo agendum redhibitoria aut quanti minoris, si plures emtores vel venditores, vel plures anius emptoris aut venditoris heredes sint?
8. Non dantur hæ actiones pendente venditionis conditione. Nec propter leve vitium. An propter vitia post venditionem supervenientia, & quis de eo judicet, an emtione recentiora sint? An propter vitia animi, aut vitia patentia?
9. Cessant, si emptor sciverit vitia, ubi de scientia domini & procuratoris aut servi? An præsumatur emptor scivisse, si artifex sit?
10. An venditoris scientia vel ignorantia spectetur? Quid si venditor generaliter pactus sit, ne de vitis moribus teneatur? Quid si, ne de certo vitio teneatur?
11. Recensentur casus alii, quibus cessant. Ubi de vitio sanato, servo vitioso manumisso, pretio per emptorem post vitium compertum soluto. An in donatione & locatione locum habeant? & quando ob vitia moribus agi possit?
12. De actione in factum ob puerum servum castratum; & ob id quod quis canem, verrem &c. ibi habuit, quo vulgo iter fit, si hæc animalia nocuerint. Cur actio de defectis ob hominem liberum occisum in quinquaginta aureos detur, hæc vero in ducentos?

1. Triplicis generis Ædiles fuere: primo namque duo ex plebe creati, qui ædibus publicis præessent, in quibus omnia sua scita plebs deferabat, l. 2. §. itemque 21. ff. de Orig. juris. Quibus dein alii ex numero patrum additi, qui Curules dicti, quod sellis eburneis curulibus insiderent, uti etiam equis curulibus quadrinalibus majores magistratus vehebantur, quorum Festus meminit. Adde Brissonium antiquit. lib. 3. cap. 15. His tandem duos Cæsar adjunxit, qui frumento præessent, Cereales Ædiles a Cere ne dicti. Confer Rosinum Antiquit. Roman. lib. 7. cap. 24. 25. Ædiles autem inter cetera etiam circa venditiones edictum proposuerunt, jubentes, ut venditores monerent emptorem, latens rei vendendæ subesse vitium aut morbum, aut, si silentibus emptores ipse stipulenter, nihil vitii morbi subesse, l. 1. §. 1. ff. b. t. l. 1. si quis 31. l. 32. ff. de vendit. Quo

non in servis tantum ac jumentis, sed & in immobilium, veluti fundorum venditionibus locum habent, l. 1. l. etiam in fundo 49. ff. b. t. Unde, si fundus pestilens, in quo scilicet pestibiles & lethiferæ herbes nascuntur, distractus sit emptori ignorant, redhibitoriem ob id fieri posse & rescriptum & responsum est, d. l. etiam in fundo 49. ff. b. t. l. pen. C. b. t. de edicti. action. Similiter si agri industria & sumtu exsiccati sic inter socios plures, qui in exsiccationem contulerunt, distributi sint, utique pro numero jumentorum bonæ notæ etiam certam agrorum steriliū partem habeat, & quis in ea regione tantum jugera fertilia venderit, quæ tamen ab agri inutilibus separari non poterant, emptori liberum foret aut pretium necdum solutum retinere, aut per redhibitoriam ad venditionis contendere resolutionem. Responsa Juriscons. Holl. par. 1. cons. 202. Sed & si tributum aut servitus fundo vendito imposita celata fuerit, redhibitoria quidem propterea permissa non est, verum tamen actio quanti minoris datur, l. quocies 61. ff. b. t. aut retentio pretii pro rata, si illud necdum solutum sit; quasi contractu ex latere venditoris necdum impleto, arg. l. ediles etiam 25. §. ult. ff. b. t. l. in venditione 41. ff. de act. empti. Leeuwen cons. for. par. 1. lib. 4. cap. 19. n. 15. Grotius manud. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 15. n. 21. 22. Respons. Juriscons. par. 2. consil. 122. Dummodo meminerimus, de celata servitute a prædio vendito debita, aut tributo, non aliter venditorem teneri, quam si sciens ista dissimulaverit, l. 1. §. 1. l. si sterilis 21. §. si prædii 1. l. quæro 39. l. in venditione 21. ff. de act. empti, aut, cum ignoraret, fundum tamen, uti optimus maximusque est, venderit, l. cum venderes 59. ff. de contrab. empt. cum ob reliqua rerum vitia latentia etiam ignorans obligetur. Ant. Matthæus de auction. lib. 1. cap. 8. n. 26. Illud in mancipiorum venditione singulare est, quod & de natione cujusque in vendendo pronunciari debuerit, quia plerumque natio servi aut provocabat aut deterrebat emptores. Præsumtum enim fuit, servos quosdam bonos esse, quia natione sunt non infamata, quosdam malos videri, quia ea natione sunt, quæ magis infamis est, l. quod si nolis 51. §. qui mancipia 21. ff. b. t.

2. Licet autem moribus a vitio differat, uti species a genere, prout id ab Aulo Gellio ex Labeone, & ab Ulpiano ex Sabino observatum est, l. 1. §. sed sciendum 7. ff. b. t. Gellius noctium Attic. lib. 4. cap. 2. tamen in hoc ædiliū edicto idem morbi vitii que jus est; ac probabile eos tollendæ tantum dubitationis gratia bis idem de eodem dixisse, d. l. r. §. 7. ff. b. t. Et quamvis jumenta proprie sint, quæ dorso domantur seu ministerium præbent, ut equi, asini, muli, elephant, nec boves veniant jumentorum nomine, quia collo domantur, edictum tamen ad illos quoque & ad reliqua pecora extensum fuit, l. ediles ajunt 38. §. r. 4. 5. 6. ff. b. t.

3. Quod si vitium morbusve subsit, duplex eo nomine prodata est actio, una redhibitoria, altera quanti minoris æstimatoria. Et si enim ob rerum venditarum vitia ex emto quoque actio detur etiam ad ipsam redhibitionem, l. sciendum 19. §. dictum 2. in fine ff. b. t. ex emto 11. §. redhibitionem 3. ff. de actionib. empti; non tamen ideo ædilitiæ hæ actiones frustraneæ sunt, tum quia sæpe pinguiiores, præsertim ubi ob contumaciam in duplum dantur, l. cum autem 23. §. si ser-

*us 4. leg. redditoria actio 45. ff. b. t. tum quia infrequens non est, ejusdem rei nomine plures actiones concurrere. Utraque etiam post interitum datur, non item post mancipii manumissionem, l. si hominem 47. pr. & §. 1. ff. b. t. Ac præcipue quidem ex reticentia morbi vitii aut nationis, sed tamen & ex dicto promissive competit, dum venditor affirmavit, virtutes quasdam aut bonitatem aut artificium adesse, quod non ita reperitur, vel ex adverso vitia quasdam abesse dixit, veluti, servum aleatorem non esse, quæ tamen adsunt, l. si quid venditor 18. pr. & §. seqq. l. 19. pr. & §. seqq. ff. b. t. l. Julianus 13. §. si venditor 4. ff. de act. emt. Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 15. n. 39. 40.* Reticentia adnumerandum etiam, si quis fallendi causa obscure dissimulet, l. ea qua commendandi 43. §. ult. ff. de contrab. emt. Caballinus de *adilit. edicto cap. 3. num. 27.* Unde & adilitio edicto cautum, ut omnia, quæ monenda sunt, palam recte pronuntientur. l. 1. §. 1. ff. b. t. Admonuit ex adverso & ille intelligitur, qui servum vinetum vendidit; quia multo amplius est, id facere, quam pronuntiare, in vinetis fuisse, l. si tamen 48. §. vi, qui 3. ff. b. t. Ceterum ex dicto promissive ut teneatur, primo quidem dictum promissumve non amare exigendum est; sed cum quodam temperamento: ut si constantem esse affirmaverit, non exacta gravitas & constantia quasi a Philosopho desideretur; si laboriorum & vigilantiæ non continuus labor per dies noctesque ab eo exigatur; si artificem, non utique perfectum eum ac consummatæ scientiæ præstare debeat, sed sufficiant, ad aliquem modum hæc & similia dicta promissive in servo vendito reperiri, ut neque in artificium indoctus, neque levis, desidiosus, somnolentus, piger, tardus, inveniatur, *leg. si quid venditor 18. l. sciendum 19. §. illud 4. ff. b. t.* Nisi nominatim venditor servum optimum artificem asseruisset: tunc enim eum in isto artificii genere optimum præstare obstrictus est, d. l. 18. §. venditor 1. ff. b. t. Eoque pertinet illud Ulpiani, cum optimum quis stipulatur, id stipulari intelligitur, cuius bonitas principalem gradum bonitatis habet, l. ubi autem 79. §. usque 2. ff. de verb. oblig. Sed nec alia dicta aut promissa recte emtor exegerit, quam quæ sic dicuntur, ut præstentur; non ut jacentur: qualia, quæ ad nudam laudem servi pertinent, veluti; si dixerit, frugi, probum, dicto audientem: multum enim interest, commendandi servi gratia quid dixerit, an vero præstiturum se promiserit, quod dixit, l. sciendum 19. pr. et §. 1. 2. 3. ff. b. t. l. ea qua commendandi 33. ff. de contrab. emt. nisi in iis, quæ commendandi gratia jactavit venditor, manifestus ejus dolus appareat; tunc enim non ex dicto quidem promissive, sed de dolo tenetur, *leg. quod venditor 37. ff. de dolo. Grotius manuduct. d. lib. 3. cap. 15. n. 39. 40.**

4. Redhibitoria actio est personalis, arbitraria, l. bonem 43. §. per. ff. b. t. emtori competens, adversus venditorem, & heredem ejus, l. cum autem 23. §. hæc actiones 5. ff. b. t. ac dominum institoris, l. si quis mancipiis 17. ff. de institor. act. & patrem dominumve in cuius potestate est venditor, vel cui bona fide servit, l. cum autem 23. §. si servus 4. & §. et si 6. l. si servus 57. §. 1. ff. b. t. nec non fidejussorem venditoris, qui in omnem causam fidejussit, l. Lætinus Largus 56. ff. b. t. ob talem defectum, quem si scivisset emtor. emturus non fuisset, sive deductus sit in re principali, sive in accessionibus veluti jumentum distracti or-

namentis, l. adiles ajunt 38. ff. b. t. sive in tota re, sive in parte ejus. Unde si duo jumenta sint vendita tanquam paria, & unum in ea causa sit, ut redhiberi debeat, utrumque redhiberi potest; idemque in triga atque quadriga vendita juris est; uti &, quoties res plures separari nequeunt sine magno incommodo, vel ob rationem pietatis; veluti, ne liberi a parentibus, ne contubernio juncti a se invicem separantur, ac divellantur. Sed si duo paria jumentorum sint, & unum animal vel par unum vitiosum, solum par vitiosum, non item alterum, redhibendum est Plane, si non sint paria, sed simpliciter duo aut quatuor equi sint venditi, vel polia equorum, dicendum est, solum equum qui vitiosus est, non omnem poliam redhiberi oportere, l. cum ejusdem 34. l. 35. l. adiles ajunt 38. §. si plura 12. & §. ult. l. 39. l. 40. ff. b. t. Nec interest, utrum uno pretio res plures emtæ sint, an singulæ separatim, si modo constet, emtorem unam sine altera non fuisse emtorem, l. cum ejusdem 34. §. 1. ff. b. t. ibique Brunnemannus. Tendit vero d. id. ut & emtor & venditor quodammodo in integrum restituantur, l. cum autem 23. §. Justinianus 7. ff. b. t. adeoque venditor pretium restituat cum usuris, l. illud sciendum 29. §. condemnatio 2. ff. b. t. uti & impensas ab emtore ob venditionem factas ex venditoris voluntate, aut ex necessitate, aut in ipsius rei conservationem; non quas sponte & liberaliter emtor fecit, nec alimenta servi venditi, quippe quæ cum ministeriis pensanda, l. adiles etiam 25. §. item 8. l. debet autem 27. l. illud sciendum 29. §. ult. l. 30. §. 1. ff. b. t. Mævius ad *jur. Lubec. lib. 3. tit. 6. art. 15. num. 10. 11.* Præterea de impensis imminutibus emtori caveat, l. redhibere 21. §. 1. & 2. item si 30. pr. ff. b. t. Sed & vicissim constat, venditori quoque restituendam esse ab emtore rem cum fructibus; & omni utilitate, quam emtor percepit, aut culpa neglexit percipere, sive venditor id, quod emtor acquisivit, percepturus fuisset, casu quo non vendidisset, sive non; usque adeo, ut & illud venditori reddendum sit, quod is emtori ob rem tardius traditam præstare coactus fuit, l. cum autem 23. §. jubens 1. & §. ult. l. 24. ff. b. t. Quod si rem medio tempore emtor obligaverit, ipso jure per redhibitionem pignoris nexus non dissolvitur, sed emtoris est rem luere & ita liberam restituere, l. bonem 43. §. pignus 8. ff. b. t. adde. *iii. quid. mod. pign. vel hyp. solvi. n. 9.* &, si servus redhibendus in fuga sit sine culpa emtoris, cautio præstanda de servo persequendo, qui in fuga est, ac restituendo, si in emtoris potestate reductus sit, l. redhibere 21. §. ult. l. 12. ff. b. t. denique præstare tenetur emtor id omne, in quo res per culpam emtoris deterior facta est, l. cum autem 23. ff. b. t.

5. Quanti minoris actio, itidem arbitraria, emtori datur contra venditorem, præcipue ob defectum, quem si scivisset, tanti non fuisset emturus; ad id, ut restituatur ex pretio, quanti minoris valet res, l. quoties 61. ff. b. t. Quem in finem faciendæ rei æstimatio, adeo ut, si plures simul res uno pretio emtæ sint, tam non vitiosarum quam vitiosarum bonitas æstimanda sit, indeque colligendum, quantum oporteat ex pretio reddi. Secus, si non confuse universis rebus pretium constitutum fuerit, sed rerum singularum definito valore universæ deinceps tanti venierint, quantum ex consummatione singularum fiebat, l. si plura 36. l. adiles ajunt 38. §. si forte 13. l. Labreo

*scribit* 64. ff. b. t. Vult tamen Grotius, eo casu, quo non in universum impeditur, sed tantum minor est nase rei ex verbo vitiove, electionem emtoris esse, utrum a tota venditione realiter velit re reddita, an eandem retenta partem pretii, quanti minoris res valet, repetere, *manud. ad jurispr. Holl. l. 3. cap. 15. n. 55. 36.*

6. Ceterum inter redhibitoriam & quanti minoris actionem illud interest, quod redhibitoria intra sex menses regulariter instituenda sit, nisi aliud tempus conventionione definitum appareat; vel justa causa aliud apudeat, *l. sciendum 19. §. ult. l. quod si nolis 31. §. si quid ita 22. 23. l. adiles 38. ff. b. t.* aut nisi venditor de his, quæ ædiliū edicto comprehensa sunt, non caverit, qualia sunt, *sanum esse, respillionem non esse, furem non esse, esse (id est edere) & bibere ut oportet, l. ex empto 11. §. animalium 4. ff. de act. empti, l. si ita quis 31. ff. de evulsion. junct. l. 38. ff. b. t.* vel tantum subit vitium in accessionibus; quæ etiam æque ac res principales, integra ac sana præstanda sunt, *l. itaque 32. l. 55. ff. b. t.* quippe quibus in casibus intra menses duos agendum foret, *l. si venditor 29. l. adiles ajunt 38. ff. b. t.* At quanti minoris actioni anni spatium ab ædilibus vulgo præscriptum fuit illis in casibus, quibus redhibitoriam semestrem fecerant; sex vero menses toties, quoties redhibitoria diebus sexaginta circumscripta erat, *d. l. 19. §. ult. l. 28. l. 38. ff. b. t. l. cum proponas 2. C. b. t.* Curruntque hæc tempora ex die venditionis, aut, si dictum promissumve fuit, ex eo, ex quo dictum promissumve fuit, *d. l. 19. §. ult. l. 20. ff. b. t.* In Gallia tamen novem tantum dies redhibitorie actioni movenda datus esse, post alios tradit Groenewegen *ad l. 19. & 38. ff. b. t.* quod de nostris moribus haud admittendum, sed magis anni spatium, aut tempus jure civili statutum. Vide Grotium *manud. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 15. num. 30. & seq. & cap. 17. num. 6.* Sed & secundo, redhibitoria tantum semel agi potest, cum semel tantum, non sæpius, idem possit contractus resolvi, ut tamen is, qui ob unum vitium redhibitoria egit, nec obtinuit, postea ob aliud ejusdem rei vitium agere redhibitoria prohibendus non sit, *arg. l. si tamen 48. §. pen. ff. b. t.* At quanti minoris actionis sæpius emtor efficaciter experiri potest, modo ne sæpius agendo lucrum capiet, & his ejusdem rei æstimationem consequatur, *l. quod si nolis 31. §. si quis egerit 16. ff. b. t.* Plane, si una ex his emtor intra sex menses egerit, altera agere amplius non potest, exceptione rei judicata repellendus, *l. si is, qui 25. §. est in 1. ff. de excepti. rei judicata.* Nec obstat *l. bovem 43. §. aliquando 6. ff. b. t.* cum illic post actionem quanti minoris æstimatoriam non moveatur redhibitoria, sed per actionem quanti minoris emtor, interveniente officio judicis, consequatur effectum actionis redhibitorie, ut nempe reddito mancipio vendito pretium recipiatur, quia ob vitium emergens adeo nullus habetur pretii, ut ne expediat quidem tale mancipium habere; atque ita verum est, quod in *d. l. 25. §. 1. ff. de exceptione rei judic.* a Juliano scriptum, in actione quanti minoris etiam redhibitionem contineri, si tale vitium in homine est, ut eum ob id auctor emptarius non fuerit. Minus adversatur, *l. si tamen 48. §. non nocet 2. ff. b. t.* Non enim illic actio redhibitoria intentata fuerat, sed emtor solo sex mensium lapsu a redhibitoria exclusus, intra

annum quanti minoris æstimatoria agere volens admittendus dicitur.

7. Si plures emtoris unius heredes vel domini sint, omnes redhibere debent, nec unus eorum audiendus est, pro sua tantum parte redhibere desiderans; ne venditor invitatus adigatur ad communionem, quod jura non sinunt, *l. quod si nolis 31. §. si plures 3. ff. b. t. junct. l. si non sortem 26. §. si centum 4. ff. de condit. indub. l. ult. C. communi divid.* Idemque est, si plures ejusdem rei emtores sint; nisi singulis partes distinctæ essent venditæ; tunc enim singuli suam, quam emerunt, partem recte redhibent, cum ita non ad novam quandam communionem adigatur venditor, sed magis ad eam reducatur, in quam sese, partes sue rei distinctas singulis vendendo, sponte conjecerat, *d. l. 31. §. si venditori 10. ff. b. t.* vel nisi res vendita jam extincta sit, aut jam tota sit redhibita; in quantum tunc singulos pro suis portionibus ad pretii restitutionem redhibitoria agere, nihil verat; cum ita nulla communio introducatur, *d. l. 31. §. idem ai 6. ff. b. t.* Unde & eandem ob causam ex pluribus emtoribus singuli possunt pro sua parte quanti minoris actionem movere ad pretium pro rata recuperandum, licet non partes singulæ singulis, sed tota res communiter uno pretio pluribus distracta sit, *arg. d. l. 31. §. 6.* Quod si plures rem eandem vendiderint, sive communiter uno pretio; sive per partes, vel uni venditori heredes extiterint, singulis sua pars recte redhibetur; eo quod tunc non de novo introducitur communio, sed ea sola reducitur, quæ ante venditionem jam fuerat inter plures ejusdem rei dominos; vel venditione non interposita fuisset inter plures venditoris unius heredes, *d. l. 31. §. si venditori 10. ff. b. t.* Quamvis & uni ex pluribus venditoribus, qui majore ex parte dominus fuit; vel quo majorem partem nullus habuit, res in solidum redhiberi ex jure Romano poterit, *l. iustissime 44. §. 1. ff. b. t.* quod tamen hodie non servari, sed singulos pro sua tantum parte conveniendos esse, vult Groenewegen *ad d. l. 44. §. 1.*

8. Ut autem his actionibus locus sit, ante omnia necesse est, ut venditionis conditio, si quæ adjecta jam extiterit; quia imperfecta emptio arbitrio judicis perfecta fieri non potest; & ideo, si ex emto vel vendito vel redhibitoria ante actum fuerit, expleta conditione iterum agi poterit, *l. bovem 45. §. si sub 9. ff. b. t.* Deinde requiritur, ut vitium morbosve, aut saltem causa ejus, venditionem antecesserit; cum posteriores casus ex vulgata emtionis natura non venditoris sed emtoris periculo sint; nisi venditor non vitiosam in futurum fore rem temere promiserit; quippe quo casu promissi fidem, utcumque hoc impossibile esse videatur, servandam esse, rescriptum fuit *l. si apud 3. C. de adilit. act.* Præcessisse vero vitium tunc præsumendum est, cum brevi post venditionem apparuit; quæ in re peritorum judicio multum tribuendum est. Sed & morborum victoriarumve gravitas subesse oportet, quod usum ministeriumque rei impediatur: neque enim quodlibet quam levissimum efficere potest, ut, quod venditum est, morbosum vitiosumve habeatur; non levis febricula, aut vetus quartana, quæ tamen jam sperni potest, aut vulnusculum modicum, aut mediocriter ulcus, aut levis oculorum lippitudo, vel dentis articuleve dolor, *l. 1. §. proinde 8. l. ob qua vitia 4. §. ult. ff. b. t.* Corporis quoque, non item animi solius vitium, edidit ædiliū locum secit, unde nec alectores, nec vi-

harios, nec gulosos, nec impostores, nec mendaces, nec litigiosos, nec pigros, nec prater modum timidos, cupidos, avaros, melancholicos, protervos, nec iumenta pavida aut calcitrosa, edicto adilium contineri, apertum est ex l. 1. §. apud §. & §. ult. l. 2. l. 3. l. 4. pr. & §. seqq. l. queritur 14. §. item de eo 4. ff. b. t. licet de hisce animi vitiis emtori actio competat d. l. 4. pr. ff. b. t. cuius etiam actionis intuitu accipiendum est, quod Paulus scripsit, vitiosum plerisque dici bovem, qui cornu petit, ac iumenta, quæ sine causa turbantur, & semet ipsa eripiunt, l. bovem 43. ff. b. t. Plane, si de animi solius vitiis a venditore quid dictum promissumve fuerit; vel servus venditus erro aut fugitivus sit; vel animi vitium etiam ad corpus pertingat, atque ita corporis & animi mixtum vitium videatur, dum adeo fatum aut morionem venditor distraxit, ut nullum in eo usum emtor habeat, adilitia actiones admittuntur sunt, d. l. 4. §. idem Pomponius 3. & 4. ff. b. t. Adhæc latens oportet esse vitium, ut emtor probabiliter illud subesse ignoraverit: unde ob id, quod servus venditus gibbosus fuit, vel curvus, vel pruriginosus, vel scabiosus, vel mutus & surdus, vel cæcus, redhibitionem esse negat cum Viviano Ulpianus, ex emto dat actionem, d. l. 3. l. 4. pr. l. queritur 14. §. ult. ff. b. t. & respectu hujus actionis ex emto rursus verum est, quod ab eodem Ulpiano aliisque traditum, sanum non esse, cui lingua præcisa, aut digiti amputati, quive aliter mutus est, l. si cui lingua 8. l. 9. l. 10. pr. & §. 1. ff. b. t. suggerente id ipsum satis aperte Ulpiano, in d. l. 10. §. 1. in fine, cum ait, tales morbosos esse secundum superscriptam distinctionem, quæ erat secundum l. 4. pr. quod ob ea vitia redhibitio non esset, ex emto actio esset, utraque certe lex & Ulpiani est, & ex libro primo ad edictum adilium curulium deprompta, ut inscriptio utriusque docet.

9. Observandum tamen, variis ex causis variisque in casibus has adilitias actiones denegari; præcipue eas excludit scientia emtoris, sive ille verbis apertis aut rebus ipsis, & factis a venditore monitus fuerit, secundum antedicta, sive aliunde cognoverit ante venditionem, rem vitio latente laborare, l. si tamen 43. §. si, qui 3. & 4. ff. b. t. Quid juris sit circa servi & domini scientiam aut ignorantiam, si servus vel ex mandato domini rem certam emerit, vel sine domini mandato rem emerit vitiosam suo vel domini nomine, vel denique mandatum domini de re incerta emenda intercesserit; quid item circa procuratoris & domini mandantis scientiam aut ignorantiam statuendum sit, vide plenus tractatum a Cujacio tract. 8. ad Africanum, ad l. 51. ff. b. t. Adde Bachovium ad Treutlerum vol. 2. disp. 2. tb. 3. lit. C. Scientiæ autem emtoris simile habendum, si emtor artifex fuerit, & secundum artis suæ præcepta scire facile potuerit atque debuerit vitium, quod subest, Mævius ad jus Lubec. lib. 3. t. 6. art. 15. n. 6. & seqq.

10. Venditoris scientiam, aut ignorantiam quod attinet, ea quantum ad has actiones non consideratur, dum placuit, venditorem, etiamsi ignoravit ea, quæ ediles præstari jubent; tamen teneri debere (si modo excipias servitutem celatam secundum ea, quæ supra num. 1. notata) quia non interest emtoris, an ignorantia venditoris fallatur, an calliditate, lib. 1. §. causa 2. ff. b. t. Quamvis venditor, qui vitium scivit, insuper ad damni totius, quod emtori ex vi-

tiosa re illatum est, reparationem teneatur; ad quam non est obligatus, qui ignoravit, nisi fuerit artifex, l. 1. C. b. t. arg. l. Iulianus 13. ff. de act. emti, l. sed addes 19. §. si quis docta 1. ff. locati. Mynsingerus cent. 1. observ. 56. in fine. Ant. Faber Cod. l. 4. tit. 33. defin. 1. Mævius ad jus Lubec. l. 3. tit. 6. art. 14. n. 11. & seqq. De cetero venditorem, qui vitium scivit, non excusabit, quod tempore venditionis generaliter pactus fuerit, ac protestatus, se rem vendere, qualis est, nec de vitiis ejus morbisve velle teneri; eo quod generali illa formula callide atque insidiosè obscure locutus videtur; qualem omnino teneri patet arg. l. ea qua 43. §. ult. ff. de contrab. emi. Ant. Faber d. lib. 4. tit. 33. defin. 1. num. 4. 5. Gomezius variar. resol. tom. 2. cap. 2. num. 49. Quin imo, si venditor nominatim exceperit de aliquo morbo, & de cetero sanum esse dixerit aut promiserit, standum quidem est eo quod convenit, si venditor morbi istius certam scientiam non habuerit, quia remittentibus actiones suas non est regressus dandus; sed si sciens morbum, consulto retinuerit, dandam esse de dolo replicationem, Ulpianus tradit l. queritur 14. §. pen. ff. b. tit. l. teneatur 6. §. ult. l. quaro 19. ff. de action. emti, Mævius ad jus Lubec. lib. 3. tit. 6. art. 14. n. 14. 15.

11. Cessant præterea hæ actiones, si vitium ita sanatum fuerit, ut perinde habendum sit, ac si nunquam vitium adfuisset, l. quod ita 16. ff. b. t. Tiraquellus in tractatu, cessante causa cessat effectus n. 229. 230. Hippolitus Bonacossa tractatu de quo reu caballo quart. 444. si emtor servum manumiserit, aut rem emtam suæ suorumve culpa amiserit, l. si hominem 47. ff. b. t. arg. l. reddibere 21. §. ult. ff. b. t. Si emtor, postquam rescivit vitium rei, pretium nihilominus sponte solverit, arg. l. sum se non 2. Cod. de his que vi meturve causa, Hippolitus Bonacossa tractatu, de equo seu caballo quart. 271. Caballinus de adilit. edict. c. 2. (vol. 3.) n. 11. si, cum agere cœpisset penitentia ductus retinere rem vitio non obstante, velit, l. si tamen 43. §. audiendus 1. ff. b. t. si executores, aut creditores, aut bonorum curatores auctione publica rem distraxerint, ignari eam vitio laborare (secus si ipse dominus ex libera voluntate) Ant. Matthæus de auction. lib. 1. cap. 8. n. 24. 25. si venditio fiscalis fuerit, id est, si fiscus rem suam vendat: contra, quam obtinet, si respública aut pupillus aut civitas rerum vitiosarum distractionem fecerit, l. 1. §. illud 3. 4. 5. ff. b. t. Non etiam locum habent in venditione rerum simpliarum, id est, viliorum, quarum nomine non in duplum sed in simplex tantum de evictione cavendum fuit, l. si tamen 43. §. ult. ff. b. t. junct. l. emtori duplam. 37. §. 1. ff. de eviction. nec in donationibus, adeo ut ne de impensis quidem in rem donatam per donatarium factis donator teneatur, ne liberalitatis suæ penam subeat, nisi in dolo sit, l. ad res donatas 62. ff. b. t. arg. Aristo ait 18. §. ult. ff. de donat. Sed nec in locationibus; idque vel quia nunquam adilium hac de re jurisdictio fuit, vel quia non similiter locationes ut venditiones fiunt, l. sciendum est 63. ff. b. t., id est quia non ita in locationibus de transferenda rei proprietate agitur; atque quidem in venditionibus, & quæ venditioni hic similes, l. sciendum tamen 19. §. deinde 5. ff. b. t.) permutationibus, nec tanta læsio esse potest propter vitium rei in merce de locationis, pro usu, quanta quidem in pretio re-

rum in emptione; ut proinde locati conducti actionem huic rei sufficere visum fuerit. Nec adversatur l. 33. C. de locato, qua inter alia motus Cujacius, etiam ad locationes edictum adilitium censuit porrigendum lib. 12. observ. 38. cum lex illa simpliciter de anni spatio loquatur, dum redhibitoria intra sex menses movenda est; nec ullam morbi vitii mentionem habeat, atque insuper locatori æque ac conductori accommodetur; quod non patitur natura adilitiarum actionum, per quas emptoribus tantum adversus venditorum fallacias succursum dicitur, l. 1. §. 2. ff. b. s. Denique, quoniam ex jure Romano plurima propter vitia servorum, jumentorum, ceterorumque animalium redhibitoria & quanti minoris actiones emptori permissæ fuerint, quæ vitia, tum sufficientia, tum ex adverso haud sufficientia, enarravit longa serie Justus Meyerus in Collegio Argentorat. ad hunc tit. n. 11. & seqq. urge ad num. 19. nostris tamen moribus difficilior hæc admittuntur: etenim in equis regulariter ob duo tantum vitia, cæcitatem latentem in oculis, & super ossa in pedibus, quæ Spalten in Gallen dicuntur, redhibitioni locum esse, vult Leeuwen cens. for. part. 1. lib. 4. cap. 19. num. 16. quæ continentur formula, quod equus præstandus sit Klaar van Sessen nempe duobus oculis & quatuor pedibus. Sed & ob vitium latens vermium in pedibus redhibitionem fieri posse, responsum est in part. 3. vol. 2. consil. Holl. 107. Quin imo, si equus brevi post venditionem moriatur, & latens intestinorum vitium inveteratum ex sectione appareat; quod morti causam præbuit ex peritorum judicio, non dubitandum videtur, quin ad pretii restitutionem venditor damnavi debeant, Mevius ad jus Lubecense lib. 3. tit. 6. art. 14. num. 5. & seqq. Perezius C. b. r. num. 4. De cetero ob id, quod equus lunaticus, aut retrogradus, aut pavidus, aut calcitrosus probatur, redhibitoria nunc hodie non admitti, usus docet, & testis est Leeuwen d. loca, qui & sequenti n. 17. de animalium mastilium tum boum & ovium tum porcorum vitis morbisve, judicio peritorum artis, & huic negotio publice præpositorum, æstimandis ac dignoscendis, vulgoque notis, agit.

12. Est insuper actio alia ex adilitio edicto adversus eos, qui puerum servum castrarunt, in quadruplum, l. si servus servum 27. §. & si puerum 28. ff. ad leg. Aquil. Est & alia in factum in eos, qui canem, verrem, aprum, ursum, leonem aut aliud simile animal ibi habent, qua vulgo iter fit, ad ducentos aureos, si liber homo perierit, sin ei nocitum sit, quanti judici æquum videbitur; in duplum vero damni dati, si rebus ceteris æstimabilibus læsio illata sit, l. si enim 40. & ff. b. r. Quam tamen dupli poenam moribus cessare, nec ultra æstimationem læsionis ad id quod interest ascendere condemnationem, notat Groenewegen ad §. ceterum 1. Inst. si quadrupes paup. fecisse dicatur. Quod autem edicto prætoris de defectis & effusis ob hominem liberum occisum actio tantum ad quinquaginta aureos comparata fuerit, l. 1. ff. de his qui effud. vel deiecerint, ex hoc vero adilitium edicto ad aureos ducentos, ejus hanc non inepte rationem dixeris, quod gravius delinquit, qui serum animal, cujus ea natura est ut noceat, habet ibi qua vulgo iter fit; minus, qui hominem negligentem, non ita nocere solitum, intra suas rades recipit: quodque adilibus principaliter &

jure singulari, non ita ex professo prætoribus, viarum cura demandata fuit, unde nec mirum, si adiles rigidius quam quidem prætores, executi fuerint ea, quæ contra viæ publicæ committabantur securitatem.

## TITULUS II.

## De evictionibus &amp; duplæ stipulatione.

## SUMMARIA.

1. Quid sit evictio, & quibus modis fiat, ut de evictione actio non nascatur?
2. An & per retractum legalem aut conventionalem?
3. Quando pro evictione fidejussoribus datis cavendum sit? Si non ex lege municipii aut pacto fidejussor datus sit, sed tantum ob id, quod in limine contractus imminet: evictio, fidejussor non tenetur in omnes casus evictionis, sed tantum in eos qui imminet.
4. Cujus loci lex sit spectanda in questione, an fidejussor pro evictione mobilium aut immobilium dari debeat? Cujus loci seu territorii fidejussor dandus sit? Et quid, si auctor fidejussorem invenire nequeat?
5. In quibus negotiis evictionis præstatio locum habeat? ubi de emptione. Quid si fidei aut Princeps vendiderit? Quid, si evicta sint res ex decreto iudicis solemniter distractæ? Et an ereditor teneatur de evictione pignoris a se venditi?
6. Quid juris circa præstationem evictionis, si res jure belli capta per fidei sint vendita, ac postea per pacis conditiones ad dominos pristinos redeant?
7. An evictio præstanda in datione in solutum?
8. An in iudicii divisionis familia eriscunda &c.
9. An in locatione?
10. An in transactione?
11. An in dote?
12. An in legatis?
13. An in donatione?
14. An in feudi aut emphyteusis concessione?
15. Etiam ob partem evictionem agi potest, modo pars sit homogenea, non heterogenea.
16. Partis homogenea comparatur juri usufructus, pignoris, superficies evictum. An & jus servitutis prædialis? An & accessiones rei? & quid moribus?
17. Qui agere possint de evictione? qui conveniri? An heredes ac fidejussores? an in perpetuum teneantur, qui cavet, dat het goetgal waren eu vrijen Jaar en Dag?
18. Si plures sint venditores vel unius venditoris heredes, an singuli in solidum teneantur defendere, & an re evicta, singuli in solidum obligentur emptori?
19. An teneantur executores litium, procuratores, tutores, curatores? An, qui consenserunt in venditionem? An moribus uxor, si maritus rem alienam, vel rem uxoris suæ contra statuti prohibitionem vendiderit?
20. Denunciandum auctori, litem motam esse. Quo modo tunc auctor possit emptorem in lite juvare? Quid juris, si non defendat?
21. An denunciatio recte fiat procuratori auctoris? An pupillo sine tutore? An singulis, si plures aucto-

- res vel heredes? An auctori primo per emptorem secundum? An fidejussori? An domino servi vendentis?
22. An denunciandum auctori scienti? An in causa notorie iniuria? An emptor regressum habeat, si omnia denuntiatio victus, ipse doceat causam auctoris iniuriam fuisse?
23. An denunciatio fieri post litem contestatam? An post appellationem?
24. Quid, si pactio sit remissa nunciatio? Quid si auctor latitaverit, an fuit?
25. Quid recuperet agens de evictione per actionem empto aut similem? An & impensas in rem factas? An & interest in litem? An & tunc, cum emptor non vincit, sed vincit?
26. Si post venditionem decrevit pretium rei vendita, an ob id tantum minus emptor evictionis nomine consequatur?
27. Evicta actione vendita, an emptor tantum pretium, quod dedit, an totam quantitatem actione comprehensam recuperare?
28. Jure civili etiam erat actio ex stipulatu, in simplicem vel duplum vel quadruplum. Quid moribus?
29. Durant actiones de evictione triginta annis. An auctor evictas has actiones, si rem evictam postea offerat emptori?
30. Recensentur multi casus, quibus cessat evictionis præstatio.
31. An & quo usque teneatur de evictione, qui tantum vendidit incertum juris sui; uti &, qui specialiter pactus est ne teneatur de evictione?
32. An it, qui sciens emit rem alienam, nec sibi de evictione cavendi curavit, pretium repetere possit?
33. An ob id agi possit, quod fundus venditus postea publicatus est?
34. An & quando emptor de evictione agere possit, si casu res apud emptorem perierit?
35. Quid juris, si ex pluribus rebus uno pretio venditis una evincatur, & cetera adhibuit valeant, quantum pretii nomine datum? Quid si pars fundi evincatur, & pars non evicta habeat adhibuit quantitatem venditione expressam?

1. Cum in solius domini potestate regulariter sit, rei suæ dominium in alium transferre, nec quisquam possit alium rei dominum efficere, qui ipse prius dominum rei nactus non est, l. nemo plus juris 59. de reg. jur. sæpe fit, ut auctoritate publica iudicis evincantur, quæ per non dominos nullo jure alienatæ aut oneratæ sunt. Et quamvis negari nequeat quibus & illis, qui sine ullo justo titulo rem adepti sunt, ea evincatur, dum forte adversus fures, prædones & similes rerum alienarum possessores rei vindicatio per dominum instituitur; tamen in hoc titulo, in quo de evictione præstatio & actionibus eo nomine competentibus tradatur, evictio est rei nostræ, quam adversarius iusto titulo acquisivit, per iudicem facta recuperatio, arg. l. non tamen 24. ff. b. t. ac non modo per vindicationem contingit, sed & per hereditatis petitionem, actionem noxalem, aut præjudicialem de libertate; cum ex omnibus hiis causis emptori non liceat rem habere, l. venditor 2. pr. ff. de hered. vel act. vend. l. evicta re 16. §. 1. l. sed hoc 26. l. si mancipium 34. §. ult. l. minor. 39. §. pater 3. & 4. ff. b. t. l. si a substituto 45. §. 1. ff. de le-

gati 1. l. si post 24. C. b. t. Idemque est, si emptor iudicio familie erciscunde vel communi dividundo ad rei in solidum et ita divisionem aut adjudicationem subeunda non compulsus sit, l. si mancipium 34. §. 1. ff. b. t. vel ad litem estimationem damnatus, aut cum rem vindicaret, a possessore iudicio superatus fuerit, l. evicta re 16. §. duplæ 1. l. si servus 21. §. & ideo 2. ff. b. t. vel ei per hypothecariam actionem victo, quæ pignus non luebat, possessio ablata fuerit, l. si prædium 4. l. cum tibi 22. C. b. t. l. si mancipium 34. §. ult. l. 35. l. rem hereditariam 65. ff. b. t. vel si, cum minor rem titulo, Patius dei. Mavio vendidisset, minor adversus Mavium quoque restitutus sit, tanquam venditio prima lesus, l. minor 19. ff. b. t. l. 1. C. de fidejuss. minor. vel major ex justa causa restitutionem obtinuerit, l. si, cum venditor 19. §. si it 1. ff. b. t. Denique generaliter, si quocunque iudicii genere effectum sit, quo minus emptori rem habere liceat, ac ejus recuperandæ spes omnis præcisa appareat, l. si mancipium 34. §. 1. junct. l. 35. ff. b. t.

2. Non tamen evictio, quæ per auctorem præstanda foret, intelligi debet intervenisse, si retractu legalis res per agnatos venditoris alioque similis ablata sit, cum illud culpæ venditoris adscribi nequeat, quippe qui non alienam, sed propriam rem jure vendidit, sed magis casui ex legis dispositione propter emptoris ipsius qualitatem, quod scilicet ille non cognatus sed extraneus sit; quæ aut scivit, aut scire potuit atque debuit emptor: unde & retractum patiens tantum pretium recuperat, ut pluribus in materia retractus dictum, non item omne id quod interest, perinde ut illi, qui scienter emerunt alienum. Tiraquellus de retractu gentili §. 1. gloss. 9. n. 34. Mangilius de evictionibus cap. 134. n. 1. et seqq. Caballinus de eviction. §. 3. num. 167. Gomezius variar. resolut. tom. 2. cap. 2. n. 40. in fine. Zoësius ad Pand. b. t. num. 12. Perezius Cod. b. t. num. 8. Longe minus ad evictionis præstationem pertinebit, si conventionalis retractus circa rem venditam jam ante in pactionem deductus sit; cum pactum de retrovendendo aliudve simile rem non afficiat, nec ea penes tertium existens advocari ab eo possit, sed tantum personalis actio adversus paciscentem ac pacto non stantem, comparata sit; nisi secundum ius civile venditor pactus sit, ut oblato pretio res sit inempta, vel rem suam recuperet, arg. l. si, cum venderes 13. ff. de pignorat. act. l. commissoria 4. C. de pactis inter emt. et vend. aut nisi in ipso solemnî actu traditionis secundum mores pactio coram lege loci facta & ita traditionis instrumento inserta esset; ut dictum sit. de contrab. emt. n. 16.

3. Evictionis hujus metuenda intuitu per auctorem, a quo scilicet res ad alium justo titulo transfertur, cautio præstanda est, regulariter quidem nuda re promissione secundum ius Romanum, quandoque tamen satisfactione, quoties scilicet id nominatim actum est, vel in limine contractus imminet evictio, l. emptori, duplæ 37. pr. l. si dictum 56. ff. b. t. l. si post 24. C. b. t. l. pen. §. 1. de peric. & comm. rei vend. Jacobus Coren consil. 3. in notis. Mangilius de evictionibus quest. 85. num. 1. & seqq. vel statutum nominatim omnibus auctoribus satisfactionem datis fidejussoribus de evictione præstandam imponit, uti id quibusdam in locis obtinet immobilium intuitu, testante Hugone Grotio in manuduct. ad jurisprad. Holl. lib. 3. cap. 14. n. 13. Simone van Leeuwen cons. for. part. 2. lib. 4.

cap. 19. n. 15. Jacobo Coren *d. consil.* 3. Multum incertum refert, utrum ex pacto vel lege fidejussor dandus sit, an, quia in limine contractus evictio imminet; ubi enim ex pacto venditioni adjecto fidem suam pro evictione fidejussor interposuit, in omnes omnino evictionis casus quacunque ex causa contingentes obstrictus est. At cum ob id tantum fidejussor intervenit, quod in limine contractus evictio imminet ex hac vel illa certa ac speciali causa, ne alias emtor opposita doli exceptione pretii solutionem declinet, (ut potest juxta *l. pen. §. 1. ff. de peric. & comm. rei vend. l. ex his praeiudic. 5. C. b. t.* Jac. Coren *consil.* 15. num. 18. & seqq.) magis est, ut tantum in ipsam illam specialem evictionis causam, non item in alias tunc ignotas, de quibus ne cogitatum quidem est, videri possit fidejussor devinctus esse. Cum enim causa satisfactionis interponenda specialis tantum sit, lis scilicet illa, quae jam coepit moveri, qua non posita, repromissionem potuisset auctor defungi ex jure communi, consequens est limitatam causam etiam limitatum tantum ad illam causam, & non generale effectum producere, ut post alios Sande *decis. Præis. lib. 3. tit. 5. decis. 9.*

4. Quoties autem de eo quaeritur, an pro evictione dandus sit fidejussor, nec ne, spectanda videtur non mobiliū tantum, sed & immobiliū intuitu lex loci illius, in quo contractus celebratus est, licet in loco situs rerum immobiliū aliud statutis cautum esset, *l. si fundus 6. ff. b. t.* Jacobus Coren *consil.* 3. n. 1. 2. Cuius ea ratio est, quod de evictione cautio ad solemniam, aut saltem ad accidentia contractus & contrahendi modum formaeque pertinet, arg. *l. pacta conventa 72. ff. de contrab. emt.* circa quae solemnia observandam esse legem loci, in quo contractus celebratur, adstructum plenius sit. *de constit. Principum, parte altera, de statutis n. 15.* Atque his etiam consentaneum videtur, eo casu, quo fidejussor dandus est, talem pro evictione dari oportere, qui idoneus & jurisdictioni iudicis, in cuius territorio venditio aut alia similis conventio celebrata fuit, subiectus est, arg. *l. 1. ff. si quis in ius voc. non ierit l. si fidejussor. 7. §. si necessaria 1. ff. qui satir. cog.* Confer Gomezium *varior. resolut. tom. 2. cap. 15. n. 6.* Responsa Jurisc. Holl. *part. 1. consil. 305.* Quem si auctor invenire nequeat, vel emtori consentienti hypotheca sufficiens in immobilibus constituenda foret, de quo pluribus actum sit. *de pignor. & hypoth. n. 20.* vel alioquin immobilia ex usu nostrate adhibito solemnī decreto iudicis, praecedentibus publicis proclamationibus, tradenda sunt. Wassenaar *pract. judic. cap. 22. n. 36. & seqq.*

5. Negotia quod attinet ad casus, ex quibus evictio praestanda, secundum est, si quidem de evictione fuerit expresse repromissum, nihil referre, cui negotio talis repromissio adjecta sit, cum eo casu non aliud inspicatur, quam an res evicta sit, ut de evictione stipulatio committatur, *l. sciendum 52. ff. b. t. l. 1. C. de jure dos. l. 1. 2. C. b. t.* Si vero nulla fuerit de evictione repromissio interposita, multis negotiis id naturale est, ut ob rerum ex iis translatarum evictionem actio sit; inter quae prima est emptio venditio, sive res corporales venditae & evictae fuerint, sive incorporales, ut nomina & actiones & servitutes nominatim venditae, *l. fundum cuius 46. §. si per 1. l. si plures 74. §. ult. ff. b. t. l. si novum & ff. de bo-*

*red. vel. act. vend. vel jus hereditarium, de quo latius in tit. de hered. vel actione venditae n. 4.* Plane si fideus aut Princeps rem vendiderit, uti illa emtori evinci nequit, dum is statim ex privilegio dominium acquirit, ita nec de evictione quaestio esse potest, arg. *§. ult. Inst. de usucapionib.* Sed & si res solemnī decreto iudicis ex moribus hodiernis traditae sint, difficilius quidem evictio permittitur, nisi iustissimae restitutioni causa doceatur, de quibus actum in materia in integrum restitutionis; interim tamen, quotiescunque extra ordinem evictio rerum sic traditarum domino pristino conceditur, emtori evictio vel per venditorem qui sponte vendidit, vel per debitorem, in cuius liberationem pretium cessit, quin & quandoque per rem, in cuius creditores, quibus pretium solutum, praestanda foret, haecenus saltem ut pretium ad emtorem revertatur; cum iniquum sit, illud sine notabili emtoris culpa in lucrum cedere vel iniquo possessori vel creditoribus aut debitori, arg. *l. un. C. de repuat. qua sunt in iudic. in integr. restit. l. ult. C. si adversus fiscum, l. si minori 5. C. de jure fisci.* Ant. Matthaeus *de auctionibus lib. 1. cap. 16. n. 16. 17. 18. & cap. 14. n. 5. 6.* Quae ut apertius intelligantur, considerandum, creditorem vel jure communi pignora vendere, vel jure creditoris. Si jure communi, id est, rem tanquam suam propriam distraxerit, & non tanquam pignori sibi obligatam, perinde emtori de evictione tenetur, ac si rem plane alienam nullo pignoris jure sibi devinctam alienasset, arg. *l. si mandatu 59. §. creditor 4. ff. mandati,* idemque est, si ipse duplum evictionis nomine emtori promiserit, quasi & tunc magis jure communi rem ut suam vendiderit; licet adversus debitorem regressum deinde habiturus sit, si dupla repromissio debitori utilis fuerit, *l. si pignore 22. §. ult. l. 23. ff. de pignori. act.* Sin jure creditoris id est, ut talem, quae ipsi pignoris vinculo tenebatur, ob evictionem pignoris a tertio factam emtori non tenetur; usque adeo, ut pretio necdum soluto emtor illud in praedjudicium creditoris juris pignoris distrahentis retinere nequeat, sed ad solutionem compelli possit, *l. cum ea conditio 68. ff. b. t. junct. l. 1. 2. C. creditorem evict. pignori non debere. l. ex emto 11. §. sententiam 16. ff. de act. emt.,* sed magis emtor, utcumque quodammodo in culpa posito, quod non didicerit cautius mercari, adversus debitorem, cui solutio pretii praefuit ad liberationem, actio ad pretium & usurarum medii temporis, non item ejus quod interest, restitutionem ex aequo & bono danda; maxime, quia creditor ex debitoris voluntate, atque ita ipse debitor, quodammodo talem intelligitur venditionem fecisse, *l. si plures 74. §. 1. ff. b. t. si ob causam 13. C. b. t. junct. §. contra 1. Inst. quib. alien. licet vel non,* vel etiam emtor per actionem ex emto recte desideraverit a creditore, qui vendidit, sibi cedi actionem pignoratitiam contrariam adversus debitorem ad id quod interest, rem alienam non fuisse pignori datam; cum aequum sit, hoc saltem consequi emtorem, quod sine dispendio creditoris futurum est, *l. in creditore 38. ff. b. t. arg. l. heredem 14. ff. mandati, l. cum is, qui 36. de fidejussor.* Henricus Kinschot *respons. 42.* Si tamen creditor sciens dolo malo rem alienam sibi pignori datam jure creditoris vendiderit, de dolo emtori incipit in poenam fraudis obligatus esse. Uti enim pignoris contractus incium creditorum vinculo evictionis non adstringit, ita eum, qui



fraudem admisit ac decepit, non excusat, ac quilibet suis in actibus dolum præstat, *d. l. ex em- to 11. §. sententiam 13. ff. de act. emi. l. 2. C. creditorem evictionem pignoris non debere*. Quin & si decretum a non competente iudice sit interpositum, vel domino non sit facta denuntiatio venditionis pignoris, magis est, ut ob id evictione secuta, emtor creditorem recte conveniat ad pretii restitutionem, quippe qui potissimum in culpa est, quod requisita subhastationis observata non sint, ac ob id venditio inutilis, ut dictum *iii. de distract. pign. num. 7.* ut proinde ipse etiam præcipue intelligi debeat, eo nomine emtori devinctus. Confer Neostadium *Cyria supr. decr. 100. Responsa Jurisconsult. Holl. part. 3. vol. 2. consil. 334. (revera 234.) pag. 672.*

6. Quod si prædia hostilia belli jure capta Titius a fisco capiente emerit, iterumque Mævio vendiderit, ac proinde per subsecutas pacis condiciones prædia illa iterum quodam postliminii jure ad dominos pristinos revertantur, adversus fiscum quidem, qui vendidit, regressus haud videtur aut Titio aut Mævio concedendus, cum fiscus non intelligatur ultra illa prædia vendidisse, quam quatenus jure belli liceret dominium retineri, ac proinde per Titium incerta magis prædii retinendi spes emta videatur, quam ipsum prædium, *l. lucius Titius 11. ff. b. t. Sed nec Mævio emtori secundo adversus Titium emtorem primum; cum ex prædiorum situ ac occupatione bellica Mævius scire facile aut præsumere potuerit atque debuerit, belli jure capta ex pacis legis reditura ad eos, quibus erepta, arg. l. 11. ff. b. t. Secus quam obtineret, si ex rerum emtarum situ non posset hoc dignosci, dum forte publicata fuerunt bona ejus, qui apud hostes est, & ita per fiscum vendita; de quo vide Neostadium *Cur. supr. decr. 37.**

7. Porro, cum datio in solum emtionis similis sit, etiam is, cui res in solum data evicta est, adversus dantem de evictione experiri potest; *l. si prædium 4. C. b. t. junct. l. ult. ff. quib. ex caus. in possess. eatur*, sive pro debito pecuniario datio in solum intervernerit, quo casu proprie venditionis vicem obtinet, sive pro re alia corporali aut incorporali, adeoque magis ad permutationem accedat: cum & ob evictam rem ex permutatione datam actio in factum præscriptis verbis ad exemplum actionis ex emto detur ad id quod interest, rem evictam non esse. Quamvis etiam ad restitutionem rei vicissim ex permutatione datæ contendere possit is, qui rei sibi datæ evictionem passus est, ubi id sibi expedire credit, *l. 1. C. de rerum permut. l. 1. §. 1. & ult. ff. eod. tit. l. si quis aliam 45. ff. de solutio. l. libera quidem 6. C. de sentent. & interlocut. l. permutationis 29. C. b. t. Confer Ant. Fabrum *Cod. lib. 8. tit. 30. defin. 49. & de error. pragmat. decade 100. errore 7. Cujacium lib. 19. observ. 133. Gomezium var. resolut. tom. 2. cap. 2. num. 33.**

8. Divisio quoque hereditatis & ejus explicanda gratia interveniens rerum adjudicatio emtionis vice esse dicitur, *l. 1. C. communia utriusque judicii*, indeque & ob id, quod res uni adjudicata evincitur, actio adversus reliquos de evictione competit, sive iudicis auctoritate sive coheredum consensu divisio facta sit; alio tamen atque alio modo. Nam si coheres sciverit, rem sibi adjudicatam alienam aut al-

teri obligatam esse, atque ita evictionis periculo obnoxiam, nec tamen sibi de evictione caveri curaverit; ea evicta nullam quidem de evictione actionem habet ad id quod interest, *l. si fratres 7. C. commun. utriusque judicii*, sed æstimationem a reliquis eum consequi pro rata æquum est, ne cum hujus jactura reliqui coheredes locupletentur, quibus res aliæ defuncti propriæ cesserant ex divisione ac adjudicatione, secundum ea, quæ postmodum de scienter ementibus alienum explicanda erunt, nisi forte incertum evictionis in se recepisset, arg. *l. quod si in 10. & l. 11. ff. de hered. vel act. vend. l. si familia 14. C. familia erit*. Sin ignoraverit, aut sciverit quidem sed nominatim de evictione sibi cautum habuerit (uti arbitrio familiæ eriscunda incumbit curare, ut de evictione caveatur his, quibus adjudicari, *l. heredes ejus 15. §. pen. ff. famul. erisc.*) ac ione ex stipulatu, ubi ea intercesserit, aliquoquin præscriptis verbis agere potest, *d. l. 7. C. commun. utriusque judicii, l. si, cum venditor 66. §. ult. ff. b. t. d. l. si familia 14. C. familia erisc.* Vide Caballinum de *eviction. §. 4. n. 51. Christinum ad Log. Mechl. tit. 16. art. 43. n. 4. Responsa Jurisc. Holl. par. 6. consil. 19. & 163. Berlichium concl. pract. par. 1. concl. 24. n. 54. & seqq. & quæ, licet ab hisce uno in casu diversa, scripsi libello de *famil. erisc. cap. 13. n. 6. & seqq.* Quod si testator ipse res suas inter coheredes dividerit, an & tunc evictionis præstatio locum habeat, discussum antea *tit. familia erisc. n. 1.**

9. Locationem insuper venditioni similem esse & iisdem prope juris regulis niti cum placuerit, *pr. Instit. de locat. conduct.* non mirum fuit, evicta re locata conductori etiam licuisse experiri per actionem locati conducti ad id quod interest, se rei locatæ ac jam evictæ usu carere, *l. si quis domum 9. pr. ff. locati*, etsi hæc propriæ evictionis præstatio non sit, cum nullum conductori pretium evictæ rei præstandum sit.

10. Adhuc in transactione præstatio evictionis locum invenit, quoties scilicet ita, quod transactionis causa datum est, evictum fuerit; nam si ipsa illa res, propter quam lis erat vel metuebatur, quæque per transactionem apud alterutrum litigantium ex transactione constituebatur, evicta sit, neutiquam eo nomine devinctus est, qui quid transactionis nomine accepit; cum per transactionem super aliqua re non id agatur, ut is, penes quem illa manet, dominus ejus fiat; sed tantum, ut per adversarium transigentem res dimittatur, & per eum amplius non stet, quo minus hic rem habeat, nec in posterum litem ultra ab eo, cum quo transegit, patiatur, *l. si profundo 33. C. de transaction. Caballinus de eviction. §. 4. n. 46. Donellus Brunemannus, Wissenbach ad d. l. 35. Gomezius variar. resolut. tom. 2. tit. 2. n. 38. Mantica de tacitis & ambiguis convent. lib. 26. tit. 7. n. 22. Carpovius defin. for. par. 2. comit. 34. defin. 28.* Et quamvis non desint, quibus placuit, ita demum non teneri eum, qui quid transactionis nomine accepit, si rei ipsius litigiosæ possessionem tempore transactionis non habuerit, sed simpliciter, aliquo accepto, reliquerit penes possessorem: diversum autem esse, si possessor rei litigiosæ rem ipsam, aliquo per transactionem accepto, in adversarium transulerit; quasi tunc venditio magis quam transactio intercessisse videatur. Abraham a Wesel, de connub.

*bonorum societ. tract. 2. cap. 2. num. 66. & seqq. post alios ibi citatos*, vix tamen est, ut eorum sententiam probaveris; cum neque lege ulla id cautum sit; neque translatio possessionis (quæ possessio sæpe tantum facti est, nulla juris specie vel colore quesito adjuncta) immutet naturam transactionis; neque is, qui possessionem transigendo transfert, ullatenus id agat, ut in adversarium dominium transeat, sed hoc unum, ut ipse cedat jure quali quali, quod videri posset in re hæctenus possessa habere; perinde, uti jure suo quali quali ac dubio cedit ille, qui cum non possideret, aliquo accepto, a persecutione rei tanquam suæ jam cæpta desistit. Quibus accedit, dubium haud esse, quin æque possidens ac non possidens possit debiliore jure munitus esse, ac transactiones non minus modico accepto & possessione translata expediantur, quam eadem retenta ac modico petenti dato, ut ab ulteriore lite discedat. Ut proinde ex his omnibus magis concludendum sit, contingentem in transactione possessionis translationem aut retentionem evictionis præstandæ intuitu nullam operari debere juris diversitatem. Nunc, si possessor accepto prope justo pretio possessionem adversario concesserit, uti tunc emtionem hanc magis transactionis titulo velatam, quam veram transactionem esse non negaverim, ita vicissim concedendum mihi fuerit, non minus emtionem dicendam, si non possidens justo propemodum pretio accepto per possessorem a lite dimittatur; dum plus valet quod agitur, quam quod simulate concipitur, per jura vulgata.

11. Et hæc quidem hæctenus de titulis onerosis, in lucrativis non per omnia simile jus est. Nam si dos evicta fuerit videndum, utrum a datione, an a promissione non inceperit. Si a promissione, conditio vel actio ex stipulatu marito competit, ut alia dos detur. Sin a datione, si quidem æstimata data sit ea mente, ut æstimatio quandam venditionis speciem constituat; actio de evictione danda est, uti propter rem venditam evictam danda foret: si vero inæstimata, vel æstimata quidem, sed ea intentione ne venditio contrahatur, nulla marito ob eam evictam actio est, nisi dolo malo res aliena sic data sit, quippe quo casu de dolo, aut in factum, ob honorem matrimonii, si uxoris ipsius doli arguatur, agendum foret, *l. 1. C. de jure dot. l. quotiens 16. l. cum post divorcium 69. §. cum res 7. ff. de jure dot. junct. l. plurimque 10. §. si ante 4. ff. eod. tit. aut nisi pater rem alienam in dotem dederit, etiam bona fide: cum enim officium ejus sit, dotem pro sua dare progenie: aliam evictæ loco dare compellendus est, arg. *d. l. 69. §. gener. 4. ff. b. tit.**

12. Legata quod spectat, inter rem in genere ac in specie legatam multum interest; si enim res in genere legata fuerit, veluti homo, equus &c. ac heres generis illius certam speciem suo vel legatarii arbitrio præstiterit, ea deinceps evicta, non dubium, quin saltem ad aliam ejusdem generis speciem ex causa legati solvendam per actionem ex testamento cogi possit, dum voluntas testatoris, genus legantis, per alienæ rei solutionem impleta dici nequit, *l. beres servum 58. ff. b. t. l. qui concubinam 29. §. si beres 3. ff. de legatis 3. l. si a substituto 45. §. 1. l. si domus 71. §. de eviction. 2. ff. de legatis 1.* Sin rem certam ac in specie nominatam testator legaverit, heres eam qualem qualem præstando liberatur, nec, si illa evin-

cat, aliam ejus loco similem aut æstimationem dare compellitur, *l. si a substituto 45. §. ult. l. si legatis servi 56. l. si servus Tit. ii 70. §. de legatis 1.* nisi legatarius probet, testatorem evicisse, rem, quam legabat, alienam esse, vel conjunctæ personæ res aliena a testatore legata sit, arg. *§. non solum 4. Instit. de leg. ii. l. cum alienam 10. C. de legatis.* Confer Mangillum de eviction. qu. 63. & seqq.

13. Plane in donationibus simplicibus ob res donatas evictas donatorem non teneri, verius est, sive a datione, sive a promissione, donatio initium habuerit: licet enim jure novo donatio emtionis in eo adæquata fuerit, quod ex pacto donationis actio ad tradendum competat, *§. alie autem 2. Instit. de donat.* non tamen in eo, ut evictio præstanda foret; cum justum non sit, ex sua liberalitate quemquam damnum sentire; usque adeo, ut, si maxime rem alienam sciens dolo malo donaverit, tamen ne sic quidem de evictione ad rei donatæ æstimationem teneatur, sed tantum actione doli ad id quod forte donatarius nonnullas in rem donatam impensas fecerit, quas ab evincente non potuit recuperare, aut alio simili modo in damno hæreat, *l. quoniam 2. C. b. t. junct. l. Aristo ait 18. §. ult. ff. de donationibus, arg. l. ad res donatas 62. ff. de edit. edict. Vinnius select. quest. lib. 2. cap. 8. circa finem. Grotius manud. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 2. num. 7.* Nisi inter donantem ac donatarium stipulatio de evictione intercesserit, *d. l. 2. C. b. t.* (licet ne tunc quidem de evictione actionem dari oportere, Paulus censuerit *recept. rom. lib. 5. tit. 11. §. 5.*) vel nisi res in genere per donatorem promissa sit, ac deinde evincatur species illa, quam ad faciendum donationis implementum ex genere præstitit; argumento eorum, quæ superius de generis legato dicta sunt. Brunnemannus *ad l. 2. C. b. tit.* Adde Gomezium *variar. resolut. tom. 2. cap. 2. n. 35.* Mangillum *de evict. quest. 68. 69.*

14. Licet autem ad donationem quodammodo accedere videatur in feudum concessio ac emphyteusis, dum feudum definitur per beneficium, in *lib. 2. feud. tit. 23.* nec regulariter canonis aut servitorum præstatio respondet fructibus majoribus & emolumentis ex emphyteuticario vel feudali prædio percipiendis, tamen, quia fere ad instar dotis hæc qualis qualis liberalitas concedentium in feudum aut emphyteusim onera varia adjuncta habet; ideo jure feudali cautum est, re feudali evicta, vassallum, qui ignoravit alienam esse, habiturum evictionis nomine actionem in simplum, ut scilicet ejusdem bonitatis ac quantitatis prædium præstetur; scienti autem non aliter in id actionem dandam contra eum, qui concessit, quam si pacto speciali id actum fuerit: ipsius concedentis scientia aut ignorantia non considerata, *lib. 2. feud. tit. 8. in pr. & tit. 80.* Rosenthal *synopsi feudali cap. 8. concl. 29. 30. 31.* Gudelinus *de feudis par. 2. cap. 9. num. 8. 9. 10.* Et de re evicta, quæ in emphyteusim concessa fuerat, emphyteuta adversus concedentem competere actionem pluribus placuit, arg. *l. stipulatio ita 38. §. si quis forte 3. ff. de verb. oblig. Cujacius ad d. l. 38. §. 3. Caballinus de eviction. §. 4. n. 53.* Bachovius *ad Treutlerum vol. 2. disp. 2. tit. 5. tit. C.* Berlichius *conclus. præf. par. 1. concl. 24. n. 53.*

15. Ceterum ut actioni de evictione locus esse possit, non interest, utrum tota res evicta fuerit, an pars ejus, *l. 1. ff. b. tit. si modo pars illa principalis sit,*

ac nomen totius retineat, quæ vulgo homogenea appellatur, veluti fundi venditi semis aut alia pars, *l. minor 59. §. si a me 2. l. qui fundum 43. l. ex mille 64. ff. b. t.* Nam si heterogenea evincatur, vel rei principalis accessio, veluti domus aut navis venditæ tigna aut tabulæ, ancillæ prægnantis aut vaccæ distractæ partus foetusve, evictionis nomine non obligatur venditor, quasi evicta parte, *l. nove 36. l. si prægnans 42. & 43. ff. b. t.* licet ob id actio ex emto haud sit deneganda, unde &, evicta re vendita cum accessionibus, de eo quod accessit non in duplum ex stipulatu, sed tantum ex emto in simplum, & si quid amplius intersit, agendum est, secundum ordinariam actionis emti naturam, *l. evicta re 13. ff. b. t. junct. l. si in venditione 50. ff. b. t.* Quin &, si rei, quæ uno spiritu continetur, veluti bovis aut equi aut servi, pars evicta sit, ne tum quidem de evictione ex vi stipulationis, sed tantum ex emto actio est, nisi specialiter partis quoque mentio fuerit adjecta in duplæ stipulatione, *l. si dictum 56. §. in stipulatione 2. ff. b. t.* Nec huic contrarium est, quod apud Pomponium legitur, si communi dividundo mecum actum, & adversario servus adjudicatus sit, quia probavit eum communem esse, habiturum me ex duplæ stipulatione actionem; quia non interest, quo genere iudicii evincatur, ut mihi habere non liceat, *l. si mancipium 34. §. si communi 1. ff. b. t.* Non enim illic pars servi, sed propter adjudicationem interpositam & adversario factam totus servus evictus erat: nec ulla penes emtorem pars remanebat. Plane, si ex servis duobus uno pretio venditis unus evictus sit, de evictione venditor obstrictus est, utcumque servus non evictus tanti valeat, quanti uterque simul emtus fuit, *l. si duos servos 47. ff. b. t.*

16. Parti tamen homogeneæ evictæ in jure nostro comparatum, si rei venditæ ususfructus vel usus evincatur, quia in multis in casibus domini pars est, *l. fundum, cujus 46. l. si ab emtore 49. l. si rem 62. §. ult. ff. b. t. l. in vendendo 66. ff. de contrab. emi. l. stipulatio ista 33. §. si quis forte 3. ff. de verbor. oblig. junct. l. ususfructus in multis 4. ff. de usufr. & quæmad. quis utat. vel jus emphyteusios aut superficies, arg. d. l. 38. §. 3. ff. de verb. oblig. vel pignoris, secundum ante tradita n. 1. b. t. vel servitus realis, quam venditor nominatim dixerat prædio vendito accessuram, *l. pen. ff. b. t. l. in vendendo 66. ff. de contrab. emi.* eo quod non prædium modo, sed & ipsa servitus prædio debita tunc nominatim vendita intelligitur, atque ita evictum ad ipsum quod nominatim emtum fuit. Nam & si alia rei venditæ accessura esse specialiter conveniret, de eorum evictione in simplum agi potest, *l. servi venditor 5. l. evicta re 16. ff. b. t.* Simili ratione, si fundus, cui optimus maximusque est, distractus fuerit, & vicinus servitutem evincat, tanquam per istum fundum sibi constitutam, auctorem de servitutis istius evictione obligatum habet: id enim ista formula agit ut prædium præstetur liberum ab omni servitute; adeoque cum prædio libertas quoque ab oneribus nominatim comparata confertur; unde nec mirum est, si de evictione experiendi potestas tunc data sit, *l. pen. l. cum fundus 43. ff. b. t. l. cum venderes 53. ff. de contrab. emi.* Extra hos casus magis visum fuit, venditorem ob evictionem servitutis, quæ fundo credebatur competisse, vel alicujus onere fundus liber existimabatur,*

emtori non teneri; uti nec de aliis, quæ tacite tantum accedere solent, *d. l. pen. ff. b. t.* Sed magis actioni ex emto, vel quanti minoris ex adilitio edicto locus est, ubi servitutis onus invenitur impositum, quod a venditore sciente dissimulatum erat, *l. quotiens 61. ff. de adil. edicto, arg. l. in venditione 41. ff. de adil. emi,* quod & innuitur *l. sed si quid 15. §. 1. ff. b. t.* si ibi cum Cujacio, Gothofredo in notis, aliisque pro servus legatur servus. Hæc ita, si modo per sententiam judicis hæc jura, rei emtæ pretium augmenta, emtori denegata fuerint: nam si emtor metu molestiarum & impensarum litis passus sit vicinos quædam in præjudicium libertatis, aut servitutis prædio debita, agere aut exstruere, quæ nocent, auctoris id damnum esse non debet, cum nihil vere evictum sit. Resp. Jurisc. Holl. par. 3. vol. 2. cons. 69. n. 7. & seqq. Nostris interim moribus simplicius placuit, ut quoties servitutis aliquo jure simili evincatur, utcumque nominatim dictum fuerit, res illi oneribus non esse obnoxias, vel servitutes rebus emtis esse debitas, ad id quod interest emtor agat, venditionis contractu in suo vigore persistente. Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib. 2. cap. 15. n. 21. 22.*

17. Agunt de evictione non emtores tantum aliquæ his similes, qui ex causis superius recensitis rem natâ rursus per sententiam amiserunt, sed & heredes eorum, non item successores particulares, quales secundi emtores, nisi iis ab emtore primo actio cessa sit, *l. si res 59. ff. b. t.* contra venditores aliosque vulgo dictos auctores, & eorum heredes, cum ex conventionione obligatio nata sit; nec non contra fidejussores, horumque heredes, *l. auctore 7. l. exceptione 11. l. si status 18. l. ult. C. b. t.* etiam cum fidejussores pro minore venditore fidejusserunt, & is adversus venditionem restitutus est, *l. 1. C. de fidejuss. minorum.* Qua occasione disputatum invenio apud Ant. Matthæum *de aucion. lib. 1. cap. 14. n. 7.* an auctor aut fidejussor in perpetuum de evictione teneatur, si promiserint ex formula quadam recepta *se evictionem præstuturos in annum & diem?* (*se vercoebie goed te waren voor Jaar en Dag*) & in id inclinare virum doctissimum, ut existimet perpetuum inde de evictione obligationem esse. Quod etsi prima fronte mirum videri potest, justo tamen fundamento nititur, tum quia, (uti idem auctor ibidem habet) tempus finitum pro infinito usurpatum videtur; tum etiam, & mea quidem opinione præcipue, quia secundum antiquos Diocesios Ultrajectinæ mores nemo rem suam ultra annum & diem, seu sex septimanas vindicare poterat, uti id plenius docet idem Ant. Matthæus *de auct. lib. 1. cap. 11. n. 30. in med.* ac cum eo fere conveniunt antiqua Hollandiæ jura, secundum quæ nullus poterat evictionem pati prædiorum post annum & diem, ex quo illa ei coram lege loci tradita, & id actis insinuatum fuisset, prout hæc explicata ab Hugone Grotio *manud. ad jurispr. Holl. lib. 2. cap. 7. num. 23. & seqq.* Cum ergo non ultra annum & diem evictionis licentia pristinis rerum dominis permitteretur, quid mirum, si & evictionis promissio formula, tantum in annum & diem concepta, interposita fuerit, & tamen hoc ipso plenissimum de evictione in perpetuum comprehenderit securitatem? aut quæ absurditas, si quis etiamnum hodie formula regere uti volens, etiam ejus interpretationem ex more majorum petitam adversus se patiatur? præsertim,

cum licuisset verbis aliis apertioribus uti, arg. l. stipulatio ista 38. §. in stipulationibus 18. ff. de verb. obligat.

10. Quod si plures unius rei pro indiviso possesse & simul uno pretio distracta venditores sint, vel plures unius venditoris heredes, singulis quidem in solidum defendendi necessitas incumbit, cum individua hæc defensionis obligatio sit, adeo ut, si omnibus denuntiatio sit, ac forte pauci vel unus tantum defensionis causa in lite substiterit, omnibus vincat aut vincatur, recteque agatur cum ceteris, quod evictionis nomine victi sint, l. si rem 62. §. si ei, qui 1. ff. b. t. si modo unus ille aut pauci in solidum totius rei defensionem facere parati fuerint; nam si quisque eorum, qui se stiterint, suam tantum partem defendere voluerit, in iudicio substituisse neque ipsis presentibus neque absentibus prodesse potest, propter individuum defensionis naturam, l. cum ex causa 159. ff. de verb. obligat. l. in executione 85. §. in solidum 5. ff. eod. tit. junct. l. 2. §. 2. & seqq. ff. eod. tit. eo modo, quo & unus ex pluribus dominis servum in solidum defendere cogitur, si ex noxali causa agatur, l. si cum uno 4. ff. si ex noxali causa agatur. Sed quia pecuniaria quantitas, adeoque etiam eius quod interest, dividua præstatio est, evictione secuta non ultra suam quisque partem actione de evictione per emptorem conveniri potest, d. l. in executione 85. §. in solidum 5. ff. de verb. obligat. l. si rem 62. §. si ei, qui 1. ff. b. t. l. quoniam 2. C. b. t. Andr. Gayl. lib. 2. observ. 14. Carpzovius defin. for. par. 2. constit. 34. def. 29. Sane, si non plures communiter, sed singuli suam partem pro indiviso possessionem distraxerit, cum tot venditiones intelligantur, quot partes sunt vendita, non dubium, quin pro sua tantum quisque parte non modo ad præstationem eius quod interest ob evictionem, sed etiam ad defensionem suscipiendam devinctus sit, arg. l. quod autem 11. §. 1. ff. de in diem addict. l. si divisa 13. C. de locato.

19. Non tamen de evictione conveniri possunt creditores, qui pignora vendiderunt jure creditoris; de quo latius supra, num. 5. Nec executores, qui iudicati exsequendi causa pignora iudicis auctoritate capta distraxerunt, si illa evincantur, l. si pignora 50. ff. b. t. Nec procuratores, si mandato instructi, ac quæ tales, rem vendiderint, nisi simul in se receperint onus evictionis, l. si cum venditor 66. §. ult. ff. b. t. procurator, qui 67. ff. de procurator. Ant. Faber C. lib. 8. tit. 31. defin. 8. Mangilius de eviction. quest. 187. Nec tutores aut curatores ex suo capite ob evictionem rerum, quas, tanquam ad pupillum aut minorem pertinentes, in alios officio durante transtulerunt, arg. d. l. 66. §. ult. & d. l. 50. b. t. Adde Mangillum de evict. quest. 184. Nec illi, qui simpliciter consenserunt in rei distractionem, arg. l. exceptione 11. Cod. b. t. Tiraquellus de retract. genilil. §. 1. gloss. r. n. 55. An autem marito rem alienam vendente, uxor quoque jure statutarie communione de evictione teneatur? An & tunc, cum maritus rem uxoris propriam alienavit, posito statuto, quo maritus uxorem quidem obligare, non item immobilia ejus alienare potest, alibi explicandum erit. Vide interim Christinum Rodenburch de jure conjugum intract. prælim. de statu. diversit. tit. 2. cap. 5. n. 9. 10. 11. pag. 76. & seqq.

20. Illud præprimis monendum venit, non aliter

cum, cui res evicta, adversus auctorem reliquosque supra recensitos de evictione experiri posse, quam si auctori tempore facta fuerit denunciatio, litem motam esse, addito secundum mores exemplo libelli per auctorem editi; non eum in finem, ut is litem in se & ad suum forum transferat, sed potius, ut liti assistat, & rei conventi forum secutus defensionem ejus suscipiat, ac præstet auctoritatem, l. venditor 49. ff. de iudiciis, l. si rem, quam 29. §. ult. l. si fundo tradito 55. §. 1. l. si plus 74. §. pen. ff. b. t. Confer si libet, Instructionem Curie Hollandicæ art. 115. 116. 117. Curie supræ art. 235. & seqq. Brabantinæ art. 511. & seqq. Flandricæ art. 304. & seqq. Wassenar præf. judic. cap. 8. & cap. 3. n. 18. 19. & cap. 4. n. 9. Covarruviam variar. resolut. lib. 3. cap. 17. n. 3. Caballinum de evict. §. 3. num. 33. & seqq. & quæ scripsi t. de iudiciis num. 38. Quo facto, sive auctor liti assistat, ut evitetur collusio, vel etiam se procuratorem in rem suam ab emptore constitui patiat (secundum l. si servus 21. §. et ideo 2. l. si, cum venditor 66. §. si secundus 2. ff. b. t.) sive liti sese palam non jungat, sed reo adminicula ac probationes ad jus asserendum suppeditet, sive nihil horum agat semel iterumque secundum loci cujusque morem citatus, sed in universum litem negligat, evictione secuta adversus auctorem regressus est, d. l. si modo ipse emptor pro virili non defuerit defensioni; ne alias propter absentiam magis evictus videretur auctor, quam quia malam causam habuit, l. si ideo 55. ff. b. t.

21. Sufficit autem, vel ipsi auctori, vel procuratori ejus, auctore tamen presente & non ignorante, denunciationem factam esse, l. si dictum 56. §. si presentia 4. ff. b. t. Quia & pupillo eam sine tutoris auctoritate fieri posse, si tutor non appareat, benignius apud Romanos receptum fuit, d. l. si dictum 56. §. ult. ff. b. t. Quamvis nostris moribus in tali casu magis cameræ pupillari vel agnatis ac cognatis proximis denunciandum foret, quo pupillis tutor daretur aut peteretur. Groenewegen ad d. l. 56. §. ult. Si plures auctores vel plures unius auctoris heredes sint, singulis denunciationem fieri necesse est, l. si rem, quam 62. §. 1. b. t. l. in executione 85. §. in solidum 5. l. cum ex causa 159. ff. de verb. obligat. cum omnibus & singulis rei totius incumbat defensio, secundum ea, quæ supra dicta n. 18. Quod si lis emptori mota sit, cum rem a creditore, pignus jure creditoris distrahente, emisset, debitori magis, cui pretii solutio, ad liberationem profecit, quam creditori denunciandum, arg. l. si ob causam 15. C. b. t. l. si plus 74. §. 1. ff. b. t. Et si res eadem sæpius vendita per plures manus ambulaverit, ac ultimo tandem possessori evincatur, non jure hic primo auctori quasi per saltum denunciaverit, cum nullum inter hos intercesserit negotium, nisi postremo per primum emptorem actiones adversus venditorem primum cessæ fuerint, l. si res, quam 59. ff. b. t. sed potius emptor postremus auctori suo, atque hic rursus ei, a quo immediate rem nactus est, denunciationem liti motæ facere debet, donec ad primum auctorem devenit fuerit, arg. l. sed et si post 23. ff. b. t. si enim uni ex auctoribus intermediis denunciatum non sit, evictionis secuta intuitu nullam eum actionem danda foret, Caballinus de eviction. §. 5. num. 143. Fidejussori, qui pro evictione intervenit, denunciationem fieri jura non præcipiunt, atque etiam inscium plane liti motæ teneri volunt: eo quod hæc

plerumque defensionum æque, ac emtor, ignarus est, atque adeo nec cum fructu liti assisteret, *l. auctore 7. C. b. t.* Sed & si servus vendiderit, domino denunciationem fieri necesse non est; imo ipsi servo faciendam esse, si vivat; ac domino tantum, si servus sit mortuus, Julianus scripsit, *l. minor 39. §. 1. in fine ff. b. t.*

22. Neque cessat hæc denunciationis necessitas ob id, quod auctor jam aliunde resciverit, litem emtori motam esse: licet enim certiorari non debuerit, qui non ignoraverit, *l. 1. in fine ff. de arb. emti*; quia tamen denunciationis adhibendæ duo fines sunt, alter, ut jam certior factus aliquid faciat, seu defensionem suscipiat, consequens est, auctorem liti motæ non ignarum, forsitan & præsentem, nihilominus ad defensionem obduam oportere vocari, arg. *l. si parentes 20. in fine C. b. t. Covarruvias var. resol. lib. 3. cap. 17. n. 5. Fachineus contrav. lib. 2. cap. 35. in fine, Ant. Faber Cod. lib. 8. tit. 14. defin. 2. Berlichius conclus. præf. par. 1. conclus. 24. n. 35. Et seqq.* Quid, quod nec in causa, quam DD. appellant notorie injustam, denunciationis necessitas remissa ceneri debet. Etenim, an causa injusta sit, non emtoris, cui plerumque ignotæ defensiones, quique propterea auctorem in auxilium advocat, sed iudicis æstimatio est, arg. *l. prætor ait 20. §. 1. ff. de operis novi nunciatioe*. Nec huic repugnat *l. ex emto 11. §. idem lib. 12. ff. de arb. emti*, cum ibi non asseratur, omissam fuisse nundationem. Si tamen is, qui non facta auctori denunciatione evictionem passus est, evincens ipsius partes suscipiens jus ejus certum asserere possit, atque ita manifestum docere defectum juris ex parte auctoris, regressus ei adversus auctorem haud videtur denegandus, perinde ac si tempestive liti fecisset denunciationem, Caballinus de evictione. §. 3. n. 75. Et seqq. Covarruvias var. resol. lib. 3. c. 17. n. 6. Hugo Grotius manu. a jurisprudent. Holl. lib. 3. c. 13. n. 17. Christinus ad leg. Merob. 1. 15. art. 38. n. 12. Leeuwen cons. for. par. 1. lib. 6. cap. 19. n. 14. in fine, Carpovius defin. for. par. 1. consir. 3. defin. 24. 25. Sed & si per venditorem steterit, quo minus ei denuntiatio fiat, dum vel absens, vel præsens, & per eam stat, quo minus denunciatur, committitur stipulatio evictionis, perinde ac si rite denunciatum fuisset, *l. si ideo 35. §. præsentis 1. ff. b. t.*

23. De cetero non tantum ante, sed & post litem contestatam, denunciationis faciendæ facultas emtori salva est, dummodo non prope ipsam condemnationem, adeoque secundum interpretes ante conclusionem in causa, fiat, *l. si rem quam 29. §. ult. ff. b. tit. Berlichius conclus. præf. par. 1. conclus. 24. num. 79. Et seqq. Covarruvias var. resol. lib. 3. cap. 17. n. 8. Caballinus de evict. §. 3. n. 144. Mangilius de evict. quest. 5. n. 4. Et seqq.* Nam quod in contrarium urgetur Labeonis responsum, debere denunciationem fieri, priusquam iudicium accipiat, *l. qui concubinam 29. §. si heres 3. de legatis 3.* minus stringit, si consideremus per iudicii accepti tempus non modo liti contestatæ, sed & aliquando sententiæ latæ tempus denotari; quo posito, verborum sensus idem erit, qui est legis 29. §. ult. ff. b. t. scilicet, oportere fieri denunciationem ante sententiam, ut adhuc sua auctori defensio salva sit. Tempus certe iudicii & lata sententia pro eadem capi, apertum est ex *l. 1. C. si adversus rem iudicatam*, junct. *l. denique 3. §. 1. in med. ff. de minor. 25. annis*. Sed & si in prima lite denuntiatio

Voss ad Pandect. Tom. III.

omissa sit, ac emtor succumbens appellaverit, etiam tunc auctori recte, ut saltem in appellationis lite assistat, denunciatur; cum ita defensio ei etiamnum integra sit, quia, ut Marcianus ait, provocationis remedio extinguitur sententiæ pronuntiatio, *l. 1. §. ult. ff. de sena. usc. Turpil. Caballinus de evictione. §. 3. n. 144. Covarruvias var. resol. lib. 3. c. 17. n. 8.*

24. Non tamen nocet, omissam in universum fuisse denunciationem, quoties emtori similibusque pacto nominatim denunciationis necessitas remissa est, *l. Hermianus 63. pr. ff. b. t. uti nec, si consulto lataverit auctor, ne sibi possit denunciari l. si ideo 55. §. 1. l. si dictum 56. §. simili 3. Et 6. ff. b. t.* quo tamen casu ad domum ejus denunciatio faciendæ, arg. *l. dies cautioni 4. §. prætor ait 5. ff. de damno infecto.*

25. Agitur vero ob evictionem secutam adversus auctorem actione ex emto aliave simili, ad pretium & id quod interest, *l. si controversia 9. l. si cum quaestio 17. l. emti actio 21. l. cum successores 23. l. si ibi 25. C. b. t.* sub quo & illud continetur, quod in rem emtam ab emtore, ut melior fieret, erogatum fuit, *d. l. si controversia 9. C. b. t.* si modo non nimium emtor modum excesserit, forte plurimum impendendo in rem, quæ minimo pretio venit, *l. Titius cum 45. in fine l. 44. l. 45. ff. de action. emti, & impensas ab evincente per retentionem recuperare non potuerit*: nam si id potuerit per oppositam doli exceptionem, ad periculum auctoris ea res non pertinet, nisi is eam sciens vendiderit, *l. item & Julianus 45. §. 1. ff. de arb. emti, l. super emt. 16. C. b. t.* Sed & sub eo, quod interest, impensas liti contineri verius est; cum hæc damna sint, quæ emtor ob factam rerum evictionem passus est, arg. *l. si cum quaestio 17. C. b. t. l. fidejussor 15. ff. de doli mali & metus except. junct. l. si commissa 15. ff. rem ratam haberi, Gomezius varior. resolut. tom. 2. cap. 2. n. 47. impr.* Quales tamen liti expensas emtor haud recuperat ab auctore, si adversus eum, qui evictionem tentabat, victor evaserit in ultima lite, licet forte in primis instantiis victus fuisset, cum per ultimam anteriores sententiæ infirmentur tanquam non justæ, viribusque in universum destituantur. Nisi & in hunc casum auctor nominatim restitutionem promississet, arg. *l. venditores 102. ff. de verb. obligat.* in qua lege, dum præter cautionem pro evictione & inde nascitura obligatione ad id quod interest, venditores insuper proponuntur specialiter promississe, *se agnitorum, si in lite mota sumtus emtor fecisset*, innui videtur, sine tali promissione specifica nullum emtori vincenti, secundum facti speciem in lege propositam, adversus auctores pro liti impensis regressum competere. Quo & rationes juris generales suadent. Non enim damnata impensarum propter litem injuria motam sensit emtor ex aliqua venditoris culpa vel factio, verum ex actoris seu petitoris improbi calumnia; ut proinde damnum illud ex tertii facto promanans, quantum quidem ad auctorem attinet, casui fortuito adscribendum sit, dum nulla id arte aut providentia consequi vel avertere quisquam potest, ne damnum injuria ab alio detur, *l. sed de damno 41. ff. locati l. ad eos 19. ff. commodati*, et neque casus fortuito supervenientes auctor emtor præstat, neque injuria, quæ fit emtori, auctorem contingere debet, *l. si per imprudentiam 51. pr. ff. b. t.* Atque hinc, cum de hominis venditi statu quaestio mota esset, definitum

fuit, si quidem secundum libertatem sententia ferretur, auctorem conveniri posse, si vero servum fuisset sententia declaraverit, emptorem ad venditorem reverti non posse, *l. si status* 18. *C. b. t.* quod postea tum de pretio intelligi nequeat, dum certum erat nec imperatoria agebat definitione, re penes emptorem manente nullam pretii repetitionem esse, necessario de litis super statu mota impensis accipiendum est. Et sane, cum de evictione cautio id contineat, ut emptori liceat rem habere, nec res evicta dici possit, quae adhuc est penes emptorem, eundemque in lite victorem, *l. habere* 57. *ff. b. t.* sequitur, nec de evictione stipulationem commissam esse, ac proinde nec actionem emptori natam, praesertim, cum Jurisconsultus dicat, venditorem tradendo, si dominus sit, emptorem dominum facere, sed si non fuit dominus, de evictione obligari, *l. ex empto* 11. *§. & in primis* 2. *ff. & in primis* 2. *ff. de act. empti*, quam proinde evictionem praecessisse necesse est. Praeterea quod & restitutio sumptuum litis in materia evictionis tantum accessio quaedam evictionis est, ac sub eo quod interest comprehenditur; re autem non evicta non potest praestatio ejus, quod interest, locus esse. Tuentur hanc sententiam Cujacius *ad l. 102. ff. de verbor. oblig.* Donell. *ad l. 18. C. b. t.* Zasius *ad d. l. venditores* 102. *ff. de verbor. oblig.* Responsa Jurisc. Holl. p. 3. vol. 1. *consil.* 48. Zoesius *ad Pand. b. t. num.* 27. 28. Nec quicquam in contrarium facit, quod auctori incumbit emptorem defendere in lite mota, *l. si plus* 74. *§. mota* 2. *ff. b. t. l. qui abremem* 75. *ff. de procurat.* quibus motus post alios Gomezius *var. resol. tom. 2. cap. 2. n. 47. Fachineus controver. lib. 2. cap. 39.* dissentientium castra securi sunt. Licet enim defensio auctori a jure imposita sit, in quantum secundum superius exposita liti assistere & probationibus causam emptoris munire tenetur, non tamen inde sequitur, etiam sumptibus auctoris adversus emptorem iniquum oportere peragi defensionem. Nam & procuratori pro domino agenti necessitas imposita est defendendi dominum a reo reconventum, *l. servorum quoque* 33. *§. ait prior* 3. & 4. *ff. de procurat.* nec tamen inde recte concluderis, suo ergo sumtu procuratorem debere defensionem subire. Gravant quidem commodatarius impensis litis, si quae ab eo pro recuperanda rei commodata a tertio detentae possessione factae sint, in casu *l. si ut certo* 5. *§. rem tibi* 12. *ff. commodati*, sed a commodato, quod solius commodatarii gratia contractum, & ex quo commodatarius ad rem commodatam restituendam obstrictus est, ad venditionem utilitates utriusque contrahentis continentem, ac ad venditorem, qui tradendo emptoremque dominum efficiendo contractum jam implevit, male sit illatio circa hanc de impensis litis disputationem.

26. Quod si post venditionem ante evictionem decreverint pretia rerum venditarum, adeo ut lis deinceps evictis tanti non videatur emptoris interesse propter evictionem, quantum quidem est in pretio, quod venditori numeratum est, electionem emptori tribuit Grotius, utrum pretium, quod emptoris tempore constitutum fuit, an magis quanti sua interest, repetere malit, *manuduct. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 15. n. 19. 20.* quod tamen minus respondet iis, quae a Papiniano tradita in *l. si, cum venditor* 66. *§. ult. ff. b. t.* actionem scilicet ob evictionem consequi, quanti sua interest; ita ut melioris aut deterioris agri facti cau-

sa finem pretii, quo factae tempore divisionis aestimatus, diminutus vel excedat, uti & a Paulo in *l. evicta re* 70. *ff. b. t.* puta evicta re ex empti actionem non ad pretium dumtaxat recipiendum, sed ad id quod intersit componere, idemque etiam, si minor esse caput, damnum emptoris esse. Denique & ad African. in *l. idque* & Julianum 45. *pr. ff. de act. empti*. Nec adversatur *l. ex evicta* 64. *pr. & §. 1. ff. b. t.* Quod enim illic propter partes, quas fluxum agro post venditionem sustulit, vel ex adverso adjecit, non augeatur vel minuat quantitas evictionis, ejus duplex ratio est, primo quia duplex stipulatio in casum evictionis intercesserat, adeoque potius conventionalis in casum evictionis promissa; ut patet ex *pr. d. l. 64.* ponam autem cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit, sed quae sit quantitas quaque conditio stipulationis, *l. stipulatio ita* 38. *§. alteri* 17. *ff. de verbor. oblig.* secundo, quia dupl. stipulatio continebat duplicatum pretium, quo fundus emptus erat; quoties autem aestimatio fundi in stipulationem deducta est, meliore postea vel deteriore facto fundo, ea tamen aestimatio venit, quae stipulationis tempore fuit, *l. fundum Cornelianum* 28. *ff. de novation.* Adde *l. de condit. triticar. n. 3. in princip.*

27. Quia vero in actione quoque vendita evictionis praestatio locum habet, in quantum venditor debitorem praestare debet, contra quam actio vendita competat, *l. si nomen* 4. *l. 5. ff. de hered. vel act. vend. evicta* ea, dum vel debitum solutio jam extinctum est, vel exceptione perpetua enervatum, vel nupiam apparet debitor, si quidem incerta quantitas actio fuerit, in id quod interest emptori actio prodita est; sin certa summa debitor dictus sit, in eam summam evictionis nomine tenetur venditor, *d. l. 4. & §. 5. ff. de hered. vel act. vend. arg. l. quod* 8. & *l. 9. ff. eod. tit.* nec potest liberari restituendo pretium tale, quale accepit, si forte minoris actio sit vendita, quam quantum ea comprehensum erat. Licet enim ex constitutionibus Anastasii & Justiniani emptor nominis non plus a debitore exigere possit, quam quod ipse dedit, ut dictum *in de hered. vel act. vend. num.* 18. tamen cum id ita in solius debitoris gratiam cautum sit, ut tantundem offerendo, quanti nomen emptum est, a toto debito liberationem consequatur, nec uspiam illa facultas jure novo inventatur ipsi nominis venditori tributa, magis est, ut juri antiquo in *d. l.* contento etiamnum stari debeat, arg. *l. precipimus* 32. *§. ult. C. de appellat.* Responsa Juriscons. Holl. p. 3. vol. 1. *consil.* 118.

28. Praeter actionem ex ipso negotio gesto ob evictionem in id quod interest comparatam, insuper frequentata fuit apud Romanos actio ex stipulatu, idque vel in simplum, vel in duplum, vel in triplum vel in quadruplum, prout de evictione stipulatio simplex vel dupla vel tripla vel quadruple interposita fuerat, *l. hoc jure* 27. *l. si dictum* 56. *l. si plus* 74. *ff. b. t.* Cujacius *libr. 11. observat. 4. & libr. 10. observ. 34.* Quin imo moris fuit atque consuetudinis, ut pro rebus pretiosioribus dupla, pro villoribus simplx repositio adhiberetur, *l. emptori duplam* 37. *§. 1. ff. b. t.* adeo ut, si forte venditor dupla promissionem facere detrectaret, & eo nomine adversus eum ageretur, dupli condemnandus fuerit, quia ea, quae sunt moris atque consuetudinis, in bonae fidei judicio debent venire, *l. quod si nolit* 31. *§. quia assidua* 20. *ff. adi-*

*Tit. editi. l. si dupla 2. ff. b. t. & si per errorem simplam pro dupla stipulatus fuisset emtor, tamen actione ex emto duplum consequi debuerit, vel saltem, ut sibi in duplum promitteretur, d. l. 33. §. ult. ff. b. t. non item, si ex certa scientia in simplum tantum stipulatio concepta fuisset, arg. d. l. 37. in pr. l. si plus 74. ff. b. t. Interim has duplæ vel quadruplæ stipulationes a moribus nostris alienas esse, & evictione secuta, auctorem emtori in id, quanti vere interest, teneri, observat Groenewegen ad l. 31. §. 20. ff. de adilit. editi. & ad rubric. ff. b. t.*

29. Durant autem hæ actiones, tanquam personales, totis triginta annis, non a tempore venditionis, sed demum a tempore factæ evictionis computandis, *l. emti actio 21. C. b. t.* Neque evanescent ex eo, quod venditor evictam rem postea offat; quia semel commissæ evictione stipulatio, aut nata ad id quod interest ex emto actio, resolvî non potest, *l. habere 57. in fine ff. b. t. junct. l. fidejussor. 15. ff. de doli mali & met. except.* ac sæpe inutilis in posterum res emtori futura est; dum sibi, ob evictam prius emtam, comparavit aliam, nec duabus simul opus habet, arg. *l. si in lege 24. §. colonus 4. ff. locati.*

30. Cessant tamen multis in casibus, puta, si non sit facta auctori litis mota denunciatio, secundum ante explicatæ. Si lis quidem mota, sed emtor vice-rit, de quo etiam superius actum. Si per imprudentiam aut errorem iudicis succubuerit, *l. si per imprudentiam 51. pr. ff. b. t.* quod tamen moribus vix admittendum, cum pro re iudicata veritatis ac justitiæ præsumtio sit, *l. ingenuum 25. ff. de statu hom.* nec iudices hodie soleant litem suam facere, Groenewegen ad d. l. 51. ff. b. t. Wassenar præst. jud. cap. 8. num. 44. Si emtor necdum condemnatus rem petitam sponte restituerit, vel transegerit vel compromiserit, vel jurisdictionem iudici incompetenti prorogaverit, vel iurjurandum adversario detulerit, atque ita vel iudicis incompetentis vel arbitri sententia res ei ablata sit, *l. non tamen 24. l. si dictum 56. §. si compromiserit 1. ff. b. t. l. si cuius questio 17. C. b. t. arg. l. si minores 1. ff. de minor. 25. annis; Mangilius de eviccion. quest. 13. n. 1. & seqq. & quest. 199.* Si emtor victus, absente venditore, non appellaverit, aut appellaverit quidem, sed deseruerit appellationem: contra quam obtineret, si auctor præsens fuisset: quippe cui tunc appellationis officium incumbit, si appellandum putet, *l. Horrennius 63. §. 1. 2. ff. b. t.* Si emtor competentes sibi vel auctori exceptiones non opposuerit sciens extraneo agenti, atque ita succubuerit, arg. *l. si obligata 19. l. emtori etiam 28. C. b. t.* Si possessionem sua culpa amiserit, cum potuisset illam retinere, ac postea agens recuperare non potuerit, dum forte termini erant, quibus rem retinere quidem, at non utiliter potere iura permitunt, *l. si rem, quam 29. §. 1. ff. b. t.* si cum venditor admonuisset emtorem; ut certa egeret actione ad rem amissam recuperandam, emtor id facere supersederit, *l. si cum venditor 66. ff. b. t.* si victus quidem sit emtor, sed antequam res ei auferretur, auctor litis estimationem evincenti præstiterit, sive esset ab emtore constitutus in rem suam procurator, *l. si servus 21. §. & ideo 2. ff. b. t.* sive non, arg. *l. evictus autem 35. ff. b. t.* Si emtor, cum potuisset rem usurpare, non cepit, & ob id res evicta sit, *l. si dictum 56. §. si cum 3. ff. b. t.* vel rem pro daretis habuerit, *l. ult.*

*ff. b. t. vel locum emtum religiosum fieri passus sit, l. si per imprudentiam 51. §. si quis 2. ff. b. t.* vel ei ad rem recuperandam agenti obstant exceptiones ex propria, non venditoris, persona objectæ, *l. hoc iure 27. ff. b. t.*

31. Quod si venditor tantum vendiderit incertum juris, si quidem bona fide id egerit, dum dubitabat quidem de jure suo, sed certam alienæ rei scientiam ac conscientiam non habebat, de evictione, quæ forte postmodum secuta est, haud tenetur; ac ne ad id quidem, ut pretium reddat, *l. quod si in 10. l. 11. ff. de hered. vel act. vend. Hugo Grotius mand. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 14. num. 27.* sin sciverit, rem ad se non pertinere, & tamen ita vendiderit, ex dolo suo non ad pretii tantum restitutionem, sed & ad id quod interest in pœnam doli, secuta evictione, dammandus est, *l. hoc autem 12. ff. de hered. vel act. vend. junct. d. l. 10. & l. 11. eod. tit. l. ex emto 11. §. ult. in fine ff. de act. emti.* Quod si, cum venditor non incertum juris sui, sed simpliciter rem venderet, nominatim id egerit, ne de eviccionis teneatur; evicta re, non quidem id quod interest solvere compellitur, *l. emti actio 21. C. b. t. d. l. 11. §. ult. in med. ff. de act. emti,* nisi & hic sciens alienum vendiderit, *l. teneur 6. §. ult. & d. l. 11. §. ult. in fine ff. de act. emti,* sed tamen ad pretii accepti restitutionem obstrictus est, quia bonæ fidei contractus hanc non patitur conventionem, ut emtor rem amitteret, & pretium venditor retineret, *d. l. 11. §. ult. in med. ff. de act. emti,* Neostadius curia supr. decr. 63. Confer Mangilius de eviccion. quest. 163. n. 1. & seqq. nisi emtor scivisset, rem alienam esse, & tamen pactum tale a venditore apponi passus esset; cum ita neutrum ab alio captus videri possit, sed magis semetipsum decepisse, aut saltem habuisse pretii in omnem eventum donandi propositum, arg. *l. cuius per errorem 53. ff. de reg. juris.*

32. Qua occasione generalius adnotandum, eum, qui sciens emit rem alienam, nullam quidem de evictione actionem habere ad id quod interest, si non specialiter sibi de eviccionis cavere curaverit, *l. si fratres 7. C. commun. utriusque iudicis, l. si fundus sciens 27. C. b. t. l. apud Celsum 4. §. item Labeo 5. ff. de doli mali & met. except.* verum tamen scientiam alienæ rei in emtore non impedire, quo minus, evictione secuta, pretium quod dedit recuperet; cum iniquum sit, venditorem cum detrimento emtoris locupletari, arg. *l. ult. C. commun. de legatis, novell. 7. cap. quia vero 5. pr. & §. 2. l. 1. C. si vendito pignore agatur, Loesius ad Pand. b. t. num. 19.* Perezius *C. b. t. n. queritur, an. 25. Caballinus de eviccion. §. 5. n. 32.* Si enim is, qui rem ecclesiasticam, alienari per leges vitata, sciens emit aut ex permutatione accepit ab œconomo, pretium ab œconomo recuperare possit; si is, qui sciens rem restitutioni obnoxiam, atque ita a testatore alienari prohibitam, sciens emit, ablata re pretium a venditore jure reposcat; si denique pignoris emtor, qui in præjudicium debitoris cum creditore collusit dolo malo, pretium recipiat, ibi res ei in subsidium aufertur; secundum *d. leges;* ratio non est, cur non æque, imò longe magis, is, qui sciens rem alienam comparavit, eadem evicta, pretii haberet repetitionem: præsertim si consideres, peccare eos, qui rem Ecclesiæ, aut fideicommissio obnoxiam, sibi acquirere student, & pœna dignos esse;



non peccare, qui rem alienam emunt, in quantum rei alienæ distractio de jure valet, *l. rem alienam 28. ff. de con. rab. em. ion.* Quam etiam puto rationem esse, cur is, qui sciens rem alienam emit, efficaciter curare possit, sibi de evictione, cavere juxta *d. l. 7. C. commun. viariusq. jud. d. l. 27. C. b. t. d. l. 4. §. 5. ff. de do. maii & mai. except.* nihil tale ex adverso possit, sed, non obstante dupla stipulatione, solq. teneatur pretio recepto contentus esse, qui sciens emit rem tertio ex fideicommissi causa restituendam, *d. l. ult. §. ult. ff. commun. de legatis.* Convenitque hæc sententia ita ex juris Romani fundamentis adstructa, de pretio non obstante emtoris scientia restituendo, etiam hodiernis moribus, ut post alios censet Groenewegen *ad l. 27. C. b. t.* Utcunque alibi contra judicatum fuerit, secundum Carproviu *defini. for. part. 2. const. 34. defin. 25. Christinzus vol. 4. dec. 143. n. 13, 14 & multis ab eo allegatis;* atque etiam Fachineo *contro. lib. 2. cap. 40.* placuerit, hanc opinionem jure civili veriorē esse; sed debili fundamento. Non enim id adstrui potest ex *d. l. si fundum sciens 27. C. b. t.* cum illic non de pretio soluto, sed litis impensis repetendis quæstio sit; nam dum ait, eum, qui sciens fundum alienum comparavit, neque quicquam de evictione convenit, quod eo nomine dedit, contra juris porcere rationem, verba quod eo nomine dedit, ad id quod evictioni nomine datum est, pertinent; ad evictionis nomine non pretium sed litis impensæ datæ sunt, quas & ideo emtor, tanquam temerarius litigator ac non obstante rei alienæ conscientia contradictor existens, ferre debuit. Pretium certe non evictionis sed emtionis intuitu datum fuit, antequam ulla emtori lis cõpiti moveri; imo licet nunquam evictio sequatur, tamen pretii datio est, atque ita extra omne dubium, evictionis nomini pretium haud dari. Longe minus pro hac dissentientium opinio facit *l. pri. & ult. C. de rescind. vend.* Muletantur enim illic emtores scientes pretio, quia emerunt lege propter utilitatem publicam venditiones certis personis prohibente. Non etiam multum juvat *l. si fratres 7. C. de commun. vir. jud.* quippe quæ scienti quidem actionem in id quod interest aut in duplum ex stipulatu negat, non autem nudam pretii repetitionem. Nec urget denique, quod emtor scientor emens rem jam extinctam ad pretium nihilominus obligetur, & illud jam depensum repetere nequeat, *l. domum 57. §. simili 2. ff. de contrab. emi.* Etiam, cum quis sciens prudens rem emit alienam, non est presumendus voluisse pretium donare, sed magis habuisse spem acquirendi dominii, ubi auctor illud acquireret (ita namque vendi res, quas venditor non habet, post certum tempus tradendas, etiam inter mercatores quotidianum est) at si quis emit domum, quam scit exustam esse, presumi nequit habuisse spem acquirendæ domus, quæ jam esse desierat; ut proinde tali in casu non alia supersit presumtio, quam quod pretium sponte pro re, quæ non est, nec erit, sed fuit, oblatum donare voluerit, arg. *l. cujus pro errore 53. ff. de reg. juris.*

33. Quid vero juris sit si prædium venditum auctoritate Principis publicetur, colligi potest ex iis, quæ tradita in *ris. de peric. & commun. rei vend. n. 1. in med.*

34. Denique nec tunc, cum res post venditionem lateriit, actioni de evictione locus est, licet de dolo

agi possit, si venditoris dolus intercesserit, dum sciens prudens alienam rem vendidit emtori ignorant, *l. si servus 21. pro ff. b. t. l. si quis tibi 26. C. b. t. junct. l. servus, quem So. §. de act. emi.* Si tamen etiam rei jam extinctæ intuitu evictio locum habere poterit, dum forte dolus aut culpa interitui causam præbuit, si quidem emtoris dolus arguatur, & is propterea in rei extinctæ æstimationem evincienti condemnatus sit, nullum adversus venditorem regressum habere potest, cum doli proprii pœnam præstiterit & suus cuique dolus non alteri nocere debeat, arg. *l. 1. §. plane 14. ff. de tuela & ration. distrab. l. in condemnatione 173. §. unicuique 2. ff. de reg. juris;* si vero per venditoris dolum, venditione antiquior, causa data sit interitui rei, vel venditor liti assistens impeditur, ne res evincienti reddatur, atque ita illa pendente, forte lite emtori mota, apud emtorem perierit, ac ob id emtor in æstimationem foret damnatus, etiam de evictione per actionem ex emto vel ex dupla stipulatione jure experitur; eoque Paulum puto respicere, cum ait, re extincta sententiam tamen in rei vindicatione sequi debere propter stipulationem de evictione, *l. usque 16. ff. de rei vend.*

35. Quod si plures res simul uno pretio sint venditæ, pro numero rerum etiam multiplicatur de evictione obligatio, ac tot dantur de evictione actiones, quot evincuntur species rerum una venditione comprehensarum, *l. cum plures 72. ff. b. t. arg. l. & si uno 33. ff. de act. emi. & si una re evicta reliquæ simul uno pretio venditæ adhuc pluri valeant, quam quanti omnes simul, connumerata re evicta, erant distractæ, emtor nihilominus de evictione actionem habet, nec damnum cum lucro compensandum, l. si duos 47. ff. b. t. Idemque est, si forte, cum fundus centum jugesum venditus traditusque esset, fines longe ampliores monstrati fuerint, ac postmodum evicta parte aliqua, id quod emtori relinquitur, adhuc jugesum centum quantitatem contineat, *l. qui fur-dum 45. ff. b. t.**

## TITULUS III.

### De Exceptione rei venditæ & traditæ.

#### SUMMA RIA.

1. Si is, cui res aliena vendita ac tradita, possessionem amiserit, postquam auctor aut qui de evictione tenetur, dominum nactus est, agere potest contra venditorem & tertium possessorem. Cur agat Publiciana potius quam rei vindicatione?
2. Si emtor rem possideat, venditorem & similis repellit exceptione rei venditæ & traditæ; nisi malit evictionem pati, & post agere de evictione.
3. Quibus opponatur hæc exceptio? Ubi de auctoris heredibus & successoribus particularibus, & fidejussoribus, & fidejussorum heredibus ex suo vel defuncti capite rem vindicantibus, & creditoribus, qui jure creditoris pignus distraxerunt.
4. Quibus præter emtorem amplius hæc exceptio detur?
5. Quando cesset hæc exceptio?

1. Quandoquidem confirmato jure alienantis, ius quoque ejus, in quem alienatio inspecto non jure facta erat; primo dominii per venditorem primum quæsiti momento confirmatum fuit;

adeoque dominium ex eo tempore emptori primo adjectum, sine facto aut voluntate ejus auferri non potuit, ideo ei ob amissam possessionem adversus venditorem aut tertium possessorem experiundi, & exceptionem, a reo oppositam, dominii acquisiti replicatione elidendi, facultas est, *l. si a Titio 72. ff. de rei vind. l. si a Titio 2. ff. b. t. l. apud Celsum 4. §. si a Titio 32. ff. de doli mali & met. except.* In quibus legibus duabus posterioribus cur *Publiciana actio* huic datur emptori primo dari, cum tamen dominii replicationem jam possit opponere ex *d. l. 72.* incertum satis; nisi forte id ideo fieri existimetur, quia emptor hic fictum magis quam verum dominium ex confirmato primi venditoris jure videri potest acquisisse, arg. *l. stipulatio ita 38. §. quantum est 4. ff. de verb. oblig. ficti autem dominii intuitu Publiciana datur, §. namque si 4. Inst. de action. unde & forsitan alius in legibus huic emptori non dominii sed doli exceptio adversus venditorem agentem accommodatur, l. vindicantem 17. ff. de eviction. l. apud Celsum 4. §. si a Titio 32. ff. de doli mali & met. except.* Adde Petrum Barbosam ad *l. Lucius 39. ff. soluto matrim. n. 23.*

2. Quod si emptor rem etiamnum possideat, & hi, qui de evictione conveniri possunt, ad eam evincendam judicio experiantur, in emptoris arbitrio est, an evictionem pati, & re ablata deinceps virorem actione ex stipulatu in duplum, vel ex emto ad id quod interest, convenire velit, an vero malit rem retinere ac venditorem evincere volentem aliosque similes repellere, sive rei venditæ & traditæ, sive doli mali exceptione; quia improbe facit, rem a se distractam evincere ac contra factum suum venire tentat, æquitate scilicet distans, ut, quem de evictione tenet actio, eundem longe magis agentem repellat exceptio, *l. vindicantem 17. l. 18. l. Seja fundos 73. ff. de evict. l. 1. & passim ff. b. t. l. cum a matre 14. C. de rei vind. d. l. apud Celsum 4. §. si a Titio 32. ff. de doli mali & met. except. l. venditrici 3. C. de reb. alien. non alienand. Caballinus de evictionib. §. 5. n. 2. Cujacius lib. 17. observ. 18.*

3. Opponitur hæc exceptio non tantum venditori primo, sed omnibus illis, qui ab eo causam habentes evincere rem emptori primo annituntur, quales sunt, quibus venditor jam dominus factus eandem rem rursus titulo sive oneroso sive lucrativo concessit, *l. ult. §. pari ratione 1. ff. b. t. d. l. 4. §. 32. ff. de doli mali & met. except. l. si a Titio 2. ff. b. t. l. si a Titio 72. ff. de rei vindic.* Sed & heredi venditoris recte opponitur *d. l. ult. §. pari ratione 1. ff. b. t. sive defunctus ipse, dum adhuc superstes erat, dominium adeptus sit, & ex defuncti capite experiri heres cupiat, sive heres ipse rei per defunctam venditæ do-*

minus fuerit, *l. si re possessio 14. C. de evict. l. cum a matre 14. C. de rei vindic. l. venditrici 3. C. de reb. alienis non alienand. l. 1. §. 1. ff. b. t. ut tamen posteriore casu non ultra repelli possit heres rem suam vindicans, quam pro qua parte venditori successit, d. l. cum a matre 14. C. de rei vindic.* Adhuc fidejussoribus, eorumque heredibus, quoties illi ex fidejussoris defuncti persona ac jure rem ab emptore avocare student; non item, si ex suo capite; tunc enim arbitrio eorum leges permiserunt, an rem suam penes emptorem relinquere atque ita de evictione actiones evitare velint, an potius eadem evicta de evictione teneri, dum forte magna in eam ferebantur affectione, *l. ult. C. de evict. quod singulare prorsus; cum alioquin ejusdem juris & potestatis esse soleat heres, cujus defunctus fuit. Denique etiam creditoribus, qui jure creditoris pignus distraxerunt, si deinde in veri domini jus successerint, & ex ejus capite ad rem emptori evincendam contendant, hanc exceptionem opponi posse verius est: licet enim talis creditor de evictione non teneatur, ut alibi dictum, non tamen ipse ad pignoris a se distracti evictionem faciendam admittendus est, ne contra proprium factum venire videatur, *l. 1. Cod. creditorum evict. pign. prestare non debere l. & si is 10. ff. de distract. pign.**

4. Utitur autem hæc exceptio in primis quidem emptor, cui res vendita ac tradita fuit, vel vendita quidem, sed non tradita, si modo sine vitio possessionem rei emptor nactus sit, *l. 1. §. ult. ff. b. t. ac præterea omnes illi, qui causam ab emptore habent, puta heredes ejus, ipsique etiam successores particulares, in quos ab eo res ex lucrativo vel oneroso titulo translata fuit; adeo ut emptor secundus auctori seu venditori primo eam recte objecerit, l. ult. ff. b. t. licet emptor secundus adversus auctorem primum ob rem sibi evictam agere nequeat, nisi actiones contra eum ab emptore primo cessæ sint, l. si res, quam 59. ff. de eviction. legibus scilicet facilius exceptionem atque retentionem, quam actionem indulgentibus.*

5. Cessat tamen hæc exceptio, aut saltem replicatione eliditur, quoties in venditore justa vindicandi causa apparet, *l. 1. §. ult. ff. b. t. veluti, si rem quidem vendi mandaverit, sed prohibuerit, ne traderetur, antequam pretium solutum esset, & tamen mandataris de pretio fidem habuerit; vel si minoris sit vendita res, quam dominus mandaverat, l. 1. §. 2. 3. ff. b. t. aut si venditor rem a se alienatam vindicet ex officii necessitate, non in suam sed tertii utilitatem, puta tutor rem pupilli a se sine decreto distractam, alique similes, de quibus actum sit. de rei vind. num. 19.*

## TITULUS PRIMUS.

De Usuris & fructibus & causis & omnibus  
accessionibus & mora.

## SUMMARIA.

1. Quid sint usura, quid dissent a fructibus, eo quod interest, & panna conventionali? Usura non ex corporibus sed quantitatibus debentur.
2. De divisione usurarum in centesimas & centesimis minores. Qua fuerit oim usura unciaria? quo modo feneratoris olim exactionem iniquam usurarum fecerint? Qua jure Justiniano sint usura gravissima pro personarum diversa condicione? Quibus in casibus centesima debita? An & si tutores, negotiorum gestores, pecunias in suos usas converterint?
3. Qua nostris moribus sint gravissima, quibus in casibus centesima adhuc bodie licita sint? ubi de usuris trapeziticis & vitalitiis, & iis que mercatoribus debentur.
4. De secunda divisi one usurarum in compensationibus, punitoriis & lucratoriis. Atribuitur, usurae modicas neque naturali rati omi, neque aequitati repugnare.
5. Si usura supra modum conventione comprehensa sint, debentur usque ad modum legitimum, nec panna in mutuo ultra debetur. Idem est, si per testatorem heredi sunt testamento imposita. Qua panna sint improborum feneratorum?
6. Cujus loci lege spectanda sint circa questionem, an usura legitimum excedant modum? & quid, si debitum sit munitum hypotheca immobilium alibi ritorum?
7. An, & quando usura ex pacto peti possint sine stipulatione? & quid moribus?
8. An & quales usura debeantur, si quis usuram promiserit sine certa quantitatit designatione?
9. Si quis mutuum sub usuris acceperit in bonum, maturius reddere nequit, nisi additis anni totius usuris. Quid juris, si ultra annum retineat?
10. In bona fidei judiciis usura debentur ex mora, non item in stricti juris judiciis, exceptis paucis casibus, ac ne quidem post litem contestatam.
11. Moribus usura regulariter in nullis judiciis debentur ex mora extrajudiciali; at in omnibus ex mora judiciali. Quid juris nunc sit circa usuram rei judicata? In quantas usuras ex mora apud nos condemnatio facienda sit? & quid si varient locorum mores circa usuram, cum debitor & creditor in locis diversis domicilium foverent?
12. Recensentur casus, quibus usura bodie etiam ex mora extrajudiciali debentur.
13. An & sola usurarum praestatione per annos plures continuata introducat obligatio ad usuram in futurum?
14. An usurarum minoram solutio pluribus annis continuata liberet in posterum a gravioribus conventionibus expressis? Et quid juris, si nulla usura ad tempus soluta sint?
15. Quibus ex causis cesset obligatio ad usuram? An re-

- mittenda ob incursum hostium? & quid si debitum usurarium hypotheca immobilium munitum sit?
16. An cesset, quando debitum principale per solutionem sine additamento usurarum, aut per prescriptionem, extinctum sit, aut iudex ad sortem quidem sed non ad usuram condemnaverit?
  17. An ritatur aut impediatur usurarum cursus sola debiti oblatione, an vero consignatione ac depositione opus sit?
  18. An cesset ex moribus obligatio usurarum, si pecunia debita per sortem sub debitore arrestata sit? An, si emtor pretium retineat sub obientu immunitatis evulsionis?
  19. An usura possint sortem excedere? & quid moribus?
  20. Prohibita usura usurarum, & anathemismus. Recensentur casus excepti; ubi de creditoribus posterioribus anteriori hypothecario debitum cum usuris offerentibus; emtoribus actionis principalis & usurarum jam debitarum, tutoribus usuram pupillares ab aliis vel a semetipsis debitas in suos usus convertentibus, item de procuratoribus id circa usuram a debitoribus domini exactis agentibus; de negotiorum gestoribus, fidejussoribus &c. usuram pro domino de suo solventibus. An ex annuis redditibus jam debitis novus redditus constitui possit?
  21. Quid sint fructus? Ex quo tempore debeantur ob moram in stricti juris & bona fidei judiciis? Ubi latius de fructibus agendum sit?
  22. Quid sit causa?
  23. Quid sit accessio?
  24. Quid mora? Qua modo eam committat creditor? Quis definire debeat, an mora facta sit?
  25. Quotuplex sit mora? Quid sit mora ex persona? An per unam interpellationem inducatur? Quid si non ipsi debitori, sed procuratori aut alteri simili denuntiatio facta sit?
  26. Quid sit mora ex re? Diei certi lapsus interpellat pro homine, non item existentia diei incerti aut conditionis.
  27. Recensentur casus in quibus lex inducit moram ex re?
  28. Quis sit effectus mora tum debitoris tum creditoris? An mora unius noceat alteri? An correo debendi? An fidejussori?
  29. Quibus ex causis quis excusatur a mora? An difficultas praestationis rei, qua debita, excuset a mora?
  30. Quibus modis surgetur mora? Ubi de novatione, remissione, mora posteriore, & de casu, quo creditor die obligationi appposito non venit ad locum, in quo solutio facienda.
  31. Quando mora purgatio fieri nequeat? Ubi de mora in lege commissoria, in canonis praestatione, in implendo eo, quod sub panna conventionali agendum erat; item de locatore post moram offerente usum rei locata.

1. Quamvis & usurarum, & accessionum aliarum, & probationum praesumptionumque ingens in jure usus sit, ideoque digna singula, quae prolixius

exoneantur; quia tamen per omnes prope jurisprudentiam nostram partes dispersæ sunt, atque adeo plura de hisce in precedentibus jam tradita ac sequentibus in libris etiamnum tradenda erunt, brevior harum materiarum tractatione defungi me posse in presenti confido. Usura, ab usu dicta, proprie est quantitas sortis seu principali debito quantitatis accedens, ac consistens in re ejusdem generis, *l. frumenti 12. l. oleo 26. C. b. r.* & a fructibus in specie sic dictis distinguitur, licet & ipsa fructus civilis sit, ac vicem fructuum obtineat, *l. usura vicem 34. ff. b. r. l. si navis 62. ff. de rei vindicatis.* nec ex corporibus, sed tantum ex rebus fungibilibus seu quantitativis deberi percipique potest. Unde & in casu, quo aurum vel argentum factum per fideicommissum relictum erat, & in eo præstando mora intervenierat, ac tractabatur, an usurarum ratio habenda esset, Papinianus respondit, si quidem defunctus materiam illam ideo reliquerit, ut, ea distracta, pecunia inde resecta ex fideicommissum solveretur, non oportere frustrationem impunitam esse; si vero ea mente reliquerit, ut his vasis uteretur fideicommissarius, non sine rubore desiderari usuras, ideoque nec exigi, *l. in fideicommissis. 3. §. ult. ff. b. r.* Nec est, quod obijcias, etiam statuarum debitarum nomine, proque auro, & argento & veste usuras deberi, *l. cum quidam 17. §. ult. ff. b. r. l. pro auro 25. C. b. r.* quamvis enim in d. l. 17. §. ult. heres ad statuas aut imagines ponendas a testatore damnatus esset, tamen non ante ad usuras incipit obligatus esse, quam ex quo propter moram factum illud positionis imaginum per præsidis officium ac auctoritatem, rescriptis principalibus ei concessam, in quantitatis pecuniariz debitum conversum fuit, ut patet ex ipsa *l. 17. §. ult. ff. b. r.* & apertius ex *l. si legatum 5. ff. de operibus publicis.* Et quod attinet d. l. 25. C. b. r. accipi ea commodissime potest de casu, quo in auro argento ac veste quasi usufructu constituto, usufructuarius æstimatis hisce rebus cavet de tanta pecuniaz quantitate reddenda, ubi morietur aut capite minuetur, ex præscripto §. constituitur 2. Inst. de usufructu, & *l. si vini 7. ff. de usufr. ear. rer. quæ usu continentur.* ac de eo chirographum facit cum promissione usurarum in casum mortis. Adde sit. de usufr. ear. rer. quæ usu continentur. n. 4. Differt autem usura ab eo quod interest, quod plane incertum & arbitrio judicis determinandum, *l. si commissæ 13. ff. rem ratam haberi, l. centum Capua 3. ff. de eo quod certo loco,* ac ex mora debetur in omni negotio tum bona fidei tum stricti juris, *l. quod si Epberi 4. ff. de eo quod certo loco.* Distat & a pœna conventionali, quæ statim tota debetur ex mora; cum contra pro rata temporis incrementum usuræ.

2. Dividitur usura in centesimam, & minorem; centesima est, quæ centesimo mense sortem æquat, quam & drachmalem Græci dixerunt, in quantum singulis mensibus pro usu *mine* pendebatur drachma, quæ centesima *mina* pars erat. Centesima minor multiplex est, & habita relatione ad centesimam, velut assem, alia bessalis, alia triens, semis, quincunx, quadrans, &c. appellatur, *l. eor, qui 26. C. h. r.* unde & Paulus ait, usuras Reipublicæ usque ad tertiam centesimam pendi, *l. cum quidam 17. §. ult. ff. b. r.* An autem hæc usura centesima censenda sit eadem cum usura *unciaria*, cujus tacitus meminit ex *l. 25. tabularum, lib. 6. annal. cap. 16.* & Sævola in *l. Titium 47. §. præfessus 4. ff. de admin. & peric. tut.*

an potius per *unciariam* usuram antiquam designata fuerit duodecima usurarum centesimarum pars, adeoque levissima, incertum satis. Pro posteriore sententia multis disputat doctissimus Johannes Fredericus Gronovius de pecunia veterum, lib. 3. cap. 13. & in antælogia prima ac secunda de favore unciario & usuris centesimis. Fœnus certe vetus urbi malum, & ex funerarium improborum avaritia populo grave fuisse, legibusque publicis identidem circumscriptum usurarum modum corruptelis contrariis mox violatum fuisse, ac repertos qui duplicatas centesimas, quin & quaternas centesimas in conventionem deducebant, ex Cicerone aliisque constat, ac plenissime tradit Gronovius d. locis, Molinæus de usuris in princ. n. 41. 42. 44. Rosinus antiquit. Roman. lib. 8. cap. 20. Pro instituti nostri ratione observasse suffecerit, Justiniano jure usuram gravissimam fuisse centesimam, earque non promiscue, sed certis tantum in casibus permissam, de cetero maximam mercatoribus & argentariis fuisse bessalem, illustribus trientem, vulgo semissem, *l. eor, qui 26. §. 1. C. b. r. novell. 1. 6; cap. quia vero 4. 5.* Centesima autem probata fuit in nautico fœnore seu trajectitia pecunia, & in speciebus id est rebus fungibilibus extra pecuniam numeratam mutuo datis, *d. l. 26. §. 1. C. b. r.* (licet jure novissimo ex speciebus etiam paulo amplius quam centesima in conventionem deduci potuerint, puta pro modii usu in annum octava modii pars nov. 34.) Adhæc ex rebus fungibilibus, in quas reus condemnatus, si intra quatuor menses iudicato non satisfaciatur, *l. 2. 3. C. de usuris rei iudicate.* Quibus nonnulli ex jure Romano addunt tutores & negotiorum gestores, qui domini absentis aut ignorantis pecuniam, aut pupillarem, in suos converterunt usus, arg. *l. non existimo 54. ff. de admin. & peric. tut. l. qui sine usuris 38. ff. de negot. gestis.* Quod tamen vix probandum videtur, cum usura maxima in tutoribus in suos usus convertentibus eadem sit cum usura legitima, quæ scilicet majorem pacisci in eo negotii genere permissum non est, *l. 1. C. de usuris pupillaribus*, qualis legitima secundum jux novissimam vulgo non potest semissem excedere, *d. l. 26. §. 1. C. b. r.* ut proinde per maximas usuras semissem intelligendæ sint; prout etiam in Basilicis lib. 38. r. 17. in princ. sensus d. l. 1. C. de pupillaribus ita proponitur, ut, legitima per semissem explicentur: nec id sine ratione, cum Ulpiano quoque, qui Alexandro auctori d. l. 1. contaneus fuit, hoc ita placuisse videatur, dum tutori pecunias pupillares in suos usus convertenti legitimas usuras imponens, subjungit, cum ex ceteris causis secundum morem provincie præstiturum usuras aut quincunces aut trientes; aut si qua alia leviores in provincia frequententur, atque ita legitimas non illis opponit, quæ centesimis, sed quæ semissibus minores erant, quincunces puta, aut trientes aut leviores, *l. tutor, qui repertorium 7. §. quæ autem 10. ff. de admin. & peric. tut.* Et quamvis ei, qui in idem sibi cum alio communium refectionem de suo impendit, ex Imperatoris Philippi constitutione licuerit centesimas impenditorum usuras a socio repetere, *l. si ut proponis 4. C. de edific. privatis*, id tamen per d. l. 26. §. 1. C. b. r. generaliter usuras extra casus exceptos ad semissem coarctantem, abrogatum fuisse, verius est.

3. Sciendam interim, moribus nostris usuras vulgares annuatim ascendere non posse ultra decimam sextam sortis partem, quoties in sortis securitatem pi-

gnus constitutum est. Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 10. n. 29.* ibique Groenewegen in *nois*, Responsa Jurisc. Holl. *par. 3. vol. 1. consil. 64. & 66.* usuras vulgares pignori non munitas ad septem aut octo annua ex centum, Jacob. Coren *obsero. 4.* Groenewegen *ad l. 26. §. 1. C. b. t.* sed usuras trapeziticæ ex privilegio non esse adstrictas juri communi usurarum modum statuenti; si modo mensa senebris intuitu ac more, non item si aliter, a mensuralis contractum sit. Neostadius *curia supr. decis. 3.* vitalitias quoque usuras seu redditus hac vulgata quantitatibus usurariæ definitione haud comprehendit, Andr. Gayl. *lib. 2. obsero. 8.* atque insuper ex edicto Caroli V. mercatoribus concessam fuisse usuræ centesimæ conventionem expressa exigendæ facultatem, *4. Octobr. anni 1540. art. 8. vol. 1. placit. Holland. pag. 317.* Et hoc nititur fundamento, quod is, cui *arrecuratio* facta est, quique ex ea causa fiduciariæ solutionis decretum impetravit, cavere teneatur, se soluta cum usuris centesimis restitutum, si per definitivam victus fuerit. *Ordonnantie van Assurantien va Amsterdam art. 33.* quodque generaliter ob moram in solvendis iis, quæ assocationis intuitu ultro citroque ab assecurante aut assecurato debita, in usuras centesimas condemnatio fiat. Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holland. lib. 3. cap. 24. n. 34.* Extra quos casus peculieres mercatorum causa usurarum intuitu a conditione reliquorum, mercaturam haud ecenturium, separanda non est, Groenewegen *ad Grotii manud. jurispr. Holl. lib. 3. cap. 10. num. 29. et ad l. 26. §. 1. C. b. t. num. 2.* Ant. Faber *Cod. lib. 4. tit. 24. def. 2.* Appendix decisionum post Resp. Jurisc. Holl. *par. 3. vol. 1. pag. 8. in fine.*

4. Præter hanc primam usurarum divisionem altera a DD. concepta fuit, quæ aliz compensatoriæ, aliz punitoriæ, aliz lucrativæ dicuntur. Compensatoriam appellant, quæ creditori præstatur ratione ejus quod creditoris interest, sua pecunia caruisse, quasi merces pro usu rei fungibilis, adeoque in compensationem lucri, quod ex proprio pecuniæ usu potuisset percipere. Punitoria est, quæ præstatur ob moram a debitore in solvendo commissam, *l. cum quidam 17. §. si pupillo 3. in fine. l. mora feri 32. §. in bonæ 2. ff. b. t. l. quæro 54. ff. locati, l. lecta 40. ff. de rebus creditis.* Lucratoriam quidam dixerunt, quæ ex mero mutuationis officio contra naturam contractus lucrum facit, seu ex mutuo, cujus natura est ut sit gratuitum, percipitur. Wesembecius *parasit. ad Pand. b. t. num. 3.* Sed cum in mutuo, quod gratis datur, beneficium a mutuante præstetur mutuuario per concessionem usus nummorum, æque ac commodans præstat commodatario per datum rerum non fungibilium usum, & usuris præter naturam negotii in conventionem deductis, mutuum tantum desinat beneficium esse, magis est, ut usuras ex mutuo ad justum modum percipiendas compensatorias esse dicamus, quippe cedentes in compensationem lucri, quod pecuniæ dominus ex usu ejus quærere sibi potuisset. Ac proinde rectius illas demum usuras lucratorias appellaverimus, quæ illicitæ ac mordaces sunt, dum legitimum, id est publicis legibus definitum egrediuntur modum, ac ini-

quitatem acerbiterque exigendi habent. Modestæ certæ usuræ pro pecunia mutua data ex conventionem præstandæ neque juris naturalis principiis aut æquitati, neque æqualitati in contractibus observandæ repugnant, uti perperam nonnullis visum. Constat enim, liberum fuisse nummorum domino, prædium inde rusticum comparare, atque ex eo fructus colligere, aut urbanum emere, eoque uti, vel utrumque tam urbanum, quam rusticum, alteri certa mercede utendum concedere; liberum quoque fuisse, merces venales ex ea pecunia sibi acquirere, cum lucro rursus aliis vendenda. Dum ergo per mutuum concessio alteri nummorum suorum usu, sese lucri superioris varie captandi facultate privat, aliisque lucrandi præbet occasionem, quidni vicissim ab iis jure paciscatur usuram legitimam, eamque certam, incerti lucri, sed tamen pretio certo æstimari soliti, vicem suppleturam? Spem sane incertam certo acquiriri pretio, juxta naturæ ac leges permittunt; nec aliud certa paciscuntur mercede coloni, quam incertum fructuum nasciturorum proveniunt, non aliud nisi spem fallacem, qui factum futurum retis a piscatore emunt, aut indaginem plagis positæ a venatore; ad pretium præstandum & tunc obstricti, cum nihil omnino aut parum interceptum est. Nec est, quod quis obtendat, sterilem naturam pecuniam esse, ideoque nec fructum inde oportere sperari: quæ enim natura sterilis est, usu tamen hominum fertilis est redditâ; adeo ut & in pecunia numerata ususfructus ex Senatusconsulto constitui possit; neque absurdum, pro usu rei natura fructum haud ferentis, solvi pretium usus ab eo, cui is in tempus conceditur: nam & domus & statua & imagines & supellex & alia plura nullum naturaliter fructum ferunt. Quemadmodum ergo in horum omnium usu utilitas quædam est, quæ mercede certa usui conveniente ex more hominum ac regionum æstimatur; ita quoque pari ratione, postquam in commerciorum commodum inductus fuit nummorum usus, non iniquum fuit, pro concessio aliis eorumdem usu certam quandam domino concedenti pendii quantitatem, usuram appellatam, velut mercedem usus dati. Et quamvis in mutuo transeat in accipientem dominium datorum, ideoque nec æquum videri posset ex aliena re fructum capi, considerandum tamen, non alium transeuntis dominii scopum esse, quam ut mutuarius usum pecuniæ, in abusu seu expensione consistentem, exercere possit; de cetero post tempus eandem redire pecuniam, id est, ejusdem quantitatæ, quæ sola quantitas in nummis qua talibus spectatur, perinde uti rerum non fungibilium reddit usus ad locatorem; adeo ut nihil re ipsa intersit, utrum domus locata, an mutui nummi suo tempore revertantur aliis similibus nummorum corporibus, quæ restituantur, per omnia fungentibus datorum vice. Confer Hug. Grotium *de jure belli ac pac. lib. 2. cap. 12. num. 20. & in manud. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 10. n. 22. & seqq.* & quos magno numero citat Groenewegen *ad rubric. C. b. t.* Neque hic usurarum legitimarum seu modicarum perceptioni repugnat jus divinum, uti post alios plenius docet Hahnus *ad Wesembecii parasit. Pand. b. t. num. 5. (\*)*

(\*) Nihil vulgatus questione illa diu vexata de illicitis licitisve usuris: Usuras alias compensativas,

alias punitivas, alias mere lucrativas optimo jure distinguit Auctor; & quidem compensativas sive Lucris

5. Quod si usura supra modum legitimum in conventionem deducta sint, non plane inutilis est usurarium vel promissio vel praestatio, sed tantum id, quod legitimum excedit modum, si quidem solum sit, vel restituendum foret, vel sorti imputandum, salva manente licitatur retentione & exactione, ne utile per inutile vicietur, ubi ab inutili potest separari, *l. placuit 29. ff. b. t. Andr. Gayl. h. 2. observ. 4. Neostadius curia sup. decis. 5. Sande decis. Frisic. 1. 3. tit. 14. defin. 7. Jacob. Coren observ. 4. sive palam usura majores, quam par est, conventionem comprehensa sint, sive per interpositas personas id actum fuerit, dum forte illustri per mercatorem fœnus exercens besales stipulatur, qui suo ex capite non nisi trientes consequi potest, *l. eos, qui 26. in fine C. b. t. sive etiam in casum moræ, in mutuo reddendo committendæ, penam quis stipulatus sit, quæ legitimam egreditur usurarium quantitatem, arg. l. dum non frumentum 16. C. b. t. Appendix decisionum post resp. Jurisc. Holl. par. 3. vol. 1. pag. 16. Et usque vero hæc vera sunt, ut, licet ultimarum voluntatum favore multa testatoribus a jure permissa sint, tamen hi heredem damnare non potuerint ad usuras legitimis majores ob moram in legatis certæ quantitatis commissam præstandas, *l. si legatum 5. §. ult. ff. de annuis legatis*. Interim improbi fœneratores infamia notatos fuisse, patet ex *l. improbum 20. C. ex quib. caus. infam. irrog. ac tum ex lege duodecim tabul. tum ex Theodosii constitutione in quadruplum damnandos fuisse, evidens est ex l. 2. Cod. Theodor. de usuris, et Jacobi Gothofredi ibidem adnotatis: adhuc criminibus extraordinariis, & quidem crimini stellionatus, improbum fœnus accenseri, plures volunt, licet alii id negent. Vide Ant. Matthæum de crimin. lib. 47. tit. ult. cap. 6. Carpzovium præf. crimin. part. 2. quæst. 92. Responsa Jurisc. Holl. part. 2. consil. 203. et part. 3. vol. 2. consil. 169.***

6. Si alio in loco graviorum usurarum stipulatio permissa, in alio vetita sit, lex loci, in quo contractus celebratus est, spectanda videtur in questione, an moderatæ an vero modum excedentes usuræ per conventionem constitutæ sint. Dummodo meminerimus, illum proprie locum contractus in jure non intelligi, in quo negotium gestum est, sed in quo pecuniam ut solveret, se quis obligavit, *l. aut ubi quisque 3. ff. de reb. auctorit. jud. possid. l. contraxisse 21. ff. de oblig. & action. exigere 65. ff. de judiciis*. Modo etiam bona fide omnia gesta fuerint, nec consulto talis ad mutuum contrahendum locus electus sit, in quo graviores usuræ, quam in loco, in quo alias contrahendum fuisset, probatæ inveniuntur, arg. *l. 1. ff. b.*

*t. l. si fundus 6. ff. de evictio. semper in stipulationibus 34. ff. de reg. jur. l. 1. §. in honorariis 10. ff. de extraord. cognit. Andr. Gayl. lib. 2. observ. 8. n. 5. 6. etiamsi de cetero hypotheca, in sortis et usurarium securitatem obligata, in alio loco sita sit, ubi solæ leviores usuræ permissæ; cum æquius sit, contractum accessorium regi ex loco principalis negotii gesti, quam ex opposito contractum principalem regi lege loci, in quo accessorius contractus celebratus est. Burgundus ad consuet. Flandr. tract. 4. num. 10. Ant. Matthæus de contractib. disput. 35. sb. 9.*

7. Debentur usuræ vel promissæ vel non promissæ. Promissæ regulariter secundum jus Romanum non aliter peti potuerunt in stricti juris judiciis, quam si in stipulationem deductæ fuissent; nam si pacto tantum comprehensæ essent, solutarum quidem tanquam naturaliter ex pacto debitum retentione permissa fuit, uti et retentio pignorum pro usuris ita promissis obligatorum; ut petitio seu exactio usurarium non item, *l. quamvis usura 5. l. 4. l. creditor 7. l. pignoriibus 22. C. b. t. l. solum 11. §. si in sortem 3. ff. de pignorat. act. l. Titius 24. ff. de præscript. verbis*, nisi res aliæ præter numeratam pecuniam mutuo datæ fuissent, *l. frumenti 12. C. b. t. vel usura civitati ex pacto promissa, l. etiam 30. ff. b. t. vel fisco, l. Herennius 43. ff. b. t. argentariis, novell. 136. cap. incipit 5. vel ex trajectitia pecunia, l. periculi pretium 5. §. 1. l. in quibusdam 7. ff. de nautico fœnore*. Quarum exceptionum ratio respectu quidem civitatum, fisci, trajectitæ pecuniar, & argentariorum, petenda videtur ex speciali favore fisci, civitatum, utilitatis etiam publico obvenientis ex negotiatione maritima, nec non necessario argentariorum usu: quippe quorum officium ac ministerium publicam causam habebat, uti mensa publicam fidem, *l. argentarius 10. §. ideo 1. ff. de edendo, l. si ventri 24. §. in bonis 2. ff. de reb. auctorit. jud. possid. l. si hominem 7. §. pen. & ult. l. 8. ff. depositi*. Hordei vero vel frumenti intuitu id ita placuisse probabile est, quia plerumque illud mutui genus inter rusticos, stipulationum & formularum imperitos, magisque simplicitati ex jure gentium in pactis spectandæ studentes, celebrari solebat. Nam quamvis incerti pretii ratio induxerit, ut in fructibus mutuo datis additamentum usurarum ejusdem materis admitteretur, *l. oleo 23. C. b. t. non tamen etiam, ut illud ex pacto peti posset*. Sed cum moribus hodiernis generaliter ex nudo pacto actionem dari tralatitium sit, ut dictum *t. de pactis*, consequens est, parum nunc interesse, utrum pacto an stipulatione usuræ promissæ sint, ad id, ut exactio earum fieri possit. Groenewe-

cessantis, sive damni emergentis, sive periculi proximi Juris utriusque. Consulti licitas doceant; addunt & licitas quoque, punitivas moræ culpabilis in pactum deductæ, modo non excedant culpæ gravitatem, nec in fraudem inducantur; at mere lucrativas, quibus exigendis nulla appetit causa, nullus titulus, nulla ratio, sed lucri cupido tantum præsto sit, licitas jure quis dixerit, cum nullum jus in hypothesis suffragetur? Leges Imperiales in eo totæ fuerunt, ut cupiditatem lucri si minus extinguerent, minuerent tamen ad offensionem justitiæ publicæ vindicandam. At Canones e regione in id intenti

Voss ad Pand. Tom. III.

semper fuere, ut cupiditatem hanc non circumscriberent, sed extirparent prorsus atque abigerent; hinc leges quavis ætate Usuras contrahunt plus minus variantque, at Canones quavis ætate non contrahunt, sed prohibent, atque omne sortis augmentum e medio tollunt. Videre id licet ad oculum, collatis quovis seculo Legum et Canonum statutis: cum non omne mutuum careat titulo, nec omnis contractus sit mutuum, hinc et extra mutuum et in mutuo ipso non vi mutui sed alterius tituli, augmentum sortis est licitum; in quo tantum locum habet quod Auctor disserit.

gen ad l. 22. C. b. t. Leeuwen *cons. for. par. 1. lib. 4. cap. 4. num. 17.*

8. Quod si usura in conventionem quidem deducatur sint, sed sine certa quantitate; etsi nonnullis placuerit, nihil inde peti posse; magis tamen est, ut tum jure Romano, tum præcipue hodierno ad eam quantitatem obligatio usurarum contracta intelligatur, quæ ex more regionis, in qua conventio celebrata, præstari solet: eo quod secundum Ulpianum *semper in stipulationibus & in ceteris contractibus sequimur quod actum est, aut si non pateat quid actum sit, eris consequens, ut id sequamur, quod in regione, in qua actum est, frequentatur, & si neque regionis more appareat, quia varius fuit, ad id, quod minimum est, redigenda summa est, l. semper in stipulationibus 36. ff. de reg. juris, Ant. Faber Cod. lib. 4. tit. 24. def. 7. Sande dec. Fris. lib. 3. t. 14. def. 3. Groenewegen ad l. 31. ff. b. t. Nec huic contrarium est, quod idem Ulpianus habet, quod in stipulatione sic adjectum est, usuras, si quæ competierint, nullius erit momenti, si modus certus non adjiciatur, l. 31. ff. b. t. Cum illic stipulatio concepta non sit de usuris in futurum præstandis, sed de præteritis, iisque non certo debitis, sed incertis, puta, si quæ competierint, ut proinde mirum non fuerit, nihil ex illa stipulatione incerta peti, quamdiu de debita certa usurarum quantitate probatum non est. Non etiam adversatur l. tutor 41. §. ult. ff. t. ubi Modestinus respondit, ex formula, scripsi me accepisse & accepi ab illo mutuum & numeratos decem, quos ei reddam Calendis illis proximis, cum suis usuris placitis inter nos, usuras peti non posse, si non appareat de quibus usuris conventio facta sit. Considerandum enim, non fuisse ibi simpliciter de præstandis usuris conventionem interpositam, sed certam usurarum quantitatem placito partium fuisse definitam; cumque scriptura de ista conventionem deinceps concepta esset, nec tamen instrumento inserta appareret usurarum quantitas placito partium determinata, non potuit ex illo instrumento usurarum petitio moveri, nec debitor in usuras ex more regionis præstari solitas damnari, tum, ne forte vel in minus vel in plus, quam placuerat, condemnatio sequeretur, tum quia illa obligatio ad usuras ex more regionis præstandas tantum usum invenit, cum inter contrahentes nihil certi circa usurarum quantitatem conventionem constitutum est. Dissentit Donellus ad l. 3. C. b. t. n. 2. §. 4. Respons. Jurisc. Holl. par. 1. consil. 273.*

9. Quisquis autem mutuum pecuniam in annum accipiens, se sortem cum usuris anno elapso restitutum promissit, maturius sortem reddere non potest, nisi additis simul anni totius usuris, nec liberari potest, eas solvendo pro rata temporis, quo forte usus est, cum pecunie fenebris dies appositus initio: saltem inspecto magis in creditoris gratiam videatur additus: contra quam in gratuito pecunie usu concessio dicendum foret. Leeuwen *cons. for. par. 1. lib. 4. cap. 4. n. 31.* Groenewegen ad l. 122. ff. de verb. oblig. Adde tit. de reb. creditis n. 20. Plane si ultra anni spatium retineat debitor usum sortis, etiam pro rata temporis usurarum conventarum cursus perdurat; eo modo, quo in rerum non fungibilium locatione post finitum primum locationis tempus ex tacito contrahentium consensu locatio cum onere ejusdem mercedis continuata intelligitur, juxta l. item quatuor 13.

§. ult. ff. locati, cum usura nihil aliud sit, quam merces quedam pro temporario numerorum usu pendenda, ut supra dictum. Carpovius *def. for. par. 2. consil. 10. def. 5.* Groenewegen ad l. 7. C. b. t. Leeuwen *cons. forens. par. 1. lib. 4. cap. 4. n. 20.* Ant. Faber *Cod. lib. 4. t. 24. def. 1.* Sande dec. Fris. lib. 3. tit. 14. def. 4.

10. Hactenus de usuris promissis: non promissa debentur ac peti possunt ex mora in bonæ fidei judiciis, siue mora ex re fuerit, siue mora ex persona, l. mora feri 32. §. in bono 3. ff. b. t. junct. l. 1. §. 1. ff. b. t. l. curabit 5. C. de act. emti, l. initio 5. C. de pactis inter ems. & vendit. cum constitutum sit, in bonæ fidei judiciis, quantum ad usuras attinet, ut in eas fiat condemnatio, tantundem posse officium arbitri, quantum stipulatio, l. Lucius Titius 24. ff. de positi. in stricti juris judiciis eas neque ex mora extrajudiciali, neque ex mora judiciali, adeoque nec post litem contestatam deberi verius est, l. 1. C. de conditi. indeb. arg. l. quamvis usura 3. C. b. t. l. Titius 24. ff. de præscript. verbis, l. idemque 10. §. si quis Titio 4. ff. mandati, nisi in solvendis legatis aut fideicommissis, quæ actione ex testamento stricti juris petuntur, mora intervenerit, l. in fideicommissi 3. §. ult. l. usura vicem 34. ff. b. t. vel in judicato satisfaciendo ultra quatuor menses a lata sententia, l. cor, qui 2. §. 3. C. de usuris rei jud. (in quo tamen aliud moribus nostris obtinere, monetur in req. b. t. num. 11.) vel fisco quantitas debeatur, l. cum quidam 17. §. fisci 5. ff. b. t. Nec his adversatur, quod Paulus libro quinquagesimo septimo ad edictum scripsit, licet contestata usuras currere, l. 35. ff. b. t. sensus enim est, usurarum ante vel ex conventionem, vel ex mora in bonæ fidei judiciis, inductum cursum non sisti per subsecutam litem contestationem; quod & a Pomponio non obscure traditum in l. cum stipulasti 90. ff. de verb. obligat. Quamvis enim per novationem ex partium libera voluntate interpositam usura currere desinant, teste eodem Paulo, l. novatione 14. ff. de novation, non tamen ita per novationem illam, quæ ex necessitate per litem contestatam fit, quia non solet deterior fieri conditio illorum, qui litem contestati sunt, quam si non, sed plerumque melior, l. non solet 86. l. 87. ff. de reg. juris. Neque improbable, verba d. legis 35. & d. l. 18. continuata serie a Paulo fuisse scripta, hoc modo, novatione legitime facta liberantur hypothecæ & pignora, usura non currunt, l. 14. at litem contestata usura currunt, l. 35. utraque certe Pauli est, utraque ex libro 57. ad edictum deprompta. Nec novum, ita necessariæ ac voluntariæ novationis differentes effectus, continuata serie in jure proponi: nam & Ulpianus circa pignoris liberationem acripit, solum non videri, si litem contestata cum debitore sit de ipso debito, vel si fidejussor convenius fuerit: novatam autem debiti obligationem pignus perimere, l. solum 11. pr. & §. 1. ff. de pignor. act. & ipsum quoque Paulum alibi eadem methodo in enarrandis voluntariæ ac necessariæ novationis differentiis processisse, patet ex l. aliam causam 29. ff. de novation. Non etiam obstat, quod fructus post litem contestatam debentur in stricti juris judiciis, usura autem vicem fructuum obtinent, & merito a fructibus non debent separari, l. videamus 38. §. si actionem 7. ff. b. t. junct. l. usura vicem 34. ff. b. t. Etiam, licet in eo tertio cum



fructibus usurarum comparantur, quod ex mora debeantur in bonae fidei negotiis, uti ipsa l. 34. aperte significat, in ceteris tamen, atque adeo etiam in stricti juris judiciis, dispar ratio est. Minus urget, quod in stricti juris contrahibus post litem contestatam omnis causa restituenda sit, seu id omne quod habiturus esset actor, si litem contestandae tempore solutio facta fuisset l. cum fundus 31. ff. de reb. creditis. Non enim sub causa continentur usurae, de quibus certo asseri nequit, actorem eas post litem contestatam fuisse percepturum; cuius rei argumentum est, quod licet male fidei possessor omnes fructus, etiam consumptos ac percipiendos, quos petitor honeste percipere potuisset, reddere domino vindicanti teneatur, l. si navis 62. §. 1. ff. de rei vindic. tamen ex pecunia, quam non attigit, seu qua usus non est, ad usuras condemnandus haud ait, d. l. 62. pr. ff. de rei vind. l. item veniunt 20. §. Papinianus 14. ff. de petit. hered. idque quia fructus sine suo potuit periculo percipere, dum res, ex qua fructus colliguntur, domini periculo est; at, ut usuras percipiat, sortis periculum subire deberet, cum pecunia periculo dantis foveretur, d. l. 62. Adde tit. de petit. hered. num. 15.

11. Nostris vero moribus, quibus magna ex parte non ita anxie servantur illa, quae ex iure civili inter bonae fidei & stricti juris judicia inducta fuerant differentiae, regulariter ex sola mora extrajudiciali usurae nec in bonae fidei nec in stricti juris negotiis adjudicandae sunt; post litem vero contestatam utrobique omnino Groenewegen ad l. 37. §. 3. de neg. gestis, & ad l. 11. C. de contrab. & committ. stipulatur. Appendix decisionum post resp. Jurisc. Holl. par. 3. vol. 1. pag. 9. Ant. Faber C. lib. 4. tit. 24. def. 33. Carpzovius defn. for. part. 2. consil. 30. defn. 17. Plans, si sententia iudicis condemnatio ad usuras comprehensa non sit, neque statim a lata sententia, neque post lapsum mensium quatuor, usurae nunc currere incipiunt, sed demum, si dilata intra annum fuerit executio sententiae, & ob id reus condemnatus iterum ex more vocatus fuerit ad id, ut videat, nova executionis mandata contra se decerni, Neostadius curia supr. decis. 33. Groenewegen ad l. ult. C. de usuris rei iudicatae, Leeuwen cent. for. part. 2. lib. 1. cap. 33. num. 5. Quantitas autem usurarum, in quas ex mora iudiciali condemnatio fit, videtur definienda ex more regionis, arg. l. cum servus 39. §. fructus 1. ff. de legatis 1. l. 1. ff. b. r. l. tutor, qui 7. §. quae autem 20. ff. de admin. & peric. tut. & quidem penes nos praecipue ex illo usurarum modo, quem respublica nomine sortium debitum promittere ac solvere consuevit. Unde licet eo tempore, quo Groenewegius & alii scripserunt, in quincunces usuras ex mora iudiciali rei soliti fuerint condemnari, quia & tantae per ararium publicum tunc pendebantur; tamen quia nunc solae trientes solvuntur a Republica, etiam in eas tantum, velut in regione maxime frequentatas, condemnationem sequi, aequum videtur. Vide Groenewegen ad l. 26. §. 1. b. r. Quod si debitor ac creditor diversis in locis, vario circa usurarum quantitatem iure utentibus, domicilium foveant; magis est, ut in adjudicandis ex mora usuris mos servetur loci illius, in quo debitor commoratur, & in quo maxime ad solvendum id, quod debetur, conveniri ac compelli potest, arg. l. tutor, qui 7. §. quae autem 10.

in fine ff. de admin. & peric. tut. Resp. Jurisc. Holl. par. 3. vol. 1. consil. 145. q. 9. nisi alius solutioni faciendae locus expresse vel tacite obligationi adiectus sit, arg. l. at ubi quisque 3. ff. de reb. auctoris. jud. possid. l. contraxisse 21. ff. de oblig. & act.

12. Sunt tamen casus nonnulli, in quibus etiam secundum usum fori hodiernum ex sola mora extrajudiciali reus ad usuras condemnari potest; puta, si ex causa negotiationis majoris seu mercium non minutim sibi venditarum ac traditarum debens, morator extiterit, aut, cum ex more mercatoribus frequentato ultra citroque plura deberentur, frustratoria dilatione is, qui major est debitor, parationem ad dignoscendam residui debiti quantitatem facere tergiversatus est, Groenewegen ad Grotium manud. lib. 3. cap. 1. n. 73. Responsa Jurisc. Holl. par. 1. cons. 303. in fine, Adde Molinæum de usuris n. 548. & generaliter, si emtor sit in mora solvendi pretii post terminum solutioni praefinitum, licet neque de usuris praestandis quicquam conveniret, neque ex re vendita tantos fructus perceperit aut potuerit percipere, quantum usurarum nomine ex more regionis solvendum est: cum aequitas non patiarur, eundem emtorem eodem tempore & fructus rei & usuras pretii sibi lucrari, l. curabit 5. C. de act. emi, l. Julianus 13. §. veniunt 20. & 21. ff. de act. emi, l. usuras emtor 2. C. b. r. Ant. Faber C. lib. 4. tit. 24. defn. 6. in fine. Molinæus de usuris n. 552. Carpzovius defn. for. part. 2. consil. 30. defn. 6. Sande decis. Frisic. lib. 3. tit. 14. defn. 8. Groenewegen ad l. 12. C. de contrahend. & committ. stipul. Leeuwen cent. for. part. 1. lib. 4. cap. 4. n. 14. Resp. Jurisc. Holl. par. 4. consil. 411. Quin &, si emtor rei venditae evictionem passus sit, non ad pretii tantum soluti restitutionem recte egerit, sed & ad usuras ejus a tempore factae evictionis, Neostadius curia suprema decis. 63. Adhuc in legatorum ac fideicommissorum persecutione, idque favore ultimarum voluntatum, quas exitum sortiri publice interest, l. vel negare 5. ff. testam. quemad. aper. inspic. & descr. Groenewegen ad l. 1. C. de usuris & fructibus legatorum. Idemque pupillorum & similium personarum miserabilium favore obtinere volunt convenienter Romani juris principiis, si tutor, curator, Ecclesiae economus alique similes pupillorum, aut adutorum, aut Ecclesiae ac piorum locorum pecunias in suos usus converterint. Responsa Jurisc. Holl. par. 3. vol. 1. consil. 87. & par. 4. consil. 317. de quibus plenius suis locis. Denique etiam in actuario seu graphiario, qui nummis apud se publice depositis usus est, Groenewegen ad l. 2. & 4. C. depositi.

13. Nuda autem usurarum praestatio per annos plures continuata, sine praecedente alia obligationis usurariae causa, non inducit obligationem ad eas in posterum praestandas; l. creditor 7. C. b. r. l. si certis 28. C. de pactis, Menochius de praesum. lib. 3. praes. 131. num. 54. Neostadius de pactis. antenupt. observ. 21. in notis in fine. Sande decis. Frisic. lib. 3. tit. 14. def. 4. Ant. Faber C. lib. 8. tit. 4. def. 7. Quibus contradicere prima specie videtur Papinianus in l. cum de in rem verso 6. ff. b. r. sed penitus considerata lege, apparet, non illic de eo questionem esse, an usurae in posterum solvendae essent, sed potius, per quem. Filius nempe eas promiserat; pater longo tempore solverat; ex ea solutione diutius per patrem continuata praesumptio nascebatur, sortem, cuius intuitu

usuræ & promissæ & solutæ fuerant, in rem patris fuisse versam, indeque concluditur, recte per actionem de in rem verso heredes patris a creditore conveniri. Juvatque hanc interpretationem ejusdem *legis sexta paragraphus prima*, principio coherens, in quo itidem non quærebatur, an usuræ dotis aut dos ipsa esset debita, sed a quo, & definitur, filiz Flaviæ Athenagoræ, cujus bona publicata erant, de fisco decem millia dotis nomine numeranda esse ideo, quia pater, qui ad dotem filiz dandam ex officio paterno obligatus erat, illius quantitatis usuras ipse solverat. Cum enim aliquin dubium sæpe esset, an pater dotem filiz constituens, eandem de suis an magis de filiz bonis videretur constituisse, secundum ea quæ occurrunt in *l. ult. C. de dotis promissione*, nunc ex eo, quod pater dotis promissæ usuras solvisse probabatur, etiam conjectura capiebatur, dotem non ex filia sed patris ipsius rebus fuisse constitutam, ac proinde hæc, ex publicatione successorum patris promittentis, ad eam quantitatem devinctum esse. Non etiam obstat *l. 1. C. de fideicommissis*, non enim illic de usurarum præstatione, sed annuo alimentorum fideicommissio agitur, quod dum tertium præstat heres, defuncti voluntatem minus perfectam rebus ipsis ac factis declarato consensu intelligitur ratam habuisse, suadente inter aliæ etiam alimentorum favore talem rati habitationis interpretationem. Vide Menochium *de præsumpt. d. lib. 2. præsumpt. 131. n. 5.* Brunnemannum *ad d. l. 1.*

14. Non tamen incicias eundem, quin tacitum inducatur pactum de præstandis in posterum usuris levioribus, si annis pluribus leviores sint præstitæ, quam erant promissæ, creditore haud ignaro, majores deberi, ne alias error excludat consensum, *l. adversus 5. l. quomodo Bassa 8. C. b. t. l. qui remissus 15. ff. b. t. Groenewegen ad l. 5. C. b. t.* eo quod leges magis ad liberandum quam ad obligandum proniores sunt, *l. Arrianus 47. ff. de oblig. & act.* Aliud dicendum foret, si nullæ usuræ longiore tempore fuerint exactæ aut præstitæ, cum nulla de cetero earum remittendarum ratio aut præsumtio appareret: tunc enim & præteritis, in quibus mora facta, jure peti, & futurarum suo tempore exactiorem patere, certum est ex generalibus juris principiis, secundum quæ liberum auctori est, quando agere, quando petitionem differre velit, si modo tempora præscriptioni actionum præfinita elabi non patiat, *l. 5. §. ult. ff. de doli mali & met. except.* Quod si appareat, ideo creditorem usuras annis pluribus non exegisse, ut gratior apud debitorem esset, in futurum quidem remissionem haud censetur, sed in præteritum parum juste earum fieri exactiorem, D. Pius rescripsit, *l. cum quidam 17. §. Dicus 1. ff. b. t.* nam & qui dat ea spe, quod se ab eo, qui acceperit, remunerari existimaret, aut amiciorem sibi esse eum futurum, repetere non potest, opinione licet falsa deceptus, *l. de doli tibi 3. §. sed si servus 7. in fine ff. de condict. caus. datæ*, arg. *l. si repetendi 7. C. de condict. ob caus. dat.*

15. Cessat usurarum obligatio, si a creditore remissa sit. Et quamvis ob insolitam sterilitatem, inundationem, incursum hostium, & alias similes calamitates compelli locatores possint, ut vel totam mercedem illius temporis, vel partem, conductori remittant, & hoc quoque in annuorum reddituum mere realium debito ratione non improbabili defendi pos-

se videatur; in usuris tamen debiti sive chirographarii, sive etiam immobilium hypotheca muniti, neque jus civile ex causis superscriptis remissionem fieri præcepit, neque usus hodiernus id ipsum difficillimis reipublicæ temporibus induxit, sed tantum aliquam solutionis dilationem, aut graviorum usurarum ad vulgares pro illo tempore reductionem, de quo pluribus Abr. a Wesel *de remiss. mercedis cap. 9.*

16. Cessat quoque, si debitum principale per solutionem sine additamento usurarum, aut per præscriptionem extinctum sit, *l. qui per collusionem 49. §. 1. ff. de act. emti*, arg. *l. ult. ff. de eo quod certo loco*, cum sublato principali tollatur accessorium, ac is, cui solum, in sua habuerit potestate, ut id, quod solvebatur, prius in usuras acciperet, & reliquum in sortem, *l. in his vero 5. §. ult. ff. de solutione, l. si nimiras 21. C. b. t.* Idemque est, si iudex in condemnando sortem quidem adjudicaverit, usurarum autem adjectionem ex natura negotiorum bonæ fidei non fecerit, neque ab ea sententia appellatum sit. Non enim ultra tunc de usuris creditor experiri potest, quia non duæ actiones sunt, altera sortis, altera usurarum, sed una; ex qua condemnatione facta, iterata actio rei judicatæ exceptione repellitur, *l. si deposita 4. C. depositi, l. in bona fidei 15. C. b. t.* Quæ vera, si ex sola mora adeoque judicis officio debita fuerint, *d. l. 49. §. 2. ff. de act. emti, d. l. 4. C. depos. d. l. 15. C. b. t.* Nam si ex stipulatu, etiam precepta sortis obligatione ad usuras actio superest; eo quod duæ tunc obligationes principales intelliguntur, altera certi, altera incerti, sortis altera, altera usurarum, *l. ubi autem 73. §. pen. ff. de verb. obligat. l. 1. C. de iudiciis*, arg. *l. centum Capua 8. ff. de eo quod certo loco*. Nec aliud statuendum videtur, si usura in conventionem fuerit deducta per pacta a lege firmata, vel etiam contractui bonæ fidei in continenti adjecta, ideoque actionem ad usuras petendas secundum id, quod superius traditum, producentia; cum non minor pactorum talium, quam stipulationis vis sit, arg. *l. legitima 6. l. juris gentium 7. §. quin imo 5. ff. de pactis, l. in bona fidei 13. C. de pactis. Sæpe docet. Frisic. lib. 3. tit. 14. defin. 10.* Carpzovius *defin. for. par. 2. constit. 30. defin. 12. & 13.* Sim. van Leeuwen *cons. for. par. 1. l. 4. cap. 4. n. 29. 39.* alique *ibid. citati*. Neque hæc jure novissimo per Justinianum mutata in *l. eos, qui 26. pr. C. b. t.* qua generaliter videtur constitutum, eos, qui principali actione per exceptionem triginta vel quadraginta annorum sive personalis sive hypothecaria ceciderunt, non posse super usuris vel fructibus præteriti temporis aliquam movere questionem, dicendo, *ex iisdem temporibus eas velle sibi persolvere, qua non ad triginta vel quadraginta annos præteritos referuntur*, asserendo, singulis annis earum actiones nasci: principali enim actione non subsistente, satis superuacuum esse, super usuris vel fructibus adducere iudicem cognoscere. Etenim satis commode legem illam acceperimus de usuris non ex conventionem, sed sola mora debitis; maxime, cum jungantur fructibus, quos non ex conventionem sed mora deberi patet ex *l. videamus 38. pr. & §. seqq. ff. b. t.*

17. Utrum autem sola sortis & usurarum, quarum dies cessit, oblatione sistatur usurarum concursus, an vero consignatione ac depositione opus sit, distinctione definiendum est: si enim usura tantum propter moram ex persona, qua per interpellationem

introducitur, currere cœperint, sola quoque oblatione debiti legitime facta, quasi interpellatione contraria, moram priorem purgante, currere desinunt, cum nihil tam naturale sit, quam unumquodque eo genere dissolvi, quo colligatum est, arg. *l. si seruum stipulatus* 91. §. sequitur 3. ff. de verbor. oblig. junct. *l. nihil tam naturale* 35. ff. de reg. jur. Si vero ex conventionem aut mora ex re fuerint debita, præter oblationem consignatio etiam ac depositio necessaria eat, *l. si per se* 9. *l. acceptam* 19. C. b. t. *l. tutor pro* 25. §. 1. ff. de admin. & peric. tut. l. 1. §. ult. *l. debitor* 7. ff. b. t. ut tamen depositionis loco habeatur, si debitore depositionem minitante, creditor profiteatur, se pecuniam habere pro consignata, Sande decr. *Frisc. lib. 3. t. 14. defin. 13.* Cumque secundum mores hodiernos ex sola mora ex persona seu interpellatione extrajudiciali non soleant usuræ currere, sed ex conventionem, vel mora ex re quibusdam in casibus juxta superius observata n. 11. non mirum, quod a Groenewegio ad l. 6. C. b. t. & Ant. Fabro C. lib. 8. tit. 30. def. 53. & lib. 4. t. 33. defin. 15. scriptum fuit, solam debiti oblationem ex praxi nostrorum temporum non sufficere ad sistendum usurarum cursum, sed consignatione ac depositione opus esse. Quamvis & sola realis oblatio in judicio facta sufficere videatur ad id, ne inchoetur usurarum obligatio, quæ forte aliquin citra conventionem aut moram ex re, ex sola mora judiciali intuitu haberet, arg. *l. si per se* 9. Cod. b. t. Menochius de arbitrar. jud. lib. 2. casu 230. n. 2. Ant. Faber C. lib. 8. t. 30. defin. 40.

18. Quod si secundum praxin hodiernam debitum usurarum auctoritate judicis sub debitore arrestatum sit, adeoque interdictum debitori ad tertii petitionem, ne creditori solvat, magis est, ut non aliter debitor ab usurarum obligatione in futurum liberetur, quam si more consueti pecuniam publice deposuerit, aut saltem ex creditoris declaratione ea pro deposita habeatur. Aliter quam statuendum, si necdum usuræ currere cœperint, nec ex conventionem debeantur, sed ex mora judiciali deinceps forte cursus earum inchoandus fuerit; tunc enim auctoritas judicis solutionem prohibens impediret, ne debitor morator dici queat, adeoque ne exstat causa, mora scilicet, ex qua usurarum cursus initium caperet; cum præceptum judicis a mora ac contumacia debitorem excuset, Mævius de arrestis cap. 9. n. 51. Adde Carpovium defin. 25. Meeuwen cens. for. par. 1. lib. 4. cap. 4. n. 33. Plane, si ob id, quod rei immobilis evictio in limine contractus imminere videtur, emtor differat numerationem pretii annua bima trima die solvendi cum pacto usurarum in casum moræ, usurarum præstationem respectu pensionis, cujus dies jam venit, evitare non potest, si non sua quoque die consignatam pretii partem publice deposuerit; cum iniquum esset, & fructus rei & pretii usuras aut usum, ejusdem emtoris lucro cedere contra *l. curabit*, C. de act. emti, *l. Julianus* 13. §. omnino 20. & 21. ff. de act. emti. Nec recte moveris in contrarium, venditorem ex suo latere nondum implevisse contractum; ac proinde nec emtorem hæcenus in mora solvendi esse: cum utique ad inducendam obligationem usurarum ob pretium suo tempore non solum necesse non sit, dominium rei venditæ in emtore translatum esse, sed vel precariæ tantum possessionis translatio

sufficiat, & hoc solum spectandum sit, an emtor habeat facultatem fructus percipiendi d. l. 13. §. 21. ff. de act. emti, Fachineus controvers. lib. 2. cap. 32. q. 2. Berlichius par. 2. conclus. pract. 38. n. 15. Carpovius defin. for. par. 2. constit. 34. def. 38. Sande decr. *Frisc. lib. 3. tit. 14. defin. 8.* alique ab eo citati.

19. Ceterum sortem excedere non potuerunt usuræ, sive particulatim, sive simul & semel solutæ, *l. de usuris* 27. C. b. t. nov. 121. & 138. (abrogata *l. usura* per 10. C. b. t.) Sed cum ipsi Justiniano placuerit, constitutiones illas ad redditus annuos civitatis debitos haud extendi, nov. 160. non iniquum ex nostris moribus visum fuit, durare obligationem usurarum, donec sors restituta fuerit, etiamsi triplicatæ vel quadruplicatæ sortis superent quantitatem, si modo particulatim solutæ sint: nam si quis simul & semel annorum viginti quinque aut triginta exigeret usuras quincunces, ei non nisi annorum viginti, sortem æquantium, solutionem adjudicandam esse, adeoque reductam videri dispositionem, d. l. 10. C. b. t. tradit Sande decr. *Frisc. l. 3. tit. 14. def. 5. in fine*, Groenewegen ad l. 27. §. 1. C. b. t. Leeuwen cens. for. par. 1. lib. 4. cap. 4. n. 35. Responsa Jurisc. Holl. par. 3. vol. 1. consil. 87. in fine.

20. Similiter usurarum usuras exigi, aut usuras iterum in sortem conveniri (quod anatocismi nomine venit) prohibitum est, *l. ut nullo* 28. C. b. t. *l. si non sortem* 25. §. 1. ff. de conduct. indeb. *l. præses provincie* 27. ff. de re judic. *l. placuit* 29. ff. b. t. Cicero epist. ad Attic. lib. 5. epist. ult. adeo ut ne is quidem, qui adversarium jam in usuras condemnatum habet, eundem post quadrimestre spatium in usurarum usuras convenire queat judicati actione, licet sortis ipsius centesimæ ex eo tempore debeantur, *l. alt. C. de usuris rei judicata*, nec creditor secundus hypothecarius priori sortem offerens cum usuris, atque ita in ejus locum subintrans, usurarum dependarum usuras a debitore consequatur, quia non alterius negotium gessit, sed magis suum, *l. creditor*, qui 12. §. sciendum 6. ff. qui pot. in pign. nec denique is, qui actionem principalem una cum annorum quorundam usuris jam debitis emit, pretiumque exsolvit: tum quia & hic cedens ac cessionarius non debitoris sed suum negotium gessisse videntur, arg. d. l. 12. §. 6. ff. qui pot. in pignorum quia hac ratione porta aperiretur ad machinationes in fraudem legum, anatocismum prohibitum merito improbandas. Brunnemanus ad l. ult. C. b. t. Si tamen tutor usuras pupillares a debitoribus pupillaribus exactas in suos usus converterit, quia parvi refert, utrum usuris pupillaribus an sorte suum in commodum usus sit, ad usurarum usuras damnandus est, *l. tutor*, qui 7. §. si usuras 12. *l. qui negotiationem* 58. §. 1. & ult. ff. de admin. & peric. tut. Confer Resp. Jurisc. Holl. par. 3. vol. 1. consil. 87. Idemque est, si tutor pupillares nummos ipse fœnori acceperit, auctore forte contutore, convenienter legi non existimo 54. ff. de admin. & peric. tut. vel etiam a patre pupilli aliove qui pupillus heres extitit, ac usuras suis temporibus a se non exegerit, deinceps in utilitatem pupilli rursus collocandas: sive enim ab extraneo debitas atque exactas in suos usus converterit, sive a se exigendas non exegerit, cum id ex officio agere deberet, sed in suos usus retinuit, quid quæso refert? Tutorem certe uti, ab aliis ita & a

semetipso quicquid debet pupillo exigere debuisse, in aperto est. *l. quoniam* 9. §. *sed si sub h. in fine*, §. 5. ff. *de admin. & peric. tut.* nec justum, deterioris conditionis pupillum esse in eo quod tutor, quam quod extraneus ipsi debet, ac proinde, si exactas ab aliis pupilli debitoribus usuras ipse jure veteri, ac moribus hodiernis, ex officii necessitate rursus seniori aut aliter utilitates pupilli collocare obstrictus fuerit, *l. tutor, qui* 7. §. *si post depositionem* 3. ff. *de admin. & peric. tut.* iniquum esset, usuras, quas ipse pupillo debet, ac retinet, pupillo otiosas esse, Resp. Juris. Holl. *par. 2. consil.* 146. Zangerus *de except. par. 3. cap. 25. n. 21.* Sed & si procurator ex mandato domini usuras consecutus sit a domini debitoribus, easque in suos usus converuisse probetur, eum ad usurarum usuras teneri, Papinianus ac Ulpianus respondent, *l. idemque* & 10. §. *si procurator* 5. *in fine ff. mandati.* Præterea, si negotiorum gestor usuras pro debitore solverit, ne aut litem aut pignorum distractionem patiatur, vel fidejussor usuras, in quas pro principali debitore fidejusserat, recte usurarum ita solutarum usuras repetierit, dum contendit ad indemnitatem, arg. *l. si vero* 12. §. *si mihi mandaveris* 9. ff. *mandati, l. & in contraria* 37. ff. *b. t. Ant. Matthæus de aucton. lib. 1. cap. 21. n. 9.* De annuis quoque redditibus jam debitum novum redditum posse constitui, & in fisci ac civitatum debitis anatocismum hodie probari, nonnullis placet, Groenewegen *ad l. 23. C. b. t. num. 3.* Leeuwen *cons. for. par. 1. lib. 4. cap. 4. num. 27.*

21. Fructus proprie sunt, qui naturaliter ex re nascuntur ac renasci solent, *l. fructus* 7. §. *de pensionibus* 11. 12. 13. ff. *solutio matrimon. l. item, si fundi* 9. pr. ac §§. *seqq. de usufr. & quomad. quis u. ai. l. in pecudum* 28. *l. equis* 39. ff. *b. t.* Hi in stricti juris judiciis ex mora non debentur ante litem contestatam, quoties actio stricti juris tendit ad consequendum id, quod antea actoris non fuit, veluti ex stipulatu debitum: post litem vero contestatam perceptos a debitore ex æquitate præstandos esse visum fuit, ut causa restituatur, *l. videamus* 34. §. *si actionem* 7. ff. *b. t.* Quod si id petatur judicio stricti juris quod ante actoris fuit, etiam ante litem contestatam percepti fructus una cum re restituendi sunt; uti id evenit in condictione causa data causa non secuta; condictione indebiti; condictione rerum mortis causa donatarum, ubi donantem pœnituit; actione Faviana & Pauliana; interdicto unde vi; actione quod metus causa antequam ex contumacia cepit arbitraria esse, *d. l. 38. pr. & §. 1. 2. 3. 4. 5. 6. ff. b. t.* In bonæ quoque fidei judiciis fructuum rationem habendam esse, patet ex *d. l. 38 §. de causa* 8. & *seqq. ff. b. t.* & nominatim in hereditatis petitione fructuum venire restitutionem, ac usuras etiam fructuum ante litem contestatam perceptorum oportere reddi, patet ex *l. heres furiosus* 51. §. 1. ff. *de petit. hered. & dictum* 21. *de petit. hered.* n. 15. licet in singulari rei vindicatione fructuum usurarum non debeantur; eo quod in petitione hereditatis fructus veniunt jure actionis; quippe augentes ipso jure hereditatem: at in rei vindicatione non veniunt jure actionis, cum rem vindicandam non augeant ipso jure, sed tantum ex officio judicis, ac de hac singulari rei vindicatione agitur in *l. neque eorum* 15. ff. *b. t.* dum ibi sermo est de fructibus, qui officio judicis restituendi sunt. De ce-

tero generaliori de fructibus tractatio in titulo *de acquirendo rerum dominio* instituenda erit.

22. Causa est omnis rei qualitas & utilitas, quæ circa eam est, adeoque illud omne quod habiturus fuisset actor, si litis contestanda tempore res soluta fuisset, *l. cum fundus* 31. ff. *de reb. creditis, l. præterea* 20. ff. *de rei vind. §. si ad exhibendum* 3. *Instit. de offic. judicis, l. ult. §. ult. ff. de verb. signific. & vel interna est, ut bonitas, fertilitas, integritas, libertas ab oneribus, & similia; vel externa, ut fœtus, partus, pensiones, fructus, quæque per servum debitum acquisita sunt, d. l. 20.*

23. Accessio est omne illud, quod quomodocunque rei accedit, sic ut præter ea, quæ sub causa continentur, etiam usufructus proprietati accrescens & insula & alluvio & alia similia alteri rei cohærentia atque cedentia comprehendantur; quin & id quod interest ac pœna conventionales, de quibus duobus ex professo agetur *l. de verb. oblig. uti de accessionibus in tit. de acquir. rer. domin.*

24. Mora est solutionis faciendæ vel accipiendæ frustratoria dilatio. Quam frequentius quædam debitor committit, rarius creditor; committit tamen hic, si rem legitimo modo oblatam non acceptet sive ea mobilis sit, sive immobilis, & debitor se eam præstare paratum denunciaverit, *nov. 91. cap. illud quoque* 2. De qua oblatione debiti pro parte in superioribus actum, & pluribus tractandum erit in *tit. de solution. & liberat.* An autem in unoquoque negotio mora intelligatur, nec ne, judicis prudentiæ æstimatio est, cum difficilis sit hujus rei definitio, & D. ius rescripserit, neque constitutione ulla, neque juris auctorum questione id decidi posse, quia magis facti, quam juris est, *l. mora* 32. ff. *b. t.*

25. Dividitur mora, quod alia ex re sit, alia ex persona: hæc frequentior, illa rarior. Mora ex persona fit, si interpellatus opportuno loco & tempore non solverit, *d. l. mora fieri* 32. ff. *b. t.* seu, cum postulanti non datur, ut Paulus ait *sent. lib. 3. tit. ult. in fine.* Ac induci potest per unam interpellationem legitime factam, sive judicalem sive extrajudicalem, arg. *l. Titia Sejo* 17. §. 1. *in fine ff. de legatis* 2. *l. si ex legat. 23. ff. de verb. oblig. l. qui decem* 72. ff. *de solution. Bronchorst. enant. cent. 2. assert. 73. Wisenbach ad Pand. b. t. num. 15.* si modo ei interpellans inhæserit; nam si adversario denunciatum esset, & cum is postea sui faceret potestatem, omisisset fuerit per denunciantem debiti retinendi instantia, non protinus per debitorem mora facta intelligitur, *l. 32. §. & non 1. ff. b. t.* Quanquam nec dubium, quin ex abundantia plures interpellationes adhiberi possint; sicut & adhibitz commemorantur in *l. Æmilius* 31. ff. *de minor. 25. annis, l. si mandatu* Tirilli 59. §. *per. ff. mandati, l. qui Rome* 122. §. *coheredes* 3. *de verb. oblig. Quod si prima denunciatio non ipsi debitori, sed forte procuratori ejus aut alteri simili facta sit, si quidem is, cui denunciatur debitorem certiorum fecerit, etiam tunc debitor incipit in mora esse, si vero certioratus non sit, iterata interpellatione opus est, l. item veniunt* 20. §. *peritiam* 11. ff. *de petit. hered. junct. l. dies* 4. §. *prætor* 5. ff. *de damno infecto.* Quemadmodum etiam ad contumaciam inducendam una denunciatio non sufficit, sed trina requiritur, arg. *l. si convenis* 4. *in fin. ff. de pignorat. act. l. ad peremptorium* 63. *et seq. ff. de judiciis.*

26. Mora ex re est, quæ sit sine interpellatione; adeoque lege introducitur sine factu hominis; seu quando res ipsa moram in se continet, unde & a Paulo mora in re appellatur, l. viciamus 38. §. & quidem 1. ff. b. t. eo fere modo, quo & interdum pura stipulatio ex re ipsa dilationem capere dicitur, l. interdum 73. ff. de verb. oblig. & ipsa res in se dolum habere, l. si quis, cum 36. ff. de verb. oblig. Licet enim nulla intelligitur mora fieri, ubi nulla petitio est, l. nulla intelligitur 38. ff. de reg. juris, sciendum tamen, non ab homine tantum interpellationem fieri, sed & legem, atque etiam diem, pro homine interpellare, si modo dies certus obligationi adiectus sit, l. magnum 12. C. de contrab. & committ. stipulat. l. trajecit. 23. ff. de ob. & act. l. si fundus 4. §. ult. ff. de lege committ. l. si fundum 114. ff. de verb. oblig. l. 2. C. de jure emphyteut. Ant. Faber C. libr. 4. tit. 24. defn. 31. Mynsingerus cent. 3. abiero. 95. Menochius de arbitrar. jud. lib. 2. casu 220. n. 46. 47. Si enim obligatio ex die incerto vel incerta conditione suspensa esset, magis est, ut non nisi per interpellationem ab homine factam debitor in mora constituitur; cum unusquisque certi quidem diei appositum meminisse & possit & debeat, nec obligatio sed sola solutio ex die suspensa sit, d. l. 12 at probabiliter ignorare debitor possit, nec divinare debeat, extrinsece conditionem aut diem incertum, qui conditionis loco est. Præterquam quod existentia conditionis id tantum operatur, ut debitor esse incipiat, qui hactenus non fuerat; ac proinde, uti in debito puro, ita quoque in hoc jam purificato, recentere nato, interpellationem adhiberi, æquum est, arg. l. si dies 21. l. si primum 24. ff. quando dies legat. cedat. Donnellus ad l. 73. ff. de verb. oblig. num. 3. Loesius ad l. and. b. t. num. 50. 51. 52.

27. Lege ipse quasi interpellante, mora fit, si fur res furto subtrahat non reddat; quippe qui semper moram facere intelligitur, l. in re furiva 1. §. 1. l. ult. ff. de condiç. furi. si quis pupillo vel fisco debitum non solvat, l. cum quidam 17. §. fisci 5. ff. b. t. l. in minorum 3. C. in quib. caus. in integr. restit. necesse non est, si emtor fructus ex re vendita percipiens pretium non præstet, l. curabit 5. C. de act. emti, l. evictis 18. §. 1. ff. b. t. l. usuras 2. C. b. t. l. Julianus 13. §. veniens 20. ff. de act. emti; si socius pecuniam communem, negotiorum gestor alique similes pecuniam ejus, cujus negotia gerunt, in suos usus converterint, l. 1. §. 1. ff. b. t. l. qui sine 38. ff. de negot. gestis, de quibus actum latius sit. pro socio, n. 17. si dos in fungibilibus promissa sit, & ultra biennium solutio differatur, l. ult. §. ult. C. de jure dot. si nullus sit, qui interpelletur aut conveniatur, l. sed & si 23. §. 1. ff. b. t. His vero in casibus, quibus ex re mora fit, quandoque moram abesse, leges ajunt, quatenus abest mora ex persona, quæ ex interpellatione est, d. l. 1. §. 1. ff. b. t. d. l. 5. C. de act. emti.

28. Effectus moræ ex parte debitoris moratoris est, quod ad usuras & fructus secundum ante dicta, & poenam conventam, & id quod interest, incipit obligatus esse; atque etiam ad id quanti crevit pretium rei debita a tempore moræ, si res ipsa perierit, & ob id æstimatio ejus præstanda veniat, ut expositum sit. de contradic. triticaria, præcipue vero, quod perpetuetur obligatio etiam post interitum rei casu contingentem, si non eodem modo apud creditorem fuis-

set peritura; secundum ea, quæ per distinctiones tradita ad tit. de rei vindicat. n. 34. quodque actiones natura sua temporales reddantur perpetuæ, si modo tunc mora judicialis facta sit, l. ult. in fine ff. de dejuss. & nominat. & hered. tut. l. aliam causam 29. in fine ff. de novation. l. nam, postquam 9. §. si iis 3. ff. de jurejur. Ex parte creditoris in mora accipiendi existentis id mora operatur, ut solvat antichresin, si quæ creditori in pignore constituta sit, l. ex prædictis 11. C. b. t. ac transferat periculum rei debita in creditorem, l. qui decem 72. ff. de solut. l. si servum 91. §. sequitur 3. ff. de verb. obligat. De cetero mora regulariter soli nocet moratori, non alteri, ac ne correo quidem, l. mora fieri 32. §. pen. ff. b. t. l. in condemnatione 173. §. pen. ff. de reg. jur. licet unius correi factum alteri noceat, dum ex duobus Stichis promissoribus correi unus Stichum interemit, l. pen. ff. de duobus reis constituendis. An & quo usque mora debitoris principalis fidejussoris noceat, ad tit. de fidejussoribus explicandum erit.

29. Evenit tamen aliquando, ut mora excusationem mereatur; in quantum non omne, quod differendi causa sit, moræ adnumerandum est. Quod enim, si amicos adhibendos debitor requirat, vel expediendi debiti, vel fidejussoribus rogandis? vel exceptio aliqua allegetur? l. sciendum 21. l. 22. l. 23. ff. b. t. Quid si modicam arbitrio judicis dilationem sibi ad solvendum necessariam debitor a iudice impetrandam desideret? arg. §. 2. & 3. Instit. de offic. judicis, l. quod dicimus 105. ff. de solution. Quid, si casus superveniens, aut ipsius creditoris factum, id quod obligationis contractæ tempore promissori facile erat, difficile admodum reddiderit, veluti si servus venditus aut promissus inciderit in hostium potestatem? æquum sane haud fuerit, debitorem ex mora propter huiusmodi impedimentum commissi obligari, l. ult. ff. de act. emti, arg. l. ult. §. 1. ff. de leg. Rhod. de jacta, l. si servum 91. §. 1. ff. de verb. oblig. Contra quam obtineret, si vel ipsius debitoris culpa difficultatem implementi procurasset, d. l. 91. §. 1. vel ipso promissionis tempore jam adfuisset difficultas præstationis, nec promissor iam ignorasset: tunc enim est quod sibi imputet debitor, qui ipse sibi libera sua voluntate talem imposuit necessitatem, arg. l. si fidejussor 7. §. 1. in fine ff. qui satisd. cog. stipulationem enim non facit inutilem difficultas præstationis, l. stipulationum 2. §. ex his 2. in fine ff. de verbor. oblig. & generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet; ne alias dicamus, eum quoque dare non posse, qui alienum servum, quem dominus non vendat, dare promiserit; ut venuste Venulejus in l. continus 157. §. illud inspicendum 4. ff. de verbor. oblig.

30. Nonnunquam etiam moræ jam commissæ in universum purgatio fit, puta; novatione principalis debiti, l. si Stichum 8. l. quotiens 14. l. 15. l. novatione 18. ff. de novation. l. parvi refert 17. ff. de condiç. furiatæ, remissione per eum facta, cui alioquin jus aliquod ex mora adversarii quæsitum aut querendum est, cum ita suo tantum juri renunciaret, quod licitum ex l. pen. C. de pactis, l. de lege 6. §. ult. l. 7. ff. de lege commissoria, l. commissoria 4. C. de pactis. inter emi. & vend. mora posteriore per eum commissæ, cui prius mora facta erat, l. interdum 73. §. ult. l. si servum 91. §. sequitur 3. ff. de verbor. oblig. l. qui

*decem 72. ff. de solution. l. semel mora 26. ff. solutio matrim. l. illud 17. ff. de peric. & commod. rei vend. Adde d. tit. de peric. & commod. rei vend. num. 2. Atque hinc, si dies certus obligationi sit appositus, cum diversis in locis debitor & creditor domicilium foverent, & creditor non venerit ad locum illum, ubi die adjecto solutio facienda erat, verum quidem est, ipsam diei existentiam interpellasse pro creditore secundum ante dicta; sed & verum, per creditorem ad locum solutioni destinatum haud venientem stetit, quo minus sua die solutio fiat; cui consequens est, ut priorem debitoris moram, ex interpellatione diei inductam, per posteriorem creditoris non venientis moram existimemus purgatam esse. Mynsingerus cent. 3. obser. 95. num. 3. Costalius ad l. 9. ff. b. t. num. 15.*

31. Notandum tamen, non omni in casu morae purgandae licentiam moratori tributam esse: nam si protinus a mora commissa nova quaedam ei, cui mora facta, nata fuerit obligatio, purgationi locus non est, cum nemini jus semel quasitum sine suo facto adimendum sit. Qua ratione, sicut res sub lege commissoria fuerit vendita ac tradita, isque ultra diem praefinitum solutionem distulerit, postea offerendo nihil agit, nec auferre venditori potuit emta rei per actionem in rem vel in personam revocandae facultatem, ex primo morae momento quasitam, l. *trajectitia* 23. in fine ff. de oblig. & act. Adde tit. de lege commissoria. Sed & moram in solvendo canone commissam purgari non potuisse ad evitandam commissi poenam, traditum in tit. si ager vestigal. *emp. ps. num. 36.* Simili modo, si quis se certo die daturum facturumve quid promiserit, & si non dederit vel fecerit, se poenae nomine certam pecuniae quantitatem soluturum, deinceps autem in dando vel faciendo moram fecerit, sic illico ad poenam incipiet obligatus esse, ut nec offerendo postmodum quae dare vel facere promiserat, invito creditore eandem evitare possit, sed demum si sponte creditor ex vi praecedentis obligationis principalis oblata recipiat, l. *Celsus* 23. ff. de receptis qui arbitri. *recepit. l. Trajectitia* 23. ff. de oblig. & act. arg. l. *risipularis* ita 33. §. alteri 17. ff. de verb. oblig. §. ult. Instit. de verb. oblig. §. alteri 19. Instit. de inu. il. stipular. Cujacius ad l. 84. ff. de verba obligat. Nec obstat hinc l. & si post iter 8. ff. si quis. *caution. in jud. ritt. caus. fact. quippe* cujus solutionem dedi in tit. si quis caut. in jud. *etc. n. 4.* Et quamvis Cujacius eam sibi ante placuisse, at non amplius placere scripserit, ad d. l. 84. ff. de verb. oblig. verendum tamen, ne eam reprobando deterioriorem aliam amplexus sit. Quod enim ait in d. l. 8. nullam poenae promissae mentionem esse, adeoque tantum ad id quod interest actorem ibi agere potuisse, probandum non est, nam si nulla in casu d. l. 8. poena fuisset apposta, reus nulla indignisset exceptione adversus actorem, sed ipso jure satis abundeque tutus fuisset, in quantum actori, cujus jus ex mora deteriorius factum non erat secundum verba Juris-consulti, ne summo quidem jure potuit actio competere ad interesse, cum non interesset, arg. l. si procuratorem 8. §. *mandati actio* 6. ff. *mandati.* Ut proinde in d. l. 8. praesupponatur poenae promissio, adversus quam vero commissam, ac de rigore juris jam debitam, exceptionem praetor ex benignitate indulgit, ubi apparebat, jus actori ex mora illa modica trium

quatuorve dierum necdum deterius esse. Denique etiam, si colonus fundum in quinquennium conduxerit, nec locator ei usum praestet, quia tunc lex colono copiam fecit statim torius quinquennii nomine agendi ad id quod interest, quod frui non licuerit, hinc nec locator postea liberabitur, etsi anno secundo ac sequentibus fruendi patientiam colono praestare paratus sit; eo quod sera est patientia fruendi, quae offertur eo tempore, quo frui colonus, aliis jam rebus conductis forsitan illigatus, non potest, l. si in lege 24. §. colonus 4. ff. locati.

## TITULUS II.

## De Nautico Fœnore.

## SUMMARIA.

1. Quid sit nauticum fœnus, quid quasi nauticum, & de periculi pretio ad l. 3. ff. h. t.
2. In quo consistat substantia nautici fœnoris? quando cesset, & vulgares tantum usura debeantur?
3. Moribus periculi pretium in materia assecurationis legitimis usuris non est coarctatum, nec ullos fines habet. Ubi materia assecurationis tractata sit?
4. Si mutuum detur magistro vel domino navis sub pignore curia, op Bodemerye, etiam supra centesimas usuras pactisci licet. Si navis pereat, an in instrumentis & reliquis salvatis talis creditor aliquod jus habeat? Quid juris, si navis culpa nauta perierit aut publicata sit, aut perierit, dum nauta alio navigat, quum quo iter ab initio destinatum erat?
5. Lucrum, quod ex procuratis cambii literis provenit, usurarum vulgarium modo adstrictum non est. Qualis contractus intercedat in cambii literis expediendis? inter quos obligationes oriantur, & quae actiones? Nulla per literas cambii novatio fit. Si quis ob non solutas cambii literas egerit contra scriptorem literarum, & non obtineat ob inopiam ejus, redire potest ad acceptantem.
6. Quibus modis fieri possit, ut litera cambii effectum careant? cui solutio per cambii literas mandatur, eas vel acceptare vel rejicere potest, nisi ab initiatore ad proponentem, quem obligare poterat, directa sint. An acceptatio fieri possit sub conditione? An eo, cui per literas solutio mandatur, eas acceptare recusante, tertius eas acceptare possit ante vel post protestationem? It, qui eam offert, si non acceptentur, intra triduum protestari debet, ne regressus careat contra scribentem. Quando non noceat, neglectam esse intra triduum protestationem?
7. Si, die literarum cambii veniente, acceptans non solvat, intra quantum temporis spatium tunc protestatio facienda sit? An & quando litera cambii cum protestatione arrestari possint?
8. Litera cambii ante & post acceptationem, re adhuc integra, revocari possunt; nisi quis per eas procurator in rem suam constitutus sit. Ante diem literis cambii expressum solutio non recte fit: & cur? interim ab illis, qui ex cambii literis debitores sunt, cautio exigi potest.
9. Si secundus primo scripserit literas cambii, ita, ut fateatur, sibi a primo, tertio, & quarto quan-

titatem jam solutam esse, & illa per primum tertio, per tertium quarto data, ac per quartum oblata mandatario non acceptum, an quartus contra secundum agere per salum possit?

10. Cujus loci leges in questionibus cambii spectanda sint? Quae sint privilegia mensa cambialis Amstelodamensis?

1. Nauticum fœnus est, quod ex pecunia vel merce aliave re trajectitia seu transmare vehenda periculo creditoris, penditur atque etiam ex pacto peti potest, l. 1. l. periculi §. 1. l. in quibusdam 7. ff. b. tit. & ex rationis paritate etiam ex pecunia rebusve per loca terrestria, ob incursum hostium aut prædonum periculosa, transvehendis. Quin imo, quasi nautica poterit dici pecunia, & fœnus quasi nauticum, quoties creditor pecuniam qualiscunque mutuo data, utcumque per terras periculosas haud devehendæ, periculum in se recepit in casum, quo conditio aliqua non extiterit, veluti si quis piscatori crediderit in apparatus piscationis, aut athletæ unde se exhiberet exerceret, ea lege, ut ille, si cepisset, hic, si vicisset, redderet, una cum periculi pretio seu additamento; contra nihil redderet, si ille nihil cepisset, hic ab adversario in certamine superatus esset. Quibus similia sunt, si tibi centum dederim, ut, si manumittas, si non illud facias, puta, si non Romanas, si non tua cura convalesco, oculis forte aut pedibus laborans, reddas cum usuris centesimis; alioquin in casu contrarios nihil restituis, si modo id unum caveatur, ut tales ineantur conventiones, quæ in alea (vetitæ scilicet) speciem non cadunt, adeoque tales, ex quibus conditiones (ita legendum, non conditiones) nasci solent, id est, actiones in personam efficaces ad persequenda ea, quæ convererunt: quales actiones efficaces haud competunt, quoties negotium tale gestum est, quod in alea vetitæ speciem cadit, secundum ea, quæ ad tit. de aleatoribus dicta sunt. Nisi forte magis placeat, ad aleam vetitam referri verba illa, veluti ea, ex quibus conditiones nasci solent, ut sensus sit, conventionem valere, si in alea (puta vetitæ) speciem non cadat, adeoque non contineat ea, ex quibus conditiones, id est repetitiones amissorum, nasci solent; dum aliunde constat, id, quod in alea amissum est, tanquam ex injusta causa penes victorem existens, condici posse, l. 1. C. de aleator. Eo fere modo, quo & a Gajo scriptum, quod ex non concessa donatione retinetur, id aut sine causa, aut ex injusta causa retineri, ex quibus causis conditio nasci solet, l. quia quod 6. ff. de donat. inter vir. & uxorem. Atque hunc puto sensum esse d. l. 5. ff. b. 1. Confer Cujacium lib. 9. observ. 29.

2. Substantia itaque fœnoris nautici in eo consistit, quod pecunia credita non debitoris seu mutuatarii, ut vulgo, sed creditoris seu mutuantis periculo sit; propter quod periculum licet olim nullus fœnori nautico terminus præscriptus fuerit, indeque in infinitum ex conventionem partium extendi potuerit quantitas ejus, teste Paulo recept. sent. lib. 2. tit. 14. §. 3. iure tamen novo ad centesimas restrictum est, l. eos qui 26. C. de usuris, ac iure novissimo confirmatum per novell. 110. abrogata nov. 106. quæ centesimas excedi permiserat. Et quia usura hæc gravissima periculi pretium est, hinc cessante periculo seu ad creditorem non pertinente, reddit illico usurarum communium seu

Voss ad Pandect. Tom. III.

vulgarium observatio; quod fit, si vel id ab initio actum sit, ut debitoris ipsius periculo pecunia naviget, vel cum ab initio periculo creditoris transvehenda esset, ad portum seu locum destinatum delata sit, aut dies vel conditio extiterit, ad quam usque ex conventionem periculum debebat creditoris esse, l. nihil interest 4. ff. b. 1. l. 1. 2. 4. C. b. 1. Sciendum tamen, ita demum trajectitia pecuniam aut mercium periculum ad creditorem pertinere ex conventionem, si non dolo aut culpa ipsius debitoris intreat: „nam „si propter vitium debitoris, nec loco quidem navigii servato, illicitis comparatis mercibus, quas navis continebat, fiscus occupaverit; amissarum mercium detrimentum, quod non ex marinarum temporis statis discrimine, sed ex præcipiti avaritia & incivili debitoris audacia, accidisse asseveratur, adscribi creditori juris publici ratio non permittit, ut rescriptum est in l. pen. C. b. 1.

3. Ceterum nostris & gentium plerarumque navigationi studentium moribus circa periculi pretium rursus jus vetus Romanum reductum fuit, cuius superius ex Pauli receptis sententiis mentio facta, quod nempe trajectitia pecunia ac merces propter periculum creditoris infinitas usuras, centesimis haud coarctatas, recipere possit, ac quantitatis cujuscunque obligatio subsit, quæ pro magnitudine periculi in conventionem deducta est per contractum assicurationis: vulgo dictum, quo id agitur, ut merces & alia assicurata navigent periculo non domini, sed assicuratoris, pro periculo suscepto pretium recipientis. De hoc vero assicurationis contractu universa huc transcribere, quæ circa modum assicurationis, personas assicurare valentes aut prohibitas, res assicurandas vel assicurationem respuentes, rerum assicurandarum æstimationem, conservationem, impensas, cessionem, seu abdicationem, periculum, præmium assicurationis seu periculi pretium ac solutionem ejus, observanda veniant, consultum non censui. Videri ista possunt enarrata prolixè satis & accurate variarum regionum legibus superiori & hoc seculo conditis; ac in plerisque consensum, in paucis, iisque levioribus tantum dissensum continentibus, præcipue, edito nautico Philippi Hup. Regis ann. 1563. cap. ult. & edito peculiari de assicurationibus ann. 1570. municipali Medioburgensium an. 1600. Roterodamensium anni 1604. Amstelodamensium an. 1612. quæ omnia simul juncta in vol. 1. placior. Holl. a pag. 820. ad pag. 876. ac tandem novissime, pariterque plenissime, edito Ludovici XIV. Galliarum Regis, ann. 1681. in libello cui titulus, ordonnance de Louis XIV. touchant la marine, livr. 3. t. 6. Quibus addendus Petri de Sarterna Lusitani & Beneventi Stracchæ de assicurationibus liber. Notandumque insuper, rerum hostilium, aut ad portus hostiles vehendarum, assicurationem, tam eam, quæ directo, quam quæ fraudulentis machinationibus fit, interdictam esse sub pœna publicationis nummorum, assicuratore contentorum. Declaratie van oorloch tegen Vrankryck 9. Martij 1639. art. 13. vol. 4. placit. Holl. pag. 201.

4. Simili modo neque vulgaribus neque centesimis usuris restrictum est ex moribus hodiernis mutuum illud, quod creditor sub pignore carinæ dat vel ad certum tempus, vel quamdiu navis salva est, ea lege, ut ex quotidiano quæstu ejus graviores pro ratione periculi præstentur usuræ, ac carina percunte sors



rota creditori pereat, adeoque navis naviget periculo creditoris, qualls mutui species appellatur nostratibus *contract. van bodemerje*, (Grotius *manuduct. ad jurispru. Holl. lib. 3. cap. 11. Groenewegen ad l. 26. C. de usuris n. 3. Roseboom costum van Amsterd. cap. 52.* Qua conventionem posita, si navis pereat, sed instrumenta navis ac funes aut ipsius carinæ reliquæ salventur, ne in hisce quidem salvatis ullum creditori jus aut pro sorte aut pro usuris superesse, sed salvata illa sine ullo crediti onere ad navis exercitores pertinere, aliquoties responsum in Hollandia & judicatum apparet ex Responsis Jurisc. Holl. *par. 4. consil. 111. & consil. 124.* idque ex eo fundamento, quod nulla ad restitutionem sortis aut graviorum usurarum obligatio nascatur in casu, quo in certum tempus mutuum sub pignore carinæ contractum est, quam si navis salva sit; quia ex illa conditione suspensa ad restitutionem obligatio deficere censenda est deficiente conditione, *l. fenerator 6. ff. b. r.* Sed vix est, ut hanc opinionem probaveris, quamdiu eam usu constante firmatam esse doceri nequit. Quod enim ajunt, nave non salva non nasci principalem debiti obligationem, quæ sub conditione navis salvæ contracta est, adeoque nec pignoris accessoriam obligationem consistere aut nasci posse, expeditum quidem ac certum est: at ubi & funes & instrumenta alia navis & ipsius carinæ reliquæ ex naufragio subductæ atque collectæ, dominis suis salvæ sunt, ibi navem, quæ cum instrumentis obligata fuerat, salvam non esse, gratis assumitur. Quin potius, cum in suis partibus salva sit, etiam usque ad vires æstimationis istarum partium obligationem nasci, recte dixeris. Nam &, cum de contributione propter factum quaestio est, responsum fuit, factum demum *nave salva in tributum venire, l. navis onusta 4. pr. ff. ad leg. Rhod. de jactu*, & tamen navis tunc quoque salva credita fuit, ad obligationem contributionis inducendam, cum jactu factio navis alio in loco submersa fuit, & aliquorum mercatorum merces per urinatores deinde extracta sunt, *d. l. 4. §. 1. ff. ad leg. Rhod. de jactu*. Uti ergo ibi pars quædam mercium post naufragium salvata nasci facit obligationem contributionis, quasi nave salva, ita ratio non est, cur non in nostro quoque casu ex collectis navis ac instrumentorum reliquiis, quasi nave hætenus salva, tueamur nativitatem obligationis. Plane, si tota navis cum instrumentis non casu sed manifesta mutuatarii culpa pereat, dum forte ob merces illicitas ei impositas publicatur, damnum illud mutuatarii magis quam mutuantem onerare, dubium non est; in quantum mutuantem saltem actio in factum in id quod interest adversus mutuatarium in culpa positum danda foret, arg. *l. pen. C. b. r. Christianus vol. 3. dec. 47. num. 5. 6.* Idemque dicendum, si magister navis iter suum consulto aliorum instituat, atque ita ad alia loca navigans naufragium passus sit: argumento eorum, quæ de assecuratione cautæ sunt, periculum scilicet mercium ad assecuratorem non spectare, si nauta consulto portum alium aut aliam regionem petat, quam quæ assecurationis instrumento inserta fuit, *editio Philippi Regis de assecuratione an. 1670. art. 14. Lex Amstelod. de assecurat. art. 7. Roterodamensi, art. 11. Medioburgensi art. 14. Resp. Jurisc. Holl. par. 4. consil. 110.* An autem, & quando, magister, cui cura navis demandata

est, hac ratione mutuum accipere possit *op bodemerje, dictum tit. de exercit. act. n. 3.*

5. Denique, cum hodie minus frequens sit pecunia ipsius numerata de regione in regionem translatio, seu ejus vice frequentari coperint literæ cambii vulgo dictæ, quibus præcipue mandatur, ut pecuniæ uno in loco numeratæ, aut numerandæ, alio in loco per alios adnumerentur, notandum est, illud quoque lucrum, quod ex tali nummorum alio in loco solvendorum procuracione captatur, ordinario fini usurarum legitimarum non esse inclusum, sed vulgaris majores posse symbola collybistica comprehendere. Quod ut intelligatur, paulo latius cambiorum seu literarum cambii natura explicanda est: ac primo quidem sciendum, quemadmodum non uno sed duobus imo tribus contrahentibus ad minimum intervenientibus delegatio peragitur, idque inter plures quam duas personas, dum delegans mandat debitori suo, ut is solvat, & creditori suo vel alteri, ut acceptet a debitore solvenda, & deinceps is, cui solvendum, stipulatur a debitore delegantis, ut sibi debeat in posterum ac solvat quæ hætenus deleganti debuit, ita quoque non una sed multiplicata conventionem & plurimum personarum interventum opus esse, ut negotium cambiale suis circumstantiis plenissime quasi vestitum absolvatur. Est enim primo quasi loco is, qui numerat in antecessum vel postea numeraturus est quantitatem alibi solvendam; est secundo is, cui numeratur, quique per literas cambii solutionem alii faciendam mandat; est & tertio mandatarius, per quem pecuniæ alibi est ex mandato numeranda; est denique, cui ex mandato solutionem fieri oportet. Primus verbi gratia agit cum secundo datis aut promissis mille aureis cum quodam lucri additamento, ut is per tertium Romæ degentem quarto peregrinanti Romam venturo numeret ista mille, datis eum in finem mandati literis, ad quartum mittendis, ac per eum tertio offerendis, ut is solutionem sibi a secundo mandatam in se recipiat, seu literas cambii subscriptione acceptet, ac sua die adimpleat mandatum solutionis; quo mandato per tertium suscepto, quartus ille ex pacto quodam constituit de solvendo, acceptationi seu susceptioni mandati inclusa (& ad agendum ita efficace, ut & per civilem custodiam, *by gyslinge*, acceptans ad solutionem cogi possit ex consuetudine Amstelodamensi, apud Roseboom, *cap. 50. art. 13. & 30.*) adversus tertium habet actionem in personam, ad obtinendam solutionem sibi promissam: tertius rursus actionem mandati contrariam adversus secundum mandantem, postquam solvit; nisi mandatis debitor esset, quo casu liberatio magis ei coningeret ad summam concurrentem: secundus denique primum ad cujus desiderium literas cambii dedit, vel ex mandato vel ex contractu innominato obligatum habet, quoties primus eo tempore, quo cambii literæ conscribebantur, comprehensam iis quantitatem secundo non representavit una cum lucro in conventionem deducto. Non tamen ulla in toto hoc negotio novatio contingit, uti quidem accidit in delegatione, sed utcumque quartum tertium incepit sibi ex literarum cambii acceptatione devinctum habere, tamen & secundus, si forte per representationem nummos jam accepit in antecessum, ad restitutionem & id quod interest obstrictus manet, positus ponendis (de quibus post) si tertius promissioni non stet, at-

que ita conventio cambialis implementum non habet. Roseboom *Costuymen van Amsterd. tit. 50. art. 3.* Rotæ Genævæ *decis. 2.* adeo ut is, qui prius mandantem solum sibi devinctum habebat, deinceps & ipsum & mandatarium sibi obligatum teneat, neuterque nisi solutione per alterutrum impleta liberetur. Hinc si, mandatario post acceptance[m] literarum cambii non solvente, is, cui vel in cuius gratiam solutio facienda erat, convenire jam coeperit mandantem seu scriptorem literarum, nec quicquam ab eo aut non solidum ob inopiam consecutus sit, redire iterum potest ad mandatarium refractarium, eumque ex pacto tacito de solvendo (quod acceptationi inclusum dixi) cogere, ut solutionem adimpleat, quatenus ea per mandantem facta non est, Roseboom *Consuymen van Amsterdam cap. 50. art. 9.* van. Antwerpen *tit. 55. art. 4.* Neostadius *Curia supr. decis. 12.* Jurisc. Holl. *par. 3. vol. 1. consil. 163.* Imo, usque adeo electio datur ei, qui cambii litteras tenet, utrum mandantem, an acceptantem & sua die non solventem, convenire malit, ut is, quem elegit, nullo possit ordinis beneficio uti, ac desiderare, ut aliter prius excutiat, Neostadius *d. decis. supr. Curia 12.*

6. Qua occasione considerandum ulterius, contrarium cambialem posse effectu destitui vel ex eo, quod is, cui per cambii litteras solutio iuncta fuit, eandem acceptare atque ita mandatum suscipere nolit; vel ex eo, quod post acceptance[m], die solutionis veniente, in mora solvendi est, vel ex eo, quod mandatum de solvendo per litteras cambii interpositum, deinceps per mandantem aut eum, ad cuius rogationem mandaverat, revocatum fuit. Quid in singulis obtineat casibus, enarrare operæ pretium erit. Acceptationem quod attinet, uti ex natura mandati liberum cuique est mandatum suscipere vel non suscipere, *l. filiusfamilias 8. §. invitit 1. ff. de procurat. l. sicut initio 5. C. de oblig. & ad. l. invitit 17. C. de procurat. arg. l. de curatore 2. §. quæritur 3. ff. de curatore bonis dando*, ita quoque is, ad quem litteræ cambii datæ, invitit compelli nequit, ut eas sibi oblata acceptet ac solutionem promittat, nisi ad mercatorem directæ sint ab institore eius, per quem obligari poterat, ac contineant pecuniam, quam institor mutuum acceptat in usum præponentis, *arg. l. cuicumque 5. §. non tamen 11. 12. & 13. ff. de instit. ad. Consuet. Antwerpiens. tit. 55. art. 1.* Roseboom *consuymen van Amsterdam cap. 50. art. 1.* Hugo Grotius *manud. ad Jurisprud. Holl. lib. 3. cap. 15. num. 4.* Et quamvis invito eo, cui solvendum, acceptatio ex conditione quadam suspendi nequeat, quin tamen eo consentiente possit, dubitandum haud videtur; adeo ut tunc nulla in acceptantem actio nata intelligatur, quamdiu conditio impleta non est, secundum propriam naturam obligationum ex conditione suspensarum, *§. sub conditione 4. Instit. de verb. oblig. Respons. Jurisc. Holl. par. 3. vol. 2. consil. 59.* Interim mandatario mandati susceptionem declinante, liberum cuivis extraneo est, easdem acceptare, quo ipso is, qui id fecerit, intelligitur negotiorum gestor illius, qui litteras cambii mandaverat solutionem, *arg. l. solvendo 39. de negot. gestis, pr. Instit. quib. mod. tollitur obligatio*, sive propter litteras cambii non acceptatas per eum, ad quem datæ, is, cui solutio facienda erat, jam protestatus sit, sive non, cum in casu necdum factæ protestationis

extraneus acceptans ac solvens petere possit, sibi actiones cedi adversus pecuniæ cambialis debitorem ad indemnitate[m]; protestatione vero jam interposita, etiam desiderare, sibi ipsas tradi litteras cambii cum protestatione, ad obtinendam indemnitate[m] protestationem, *Consuet. Antwerp. tit. 54. art. 5.* Roseboom *consuet. Amstel. cap. 50. art. 10. 11.* Grotius *d. lib. 3. cap. 15. num. 3.* Leeuwen *cons. forens. pars. 1. lib. 4. cap. 15. num. 9.* Observandum enim, toties quoties mandatarius cambii litteras acceptare recusat, necessitate[m] ei, cui nummi ex mandato fuissent solvendi, ex consuetudine impositam esse, ut intra triduum a denegata acceptatione protestetur de damnis & eo quod interest, atque ita litteras cambii cum protestatione remittat quantocius ad mandantem; ne alioquin, neglectis hisce, regressu careat adversus eum qui mandaverat solutionem, & cui nummi, litteris cambii comprehensi, jam in antecessum numerati sunt, *Costuymen van Antwerpen tit. 55. art. 8. & ult.* Roseboom *Costuymen van Amsterd. tit. 50. art. 4.* Respons. Jurisc. Holl. *par. 3. vol. 2. consil. 199.* nisi ejus, qui litteras cambii dedit, non intersit, protestationem intra triduum factam esse dum ipse non est creditor illius, qui per cambii litteras mandaverat solutionem, sed ex acceptato & impleto solutionis mandato ipsi fuisset mandato obligandus: tunc enim & post tridui lapsum protestatione interposita reddi oportere per mandantem seu literarum scriptorem nummos, quos accepit, & symbolam, cum eo quod interest a tempore protestationis, responsum fuit a celeberrimis mercatoribus inter Responsa Juriscons. Holl. *par. 3. vol. 1. consil. 59.* ne alias cum alterius lætura locupletetur sine causa.

7. Quod si litteræ cambii mature oblatae ac per mandatarium, ad quem datæ (vel etiam rationarium ejus, ut habet Roseboom *d. cap. 50. art. 2.*) acceptatæ sint, atque ita ille exhibenti sese obligaverit, deinde autem veniente solutionis die in mora solvendi sit, similis protestationis interponendæ ac cum litteris cambii ad mandantem remittendæ necessitas incumbit ei, cui solutio facienda erat; nisi malit jure seu regressu suo adversus mandantem excludere, eo modo, quo id jam traditum de casu, quo ipsa acceptatio denegatur: ut tamen hic non ita rigide protestatio triduo adstricta sit, sed intra octo aut decem dies, apud Antwerpienses intra quatuordecim, eam fieri sufficiat, nisi is, qui acceptavit, non differat, sed aperte denegat solutionem, aut foro cedat, aut latret; tunc enim triduum omnino observandum foret, Roseboom *Consuymen van Amsterdam cap. 50. art. 5. 6. & 29.* *Costuymen van Antwerpen tit. 55. art. 9.* Ne vero remora quadam huic literarum remissioni ad mandantem ob denegatam acceptationem aut solutionem inficiatur, atque ita turbentur, quæ paratissima esse debent, cambiorum jura, vetitum, ne cambii litteræ aut protestatio sistantur seu arrestentur; nisi is, qui eas acceptaverat, ac in mora solvendi fuerat, easdem ipse sistat, ac probet, quantitatem illis comprehensam jam in rationes ejus, cui numeranda erat ab argentariis apud mensam publicam transcriptam esse, Roseboom *d. cap. 50. art. 22. 25. 26. 27.*

8. Ceterum uti vulgo, ita quoque hic, mandatum solutionis, literis cambii comprehensum, per mandantem vel eum, qui mandanti nummos literis compre-

hensos alibique numerandos, numeravit aut numeratus est, revocari potest, non tantum ante earundem acceptationem, sed & post, si modo res integra sit, seu solutio necdum secuta; nisi is, cui solutio facienda erat, ex mandato procurator in rem suam constitutus fuerit, dum quantitas cambii literis comprehensa, ei ab illo qui cambii literas scripserat aut procuraverat debita erat. Consuet. Antwerp. t. 55. art. 7. Neostadius curia Holl. decr. 33. Grotius *manud. ad Jurisprud. Holl. lib. 3. cap. 13. n. 10.* Resp. Jurisc. Holl. par. 1. consil. 230. & par. 3. vol. 2. consil. 140. Quæ & ratio est, quod mandatarius solutionis solvere nequeat ante tempus literis cambii insertum, ne in damno hæreat, si forte is, cui maturius solutum, foro cesserit ante diem solutionis destinatum, & ob id mandans suum mandatum literis comprehensum, censerit revocandum esse, Antwerpienses d. t. 55. art. 6. Roseboom *consuet. Amstel. d. t. 50. art. 12.* Grotius *manuduct. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 13. n. 8.* Dilata autem solutione in tempus certum, cambii literis expressum, jure is, cui solvendum, cautionem interim exegerit ab acceptante, ubi eum facultatibus labi suspicio est. Sed & is, qui literas cambii procuravit ac mandanti nummos representavit, similem a mandante cautionem desiderare potest. Consuet. Antwerp. t. 55. art. 2. Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 45. num. 11.*

9. Accidit autem aliquando, ut plures simul literis cambii exprimantur, tanquam tales, qui quantitatem iis comprehensam mandanti seu scriptori jam solverunt; veluti in hac facti specie: primus Amstelodami agit cum secundo, sibi literas cambii dari, ex quibus ipsi primo solvantur mille Francofurti; sed cum primus tertio, tertius quarto, quartus quinto, obligati essent ad literas similes ejusdem quantitatis Francofurti solvenda dandas; agit primus ulterius cum secundo, ut is representatam sibi a primo pecuniam fateatur sibi etiam a tertio, a quarto & quinto numeratam esse, atque ita litera cambii per secundum primo data, ac per plures manus tertij, quartæ ac quintæ ambulantes tandem a quinto offeruntur ei, ad quem data, ut is eas acceptet. Si ergo ille acceptationem facere recuset, & ob id protestatio ex more intercesserit, quæsitum fuit, an quinto liceat per saltum agere adversus secundum, qui literas cambii scripsit & solutionem mandavit, an vero, quasi cum nemine præterquam cum quarto contraxisset, quantum convenire debeat, quartus tertium, tertius primum, & tandem primus secundum? Per saltum quinto adversus secundum actionem competere, præteritis reliquis, variis rebus in Hollandia judicatis confirmavit auctor consilij inter Respons. Jurisc. Holl. par. 3. vol. 2. consil. 53. Et merito, cum utique secundus ex numeratione sibi facta obligatus esse cõspicit omnibus illis a quibus sibi numeratum esse confessus est. Ne dicam, primum actionem suam quodammodo cessisse tertio, tertium quarto, quartum quinto; actione autem principali cessa, ad obtinendam scilicet Francofurti solutionem, actiones quoque accessorias, licet postea demum cedenti acquirerentur, adeoque etiam actionem ex denegata solutione & subsequuta protestatione primo natam, in quintum translatam fuisse, ac per eum posse moveri, patet ex l. *emtori. 6. ff. de hered. vel act. vend.*

10. Quia vero in quibusdam circa cambiorum ju-

ra variant leges ac consuetudines variarum regionum, notandum est, in decidendis circa hæc controversiis spectandas esse leges loci illius, ad quem litera cambii destinata, & in quo vel acceptata sunt, vel acceptari debuerunt, non item loci unde missa; cum illic contractus intelligatur celebratus, ubi implementum ejus destinatum est, l. *contraxisse. 21. ff. de oblig. & act. 1. aut ubi quisque. 3. ff. de reb. auctoris. jud. possid. 1. exigere. 65. ff. de judiciis.* Quæ porro mensa cambialis Amstelodamensis jura ac prærogativa sint, qua ratione nummi apud mensam illam depositi arresto gravari nequeant, & quæ sint alia hujus generis, videri potest apud Roseboom *consuet. Amstelod. cap. 50. num. 14. & multis seqq.*

## TITULUS III.

### De Probationibus & Præsumptionibus.

#### SUMMARIA.

1. Quid sit probatio? Quid argumenta artificialia seu iurita, & inartificialia seu assumpta?
2. Probatio vel ordinaria est vel extraordinaria; ad extraordinariam etiam pertinet ocularis inspectio.
3. Est & vel plena vel minus plena. Quid sit utraque? nullum ab arbitrio iudicis deponet, quousque probatio fidem faciat.
4. An, & quousque, fama ac rumores fidem faciant?
5. An fuga semiplene probet?
6. De probatione seu purgatione vulgari per ferrum candens, duellum &c.
7. De assertionem vulnerantem excusantis aut accusantis, de inscriptionibus et titulis et signis ipsi impositis, de unius testis depositione. Omnes probationes plena fieri possunt minus plena.
8. Probanda facta dubia, non notoria. Quid sit notorium? Quando jura probanda sint?
9. Probat actor; sape reus, quousque graviores contra eum militans præsumptiones, vel ipse offert probationem.
10. An, et quando is, qui negat, onere probandi gravetur?
11. Probare tenetur qui non possidet.
12. Probandum intra tempora a iudice vel lege præfixita. An illa tempora sint continua? An ante litem contestatam probari possit? An operetur aliquid productio instrumenti facta ante litem contestatam. De testibus examinandis ante litem contestatam, si mortis aut absentia metus imminet.
13. Non etiam recte fit probatio post conclusionem in causa. Quid juris, si ex uno latere tantam in causa conclusum sit? An post conclusionem in causa produci possit authenticum, cuius exemplum ante productum fuerat? An mediante restitutione post conclusionem in causa probatio nova fieri possit? An iudex ex officio novam probationem iungere?
14. Quid sit præsumptio? Quotuplex? Quid sit præsumptio hominis, & quam vim habeat?
15. Quid sit præsumptio juris? Exempla ejus. Qui scripserint de his? Præsumptio juris laxior pellitur per præsumptionem contrariam graviores; quod exemplis docetur.
16. Quid sit præsumptio juris & de jure, & quæ exempla ejus.

17. *Presumptiones plerumque desumuntur ex eo, quod frequenter accidit, quandoque tamen etiam ex eo, quod raro contingit.*
18. *An ex presumptionibus juris sententia ferri possit, & reus condemnari in civilibus & criminalibus causis?*
19. *Quid sint fisiones juris, & in quo distent a presumptionibus?*
20. *Quid sit simulatio, & in quo distet a fisione juris?*

1. **C**um in judiciis paria sint, aliquid non esse, et non apparere, ac multi in lite succumbant, quibus non jus sed probatio deficit, arg. l. duo sunt Titii 30. ff. de testam. tut. leg. in re 3. ff. de fide instrum. non mirum, si litigantium unusquisque omnes intendat vires ad conquirenda undequaque, quæ ad suæ causæ destructionem conducere persuasus est. Probationem cum Cujacio in parati. C. b. t. non male definiveris *intentionis suæ legitimam fidem*; seu actum quo rei dubiæ per argumenta fides sit. Qualia argumenta secundum Rhetores atque Dialecticos vel artificialia sunt, vel inartificialia. Artificialia dixerunt, quæ ex causa ipsa quodammodo trahuntur ac gignantur, adeoque industria et arte ex ipsius negotii qualitatibus atque circumstantiis eruuntur; inde etiam a Cicerone *inrita* appellata; veluti si quis a causa, vel ab effectu, vel ab alio quo loco dialectico, suas deduxerit pro litis iustitia rationes. Inartificialia sunt, quæ extrinsecus ad fidem faciendam adhibentur, ad quæ quæ extra dicendi rationem accipit causarum Orator, ob id assumpta a Cicerone dicta: *cujus generis non modo tabulas et testes, sed et jururandum et præjudicia, et quæstiones esse, in iisdem maximam contentionum forensium partem consistere*, Quintilianus auctor est, *instit. orator. lib. 5. cap. 1.* Sciendum tamen, omnia fere argumenta artificialia inniti inartificialibus; in quantum circumstantiæ ac qualitates negotii, ex quibus artificialia colliguntur atque formantur, per testes aut tabulas aliisque similia probanda sunt. Qua ratione, si quis virginem esse neget, quia peperit; hominem a se Carthagini Calendis Aprilibus occisum inficietur, quia toto eo die alibi fuit; corruet omnis argumenti vis, nisi partus editio atque absentia a loco cædis aliunde doceatur. Idemque de ceteris iudicium esto.

2. Dividitur quoque probatio, quod alia sit ordinaria, quæ scilicet per instrumenta aut testes fit, alia extraordinaria, ad quam jururandum nec non adversarii confessio pertinet, sive sponte emissa, sive per quæstiones extorta: unde & Jurisconsultus, agnoscens satis, has duas species ad probationem ordinariam ac proprie dictam haud posse referri, de jururando dixit, *perinde haberi id quod juratum est, atque si probatum esset, l. sed si possessori 11. §. 12. cum de 3. ff. de jururando*, ac de confessione, *confessum pro iudicato esse, l. 1. l. 3. l. 5. pr. & §. 2. ff. de confessis*. Ceterum de jururando actum satis in tit. de jururando; de confessione pluribus ex professo ad tit. de confessis, & ad tit. de quæstionibus tractandum erit. Sed & ad hanc extraordinariam probationem forte non perperam retuleris ocularem iudicis inspectionem, de qua quædam tradita in tit. *finium regund. num. 9.* ac latius tractat Joh. Andr. Dorusperger *synagmate juris de probat. lib. 1. cap. 2.* & 3. Rutgerus Rolant. *de commissariis & commission.*

part. 2. l. 3. Leeuwen *cons. for. part. 2. lib. 1. cap. 29. num. 27. 28.*

3. Est insuper probatio secundum interpretes alia plena, alia minus plena. Plenam dicunt, quæ sufficientem gestorum fidem facit sic, ut iudex per eam abunde instruat ad sententiam ferendam. Minus plenam, quæ sola non satis instruit iudicem, ut ad definitivam possit sententiam procedere, sive in se spectata debiliior sit, sive per se satis firma, per alia in contrarium adducta labefactetur; quo fit, ut dubium incertumque relinquat animum ejus, ac in criminalibus quidem ad quæstionum adhibitionem subinde impellat, in civilibus vero ad jurisjurandi delationem, actori faciendam vel reo pro circumstantiarum varietate, secundum ea quæ pluribus tit. de jururando n. 27. & seqq. dicta sunt. Neque dubium, quin probationum minus plenarum alie magis, alie minus iudicem movere valeant, atque adeo vel levior gignere in mente ejus suspicionem, vel præsumptionem graviolem; unde nec certis juris præceptis tradi satis apte potest, quantam probatio cuique rei adhibita iudici fidem faciat: *qua argumenta* (inquit Imp. Hadrianus in suo ad Valerium Verum rescripto) *ad quem modum probanda cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest: sicut non semper, ita saepe, sine publicis monumentis cujusque rei veritas deprehenditur: alias numerus testium, alias dignitas & auctoritas, alias veluti consentiens fama, confirmat rei, de qua queritur, fidem. Hoc ergo solum tibi rescribere possum summam, non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere, sed ex sententia animi tui te estimare oportere, quid aut credas, aut parum probatum tibi opineris, l. tertium fides 3. §. ejusdem. 2. ff. de testibus.*

4. Illud constat, famam publicam rumoresque dispersos per se neque plene, neque semiplene (ut loquuntur) probare, sed tantum indicium aliquid facere, ad quod iudex in criminalibus ulteriorem instituat veritatis indagatorem, atque etiam circa tutores fama publica suspectos inquirat eosque removeat, si ex apertissimis rerum argumentis ei liqueat, tutorem suspectum esse, arg. l. tutor quoque 3. §. prætorica 4. ff. de suspect. tut. l. congruit 13. ff. de offic. præsidis. Sed & probationes alias a fama publica concurrente adjuvari atque confirmari, habet d. l. 3. §. 2. ff. de testibus. De cetero fama tam ficti pravi-que tenax, quam veri nuncia; unde & Quintilianus lib. 5. *institus. orator. cap. 3.* scripsit: *famam atque rumores pars altera consensum civitatis & velut publicum testimonium vocat; altera sermonem sine ullo certo auctore dispersum, cui malignitas initium dedit, incrementum credulitas; quod nulli non innocentissimo possit accidere fraude inimicorum falsa vulgantium.* Cui consequens est, arbitrio iudicis providi committendum esse, quo usque famæ credendum sit; licet hoc iudicis arbitrium interpretes varie restrictum velint, ut patet ex illis quæ scripsit Thomas de Pipera, in tractatu de fama, qui est in tractatu tractatum tom. 11. part. 1. pag. 8. Mascardus de probationib. conclus. 749. & seqq. ad conclus. 756. ad verbum fama. Joh. Andreas Dorusperger *synagm. juris de probat. lib. 1. cap. 40.* Menochius de præsumptionib. lib. 1. quæst. 1. num. 39. & seqq. & quæst. 89. num. 23. & seqq.

5. Fuga quoque, licet aliquam generet suspicionem

adversus fugientem, non tamen plenam, imo ne semiplenam quidem probationem habet. Esto enim, quod reus *per fugam sui pene accusator existat*, ut ait Imp. in *novell. 55. cap. si vero semel* & non tamen inde nocens dicendus est; cum non accusatio, sed convictio atque probatio, nocentem faciat; atque insuper a metaphoricis ac hyperbolicis novellarum, stilo luxurantium, locutionibus perperam argumenta petantur. Nec adversatur *l. impuberibus 7. §. praeerea 2. ff. de suspens. tut.* Non enim ibi fuga, vel potius latitatio tutoris, plenam aut semiplenam delicti alterius probationem continet, sed magis constituit ipsum illud delictum, propter quod tutor patitur missionem in possessionem rerum suarum, ac tanquam suspectus removetur; uti id *ex d. l. 7. §. 3. apertum est.* Quadratque hac eadem responsio etiam in legem *si in libertinum 23. §. 1. juncto princ. ff. de bonis libertorum.* Licet enim prima specie illic hi, qui fugerint, nocentibus atque damnatis aut conscientia sceleris metuque accusationis mortem sibi consciscuntibus assimilati, ac aequaliter publicationem bonorum patientes, pro confessis atque convictis ex fuga habendi videantur: non tamen ita est: sed potius ipsa fuga est delictum illud, propter quod publicatio bonorum imponitur; eo quod ex juris Romani principis rei criminum absentes & latitantes requirendi erant, ac citandi, ut se sisterent, atque interim bona eorum adnotabantur, ut, si ultra annum distulissent suam copiam facere, bona adnotata in fiscum redigerentur; non in poenam delicti, cujus insimulati erant, sed in poenam contumaciae, quod requisiti & editis vocati spreverant iudicem vocantem; adeo ut post annum sese sistentes ad innocentiae quidem demonstrationem admittendi essent, quo evitarent graviore delicto poenas a lege propositas, sed bona ob contumaciam publicata haud recuperarent, *l. 1. l. annus 4. §. tot. tit. ff. de requirendis reis vel absent. damnandis, l. quicumque 2. C. cod. tit.* denique nec quicquam facit, quod in *l. consiliarios 3. C. de assessoribus*, fugientes videantur pro confessis habendi. Etenim ibi quoque fuga seu profectio praeiudicata crimen constituit in personis illis, de quibus ibi sermo est; quatenus iudices civiles & militares post administrationem depositam quinquaginta dies in civitatibus vel certis locis, ubi administrantur, remanere debent; alioquin graviter, etiam tanquam rei maiestatis laese puniendi, *l. unic. C. ut omnes iudic. tam civ. quam milit. poss. administr.* inter quas poenas & illa in *d. l. 3.* proponitur, quod iudex qui accusatus consiliarios & domesticos suos (ex quibus veritatis inquisitio fieri poterat) subtraxit, seu curavit abesse, pro confesso habeatur, ac ut talis condemnari debeat. Plura de fuga, & inde nata praesumptione vel graviore vel leviori, inde apud Menochium *de praesumpt. l. 1. qu. 89. n. 36. §. seqq. Mascardum de probationib. concl. 820. 821. 822. 823.* ad verbum fuga. Jacob. Coren *consil.*

6. Longe minus plene vel semiplene fidem faciunt probationes illae, quae *canonicis* probationibus seu purgationibus in iure Canonico oppositae, *vulgares* dictae sunt: certum quippe nullum in iure naturae aut ratione fundamentum habentes, sed vulgi opinioni erroneae ac corruptela infectae, seculis mediis barbarie laborantibus invaluerunt; veluti, quae per flammam, ferrum candens, aquam frigidam aut ferventem, sacram hostiam, duellum, & similia fiebant: quarum-

quae descriptiones & exempla videri possunt apud Rittershusium in *partitionib. feudaliibus l. 2. cap. 10. n. 27. §. multis seqq.* Petrum Gregorium Tholosanum in *synagm. juris civilis libr. 48. c. 15. §. 16.* Guidonem Papae *decis. 597. §. seqq.*

7. Quamvis porro fidem faciat assertio vulnerati vulnerantem excusantis aut culpantis, dicitur in *tit. de Senatoribus. Silan. §. Claudiano.* Quo usque probent inscriptiones & tituli & signa rebus imposita, vide apud Dominum Ant. Matthaeum *de probationibus c. 2. num. 40. §. seqq.* Quid operetur unus testis depositus, ex parte iam traditum in *tit. de iurejurando n. 25.* ac ulterius in *tit. de testibus* explicandum erit. Quae confessionis extrajudicialis sit auctoritas ad probandum, videri licet in *tit. de confessis.* Longum esset singulas enarrare probationum minus plenarum species; maxime si consideres, etiam omnes illas, quae in se speciatim efficaces essent ad plenam iudici fidem faciendam, ex innumeris prope circumstantiis, ac tentatis in contrarium probationibus debilitari, & ita minus plenas fieri.

8. Versantur probationes circa facta, & ea quidem dubia, non certa aut notoria vulgo dicta, arg. *l. 1. in fine ff. de off. emi, l. 1. §. fariosum 12. ff. de oblig. & act.* (de quibus notoriis fuse egit Antonius de Butrio *tratt. de notorio*, qui est in *trattatu tractatum tom. 4. pag. 50.* Mascardus *de probat. conclus. 1107. 1108. 1109. n. 10. 1111.* ad verbum *notorium.* Menochius *de arbitrar. jud. libr. 2. causa 166. & de praesumption. libr. 1. quart. 67.*) idque vel praecise, die & consule designato, vel etiam aliquando *arbitra*, puta, cum quaeritur, utrum operis alicujus facti memoria existat, nec ne, *l. in summa 2. §. idem Labeo 8. ff. de aqua & aquae plu. arcenda, l. si arbitri 25. ff. b. tit. de ejus emendatione* Rarardus *variorum l. 1. cap. 14.* Factorum scilicet fides facienda est iudici, quoniam sola facti questio in iudicantis potestate est, non item juris auctoritas, *l. ordine decurionum 15. in fine pr. ff. ad municipalem, l. 1. §. quorum 4. in fine ff. de senatoribus.* Turpill. Atque hinc nec jura probanda; quippe quae publice constituta certa apparent, iudicique aut nota sunt, aut esse debent, adeo ut officium ejus sit supplere ea, quae in iuris allegationibus advocatis partium deesse videt, secundum ea, quae *tit. de iudiciis n. 49.* dicta sunt. Si tamen circa jus versetur facti questio, id quod facti est probatione indiget, veluti si quis legem neget promulgatam esse, ac ob id non ligare contendat, ut expositum *tit. de legibus n. 10.* vel si consuetudo allegetur, quam adversarius usu introductam inficiatur, *l. cum de consuetudine 34. ff. de legibus, vel si personali privilegio quis nitatur*, ac pars adversa excipiat, illud nunquam fuisse impetratum: vel denique quis dicat, adversarium suum ab aliquo jure prohiberi esse specialiter lege aut constitutione, *l. ab ea part. 5. ff. b. t. dum, verbi gratia, quis advocato partis objicit, eum de jure non posse postulare; vel accusatori, eum non posse accusare, quia tali laborat defectu, propter quem editio pratoris, aut lege, postulandi vel accusandi facultas ei negata est: juxta l. qui accusare 8. §. seqq. ff. de accusatione & l. 1. ff. de postulando, l. si qui 5. C. cod. tit. Vinnius *select. quart. lib. 2. cap. 11.**

9. Probat autem primo loco actor suam intentionem; nisi illi in confesso sit, dein reus exceptionem;

eum excipiendo actor fiat, *l. si quidem* 9. *C. de exception. l. possessiones* 2. *l. exceptionem* 19. *l. actor* 23. *C. b. t. l. verius* 21. *ff. b. t. §. non solum* 4. *in fine. Instit. de legatis*. Actore non probante, reus absolvendus est, licet nihil ipse præstet; nec actor profitendo, se probare non posse quod asseverat, reum necessitate monstrandi contrarium adstringit, *l. qui accusare* 4. *C. de edendo, d. l. 2. & l. 23. C. b. t. d. l. 9. C. de exception.* nisi graviores contra reum militantes præsumptiones; quippe quæ in reum rejicerent protinus probandi onus. Qua ratione, quia quisque bonus præsumitur, heres inofficiosi testamenti querela pulsatus docere debet, veram esse causam exheredationis testamento insertam, ac agenti impactam, *novell. 113. cap. aliud quoque* 3. *in pr.* Conventus indebiti conditione a muliere, minore, milite, & similibus, soluta sibi reddere compellitur velut indebita, si non ipse debita probet. Idemque est, si primo ipsam inficiatus sit solutionem, & mendacii convictus, *l. cum de indebito* 25. *& §. 1. ff. b. t.* Subsidiaria quoque actione adversus magistratus mota per pupillos ex administratione tutelæ laesos, ab ipsis magistratibus vocatis probatio exigitur, idoneos fuisse dationis tempore tum datos tutores tum fidejussores admissos, *l. 1. §. probatio* 13. *ff. de magistrat. conveniendis*. Voluntatis mutata probationem ei incumbere, qui convenitur, Papinianus auctor est, *l. cum ratiom* 3. *ff. b. t.* Et, cum legatarius duas protulisset scripturas legata sibi relicta continentes, heredi reo injunctum, ut probet, defunctum non duplicare, sed tantum repetere legatum voluisse, ac posteriorem scripturam inanem esse, *l. quingenta* 12. *b. t.* Sciendum tamen illis in casibus, quibus actori secundum jus commune prius onus probandi incumbit, dein reo, posse nihilominus reum, ad finem litis festinantem, & causæ suæ meritis fidenter, suas producere probationes, antequam ulla per actorem productio facta fuerit, dum suo quisque juri valide renunciât, ac reo etiam permissum est, ultro in se suscipere probationem, *l. circa eum* 14. *in med. ff. b. t.* Damhouderus *præci civilis* c. 160.

10. Probat & qui asserit, non qui negat, eo quod per rerum naturam factum negantis probatio nulla est, *l. actor* 23. *C. b. t. l. asseveratio* 10. *C. de non numerata pecun. lib. 2. l. quoties* 18. *§. ult. ff. b. t.* si modo negatio facti, & negatio simplex sit, nullis circumstantiis loci aut temporis munita: nam si vel juris negatio fiat, vel facti negatio qualitatibus loci atque temporis vestita sit, ipsi negotii probatio per leges imposita est; cum hujusmodi inficiationes in se involvant affirmationem quandam, ex cujus probatione per argumentum artificiale educitur veritas negationis, unde & talem negationem a pragmaticis dici *negativam pragmaticam*, monet Merula *Præxi* l. 4. *tit. 69. num. 6*. Qua ratione ei, quem promissis stipulanti scriptum est in instrumento, quique promissionem a se factam negat, quia eo tempore præsens non fuit; hujus absentis probatio injuncta est; eo quod docendo, se alibi fuisse (quod affirmationem non vero negationem continet) docet aperte, se altero in loco, in quo promissio facta dicitur, præsentem haud fuisse, nec stipulanti promississe, *l. optimam* 14. *C. de contrab. et commiss. stipulat. §. item verborum* 12. *instit. de inutilib. stipulat.* Similiter incompetem mentis non fuisse eum, qui codicillos for-

te condiderat, probare tenetur, qui eo fundamento detrahet reliquorum solutionem; cum probatis furoris actibus, eo tempore exercitis, quo codicilli feruntur conditi, sponte fluat, quod probandum erat, *l. ne codicillos* 5. *C. de codicillis*. Sed &, si qui Titium, qui pro Mavii filio habebatur, filium Mavii esse neget, negationis suæ fidem facere debet, probata scilicet partus suppositione, aliove quo facto, quod ipsum affirmationem habens, efficit, ut pateat, negationi veritatem adesse, *l. quidam, quasi* 15. *in fine ff. b. t. l. non nudis* 14. *C. b. t.* Et si filius in potestate patris se esse neget, ab eo probationem iudex recte exegerit, quia se quodammodo liberum, seu a patria potestate liberatum, contendit, atque ita negando affirmat, *l. si filius* 8. *ff. b. t.* Is quoque, qui quid de se confessus fuit, (veluti, hominem a se occisum esse) si deinde neget ea, quæ confessione complexus est, subire debet probandi necessitatem; si confessionem suam sibi nolit damnosam esse, *l. inde Neratius* 23. *§. ult. l. 24. ff. ad leg. aquil.* Idemque de innumeris prope aliis, in jure sparsim occurrentibus, dicendum est. Confer de negatione probanda Franciscum Herculanum & Martinum de Fano, *in tractatibus de negativa probanda*, in tractatu tractatum *tom. 4. fol. 12. et seqq.* Meyerum *Collegio Argentorat. ad Pand. b. t. n. 7. Vinnium select. quart. lib. 2. cap. 12.* Parentem p. mem. Paulum Voet *in prima Philosophia cap. 7. sect. 2. n. 14. & seqq. & ad §. 12. Instit. de inutil. stipulat. n. 4.*

11. Probat denique is, qui non possidet; utpote quo deficiente in probatione, possessor vincit ac absolvendus est: eoque nititur fundamento prudens Gajoni monitum, cum ait, eum, qui destinavit rem petere, animadvertere debere, an aliquo interdicto possit nunciari possessionem, quia longe commodius est, ipsam possidere, & adversarium ad onera petitoris compellere, quam alio possidente petere, *l. is, qui destinavit* 24. *ff. de rei vindic. l. ult. C. cod. l.*

12. Facienda probatio intra tempus a iudice vel lege, certas ad probationem faciendam dilationes variis in casibus indulgentes constitutum, *l. 1. C. de dilationib. l. quinquaginta* 58. *ff. de excurat. ius. adeo* ut hæc tempora continua esse, atque ipsis etiam feriatis diebus currere velint arg. *l. siue pars* 3. *C. de dilationibus*, ac peremptoria esse. Christinus *ad Leg. Mechl. t. 1. art. 28. in additam. num. 2.* licet aliquando ex justa causa allam concedi dilationem cautum sit, *Instruct. Curiz supr. art. 183. & seqq.* Curiz *Hollandicæ art. 59. & 147.* Curiz *Brabant. art. 452. vol. 2. placit. Holl. pag. 909.* Et quidem regulariter probandum post litem contestatam, ante conclusionem in causa, *auth. at qui C. b. t.* Ante litem contestatam præmatura ac sepe superflua probatio est; cum sciri nequeat, quid reus confessurus, quid negaturus sit, ac sola negata, non item ea quæ in confesso sunt, probatione indigeant. Quæ adeo vera, ut pragmatici velint, nihil agi per instrumentorum productionem, quæ litem contestatam antecessit, nisi post litem contestatam repetatur. Mynsingerus *cons. 2. observ. 53.* Carpzovius *doctr. forens. par. 1. consil. 17. defin. 9.* Si tamen ante litem contestatam metus iustus subsit, ne forte testes moriantur, jam senes vel agrotantes, aut ne longe absint peregrinatione in plures annos continuanda, indeque non jus tandem, sed probatio deficiat, etiam ante litem

contestatam solemnem testium audiri depositionem, ac in perpetuum rei memoriam asservari obsignatam, & suo tempore una cum reliquis probationibus publicandam, moris est. Itaque, ut citandus videatur futurus adversarius, quo testium productioni adsit, & si consultum putet, eosdem vicissim pro se interrogari petat. Quibus observatis, perinde id habendum erit, ac si post litem contestatam examen peractum esset; nisi post litem contestatam testes etiamnum in vivis essent, quo casu rursus producendi forent, depositiones suas confirmaturi, *cap. quoniam frequenter 5. extra, ut litem non contestata non procedatur ad test. receptionem. Ampliatie van d'instructie van den Hove van Holland. 21. Dec. 1597. art. 19. vol. 2. placit. Holl. pag. 771. Instructie van den Hove van Vlaanderen art. 522. d. vol. 2. pag. 2747. Neostadius Curia supr. decr. 60. Damnouderus praxi civili cap. 162. And. Gayl lib. 1. observ. 92. 93. 94. Joh. Andr. Dornspurger. syntagm. juris de probation. lib. 1. c. 17. Rutgeus Rulant de commissariis & commission. p. 2. lib. 1. c. 1. & mult. seqq. Wassenaar pract. judic. c. 1. n. 168. 167. 168. Responsa Jurisc. Holl. par. 2. consil. 33. Sed & ante litem contestatam probandas esse declinatorias fori exceptiones, & quæ dicuntur *litis finis*, impediens ingressum liti, alibi traditum.*

15. Ex adverso post conclusionem in causa ulterior probationum productio seu adhibitio improbatæ est, ob metum subornationis, *ausb. jubemus C. de judicij. Instructio Curie Holl. art. 81. si modo ex utroque latere in causa conclusum & ita ulteriori productioni renunciatum fuerit: nam si ex uno tantum latere in causa conclusum sit, etiam huic ipsi, qui in causa jam conclusit, adhuc in Hollandia probationes facere permissum est, eo quod tunc nondum didicit adversarii productiones. Neostadius Curia Holl. decr. 42. Post conclusionem tamen in causa ipsum produci authenticum instrumentum, cujus solum exemplum antea productum fuerat, nihil impedit; cum illa nova probatio dici nequeat, maxime si notabilis negligentia productis incursari non possit, *Rittershusius ad novellas lib. 9. cap. 24. nump. 22. Vide Carpzovium defn. for. par. 1. constit. 17. defn. 11. Sed & post conclusionem in causa ac probationum publicationem novas probationes, precipue noviter repertas, producendi licentiam frequenter impetrari, petita ad id in integrum restitutione, in praxi receptum est. Confer Instr. Curie supræ art. 191. & seqq. Ultræjectinæ t. 14. van requeste civile, art. 2. & seqq. Flandricæ art. 310. & seqq. vol. 2. placit. Holl. p. 2745. Wassenaar pract. judic. cap. 2. num. 1. & multis seqq. Quin imo, si lis apud delegatos Ordinum Hollandiæ (*Gecommitteerde Raden*) agitur, etiam sine restitutionis impetratione nova documenta produci, postquam jam utrimque documenta communicata sunt, cautam est. *Reglement van de Rolle van de Gecommitteerde Raden 22. Januarii 1660. art. 23. vol. 2. placit. Holl. pag. 1125. Similiter & ipsos iudices, examinatis reprostationibus probationum atque salvationibus, decernere posse ulteriorem inquisitionem in facta salvationibus aut reprostationibus comprehensa, si putent, inde dependere, ut hoc vel illo modo sententia feratur, constat ex Instructio Curie Hollandicæ art. 143. Quæ & alia similia apertius & perfectius a quotidiano iudiciorum***

usu petenda, ac agendo discenda sunt. Etenim in modo, forma, ac ratione probandi observanda consuetudo loci, in quo litigantur, & ubi probationes producuntur, *l. tertium fides 3. §. ult. ff. de iuribus.*

14. Altera tituli parte de presumptionibus agitur, quæ sunt conjecturæ ex signo verisimili ad probandum assumptæ; vel opiniones de re incerta, necdum penitus probata. Harum triplicem speciem DD. constituunt, aliam nempe hominis, aliam juris, aliam juris & de jure. Presumptio hominis est, cum ex ipsius negotii probabilibus qualitatibus ac circumstantiis aliquid inducitur, & fidem quandam invenit, aliquando majorem, aliquando minorem, donec contrarium probatum aut gravioribus presumptionibus inductum fuerit. Quæ ratione nemo negaverit, graviorem contra Titium presumptionem militare, si ipse inimicus Mævii existens condici tempore visus sit gladio cruentato, monte turbata, torvo vultu, egredi ex conaculo, in quo Mævius occisus est, nec tamen ideo plena ex hoc solo atque perfecta probatio surgit. Et quamvis dubium non sit, quin apud viros graves et honestos suspicio quadam nascatur, tutelam fraudulenter gestam et rationes pupillares distractas fuisse a tutore, cum nec ipse nec uxor ejus quicquam ante administrationem habuissent, et derепente tempore administrata tutelæ opulentus evasisset, non tamen hoc sufficiens ad probandum indicium est, sed aliis id argumentis comprobari oportet; eo quod pauperibus augmentum patrimonii labore et industria multisque casibus aliis acquiri potest, et in dubio bonus unusquisque credi debet, donec aliud probatum fuerit, *l. si defunctus 10. C. arbitrium tutela, l. 51. ff. pro socio. Dependens ergo potissimum ab arbitrio iudicis hæc presumptiones hominis, quantam nempe iis vim, quantamque fidem, secundum animi sui religionem, tribuat. Menochius de presumption. lib. 1. quart. 44. n. 8. 9.*

15. Juris presumptio dicitur, quæ ex legibus introducta est, ac pro veritate habetur, donec probatione aut presumptione contraria fortiore enervata fuerit. Cumque ex ipso jure descendat, in potestate vero iudicis facti quidem questio sit, non juris auctoritas, consequens est, eam ab arbitrio iudicis haud dependere, arg. *l. ordine 15. in fin. pr. ff. ad municipalem, l. 1. §. quorum 4. ff. ad senatus. Turpill. Menochius de presum. d. lib. 1. quart. 44. num. 3. & seqq. Hæc exempla prope infinita per universum jus dispersa, singulis in materiis fere adnotata sunt; veluti, neminem velle suum jactare, *l. cum de indebita 25. ff. b. t. Ademptum legatum, quod testator ex libera voluntate alienavit, l. rem legatam 18. ff. de admin. vel transferend. legatis, aut si capitales inter testatorem et legatarium inimicitie exarserint, l. si quis ita 3. §. ult. ff. eod. tit. Pignore per creditorem legato ei, qui id obligaverit, remissum esse pignoris jus, *l. 1. §. 1. ff. de liberatione legata. Negotium unumquodque, quod gestum est, rite atque ordine, solemnitatibus tam internis tum externis adhibitis gestum esse, §. si scriptum 17. Instit. de inutil. stipulat. §. ult. Instit. de fidejussoribus, l. sciendum est, 30. l. Titia que 134. §. pen. ff. de verb. oblig. l. 1. C. de contrab. & commiss. stipulat. l. si scriptum 11. C. b. t. Ant. Mattheus de auct. lib. 1. cap. 16. num. 19. Quæ pauca hic attigisse suffecerit, longam enim presumptionum seriem habent, qui de his scripserunt, Guido Papa de præsunt. in tractatu tractatum tom. 4. fol. 400. Menochius de***



*presumption.* Alciatus de *presumpt.* Dornspengerus in *synagmate juris de probatione. lib. 1. cap. 38. & 39.* De cetero presumptionem leviozem a graviore pelli, ex variis facti speciebus constat. Ita, licet nemo presumatur velle jactare suum, *d. l. 25. ff. b. t.* tamen si sciens indebitum solverit, donasse presumitur, *l. cujus per errorem 53. ff. de reg. juris.* Presumitur quisque solvisse quod erat debitum, ac indebitum a se solum asserens probare debet. Sed si accipiens primo numerationem ipsam inficiatus ac mendacii convictus fuerit, indebitum accepisse creditur, uti & mulierem, militem, minorem, ac similes indebitum solvisse presumtio est, ubi intentant indebiti conditionem *dirr. l. 25. pr. & §. 1. ff. hoc t. Patrem, quæ filio studiorum causa peregre agenti subministravit, non credendi animo sed pietate debita ductum misisse, si non aliud probetur, Ulpianus auctor est l. quæ pater 50. ff. familia ercisc.* si tamen bona materna filius habeat, credendi ac deducendi opinione in studia aut honorem filii a patre erogatum fuisse, judex arbitrabitur, *l. ult. ff. de petiti. hered.*

16. Presumptionem juris & de jure appellant interpretes, quoties jus præsumat aliquid, ac super præsunto disponit, nec admittit in contrarium probationem, veluti puellam minorem annis duodecim necdum viri-potentem esse; ideoque nullas cum ea posse nuptias contrahi, licet in domum mariti deducta, jam loco nuptæ esse cœperit, *l. quantum est 9. ff. de spons. arg. l. si sponsa 74. ff. de jure dot. l. nec ullam 13. §. omnibus 1. ff. de petiti. hered.* Minores viginti quinque annis, qui curatores acceperunt, impares esse rebus suis administrandis, licet res bene gerant, & ob id ad eam usque ætatem curatorum auxilio debere regi, *l. 1. §. ult. ff. de minor. 25. annis.* Eum, qui cum aliena uxore loqui deprehenditur in domo mariti, vel uxoris, vel in popinis, vel in suburbano, cum ei jam ter a marito in scriptis sub presentia trium testium fide dignorum denunciatum esset, ut abstineret, adulterum esse: ac propterea impune a marito occidi *autb. si quis ei C. ad leg. Jul. de adulteriis.* Donare voluisse eum, qui sciens prudens indebitum solvit, ideoque denegandam ei indebiti conditionem, *l. cujus per errorem 53. ff. de reg. juris, l. quod quis sciens 50. ff. de condiç. indeb.* Falsi crimen commississe, qui sibi fuisse in testamento alieno quid adscripsit, ideoque & relictis carere debere, & ex publico legis Cornelie de falsis judicio damnari, *l. Divus Claudius 15. ff. ad leg. Cornel. de falsis.*

17. Licet autem præsumptiones aut plurimum ex eo, quod frequenter accidit, & fieri ordinarium est, desumi soleant, quandoque tamen ea etiam, quæ rarius eveniunt, lex præsumat, usque adeo, ut & super præsunto tali disponat. Tergminos uno partu edi rarius est, frequentius singulos; & tamen in casu, quo pater uxore prægnante & filiis jam natis relictis moritur, præsuntum fuit tergeminos nascituros, & ob id definitum, ita interim, donec vidua pepererit, defuncti parentis hereditatem liberis jam natis assignari, ut res partes utero reserventur, quasi tergeminis nascituris, *l. antiqui 3. l. 4. ff. si pars hered. pet.* Ad centum annos vivere homines, prout nunc hominum corpora tellus producit, insolitum esse, certum est; si tamen municipio, corpori, vel collegio ususfructus constitutus fuerit, centum annis tuendos esse municipales placuit, quia is finis vitæ longæ homi-

nis est, *l. an. usufr. 50. ff. de usufr. & quemad. quis us.*

18. Ceterum ex præsumptionibus juris & de jure ferri posse sententiam, vix ambigi potest, cum ea ratione secundum leges, aliquid præsumentes, ac super præsunto disponentes, judicetur. Sed & ex solis juris præsumptionibus, probatione contraria aut præsuntione fortiore non enervatis, sententiam absolutoriam ferri posse, tum in civilibus tum in criminalibus, dubium esse nequit, si consideres, actore non probante eos regulariter absolvendos esse, licet ipsi nihil præstent, dum pro his rem possidentibus præsuntio militat in actionibus in rem; & nemo se vel res suas obligasse creditur; nemo delicti vel criminis intuitu nocens, sed magis bonus præsuntitur; quo fit, ut ab actione in personam aut accusatione absolvendus sit, qui nec debitor nec nocens per adversarium probatur, secundum vulgata jura. In causis quoque civilibus ex juris præsuntione condemnationem sequi posse expeditum puto: nam si quis indebiti conditione conventus, ipsam pecuniæ solutionem per mendacium inficiatus sit, ita indebitum ei solum præsuntitur, ut, nisi ipse debitum probet, ad soluti restitutionem compellendus sit, *l. cum de indebitio 25. ff. b. t.* idemque est, si a muliere, vel milite, vel minore, indebiti conditio intentetur, *d. l. 25. §. 1. ff. b. t.* Conventi actione subsidiaria magistratus in id, quod pupillus a tutore ac fidejussore ejus servare non potuit, condemnationi subiacent ex eo, quod jus præsumat, eos vel non idoneos dedisse tutores, vel fidejussores minus idoneos admisisse, si non ipsi contrarium docuerint, *l. 1. §. magistratus 11. 12. & 13. ff. de magistratibus conveniendi.* Simileque jus est in ceteris casibus, in quibus leges contra reum præsumptiones induxerunt. Vide *l. fideicommissa 11. §. si rem suam 12. & 13. ff. de legat. 3. l. 9. §. 2. l. 16. l. 17. l. 18. l. 22. l. 23. ff. de reb. dubiis, l. cum hic status 32. §. si ambo 14. ff. de donat. inter vir. & uxor.* Præterquam quod & pragmaticis est traditum, ex pluribus præsumptionibus simul junctis etiam sæpe plenam posse induci probationem; de quo vide Menochium de *presumpt. lib. 1. qu. 40. & 41. Mynsingerum cent. 2. observ. 100. Berlichium conclus. præd. par. 1. conclus. 36. n. 156 & seqq.* Causas criminales quod attinet, licet ibi regulariter requiri videantur probationes luce meridiana clariores, nec ex suspicionibus solis pœnæ infligendæ sint, satiusque tunc existimatum fuerit, impunitum dimitti facinus nocentis, quam innocentem condemnari, *l. absentem 5. ff. de penis;* tamen & ex præsumptionibus urgentissimis reum damnari posse, innuit *l. ult. C. b. t.* in qua dum ab Imperatoribus rescriptum est, accusatores eam rem deferre in publicam notionem debere, quæ munita sit idoneis testibus, vel instructa apertissimis documentis, vel indicis indubitis & luce clarioribus, per indicia indubitata, a testibus & a documentis idest instrumentis distincta, non aliud intelligi posse videtur quam gravissimæ præsumptiones ex criminis ipsius qualitatibus, atque circumstantiis surgentes. Atque ita in *l. si quis adulteriis 34. C. ad leg. Jul. de adulteriis,* proponuntur indicia manifesta, ex quibus facinus velut convictum confessumque puniri jubetur. Quibus similia sunt, quæ traduntur in *aut. si quis ei C. ad leg. Jul. de adulteriis.* Incestus pœnas iis imponendas esse qui clam incestuosas nuptias con-

traxerint, quia præsunt jus eos scientes incestu se polluisse, Paulus docet *l. ult. in fine ff. de ritu nupiar.* Ex lege Cornelia dum is solus punitur, qui dolo occidit, necesse est, ut admittamus, ex præsumptionibus damnationem sequi; cum dolo, in mente residens, non nisi ex ipsius facti qualitatibus colligi, atque ita ex præsumptione doceri possit, *l. 1. §. Divus 3. ff. ad leg. Cornel. de sicariis, junct. l. dolo emisoris 10. C. de rescind. vendit. l. fraudis interpretatio 79. ff. de reg. juris. Sande decit. Fris. lib. 5. s. 9. defin. 14. ibique plures citat.*

19. Præsuntio affinis est fictio juris; commentum scilicet ad conciliandam æquitatem cum ratione & subtilitate juris. Quæ tamen juris fictiones in eo distant a præsumptionibus, quod præsumptiones ea contineant, quæ probabilem habent veritatem, fictiones vero manifestam supponant ac agnoscant falsitatem, licet de cetero tantum soleant operari in casu fictio, quantum veritas in casu vero, uti id latius traditum est, *de reb. creditis num. 4. 5. 6. Confer de juris fictionibus D. Noodt probabilitum lib. 3. cap. ult. Anton. Dadinum Alteserram, in libello de juris fictionibus.*

20. Fictio non absimilis simulatio est, nisi quod fictiones juris sunt, & effectum in jure sortiuntur; at simulationes hominum magis, & effectum carere debent, ubi deteguntur, dum plus valere debet quod agitur, quam quod simulate concipitur, *tit. C. plus valeat quod agitur &c. l. x. quibus autem circumstantiis contractus præsumi possit simulatus, prolixius excussit Lambertus Goris Adversarius tract. 3. cap. 14. n. 1. & seqq. usque ad n. 15.*

#### TITULUS IV.

#### De Fide instrumentorum & Amissione eorum.

##### SUMMARIA.

1. Quid sint instrumenta? An & in criminalibus possint fidem facere?
2. Quid sint instrumenta publica, quæ auctoritate publicæ conficiuntur? Acta publica non sunt ex locis, ubi observari solent, transferenda.
3. De instrumentis publicis a tabellione confectis, Quæ eorum requisita ex jure Romano? Quæ ex moribus hodiernis? De protocollo per tabellionem habendo. An propria tabellionis manu scribi debeat? An instrumentum sit nullum si tabellio protocollum facere neglexerit? Debet tabellio aut testis novisse eos, qui contrahunt aut testantur. Si ob neglectas a tabellione solemnitates instrumentum sit nullum, tabellio laesæ tenetur ad id quod interest.
4. Tabellio debet esse legitime creatus & admittus. Quid si scribat extra locum, in quo admittus? Quid si putativus tantum? An instrumentum legitime a tabellione factum ubique fidem faciat? An & in locis, ubi tabellionum usus non est?
5. Quibus in casibus tabellio non majorem fidem faciat quam alius privatus? Quid si gestis præsens non fuerit? Quæ fides ejus, quatenus de sana mente testatoris & similibus testatur? An sibi aut suis adscribere, aut alios obligare possit? An pater tabellio filii testamentum excipere, & vice versa?
6. De instrumentis quasi publicis trium tertium sub-

scriptione munitis, aut confectis per actuarios, consulum nationis Belgica negotiantis in locis peregrinis, de libro auctionarii publici; de actis collegiorum, civitatum, ecclesiarum.

7. Regulariter exemplo instrumenti publici non creditur. Quando tamen credatur? Quid si protocollum perierit, sed extet exemplum ab eodem tabellione cum authentico collatum & subscriptum?
8. An contra tertium vel pro tertio probet instrumentum publicum? An non saltem in antiquis? An probet, quatenus habet relationem alterius instrumenti? Quo modo firmetur fides instrumenti publici, quod ex longinquis regionibus adducitur?
9. Instrumenta guaranteeata apud nos non obviunt.
10. Quid sit instrumentum privatum? Ubi & de apocribis, & antapocribis, ac barum usu.
11. Privatum contra scribentem plene probat, si agnitum. Si quis neget se scripsisse, & mendacii convincatur, quo modo puniatur? An ex sola litterarum collatione possit mendacii convinci? An instrumentum privatum, si scriptum quidem sit ab aliquo, sed non subscriptum, probet contra eum?
12. Contra tertium vel pro tertio non probat instrumentum privatum: nec pro scribente. An, & quando, & in quibus libri mercatorum & ephe-merides eorum probent? An probent pro tertio? Et quid, si unus ex mercatoribus sociis rationes nomine omnium scripserit?
13. Quam fidem mereantur libri advocatorum & procuratorum de salariis sibi debitis? Quid in libris publicanorum? In rationibus sociorum? In notariis lignis diffisis, vulgo Kerf Stoken?
14. Quomodo evertatur fides instrumentorum? Quid si is, qui obligatus dicitur, probet se tunc alibi fuisse? Quid si testes adhibiti in instrumento omnes jurato deponant, aliter negotium gestum fuisse? Quid si omnes negent, se præsentes fuisse? Quid si instrumentum singulare contineat? Quid si scriptura diversa sibi contraria ab una parte producantur?
15. Quid, si ab actore & reo producantur instrumenta sibi invicem directio contraria? Quid, si ex pluribus testibus pauciores instrumento contradicant, aut sigillum suum non agnoscant? Quid si instrumentum sit cancellatum, deletum, aut margini ejus quid adscriptum?
16. Quid, si ipse tabellio fateatur, se falsa in instrumento scripsisse? An uno instrumentum tabellionis falso pronunciato, etiam reliqua ab eo scripta pro falsis habenda? si pars una instrumenti falsa probetur, an & altera falsa censeri debeat?
17. An instrumentum invalidum, si non contineat causam debiti?
18. An quis possit instrumentum, quod pro se produxit, reprobare, si & adversarius eo uti velit? & an quis instrumentum a se productum possit liti eximere invito adversario? An liber rationem etiam contra producentem possit fidem facere?
19. An amissio instrumenti noceat, si aliter res gesta probari possit? Et quid, si instrumentum ex conventionem vel statuto sit necessarium?
20. Ubi protocolla tabellionum post eorum obitum sint observanda?
21. An semper prosit, jurejurando asserere, se nec possidere nec dolo desisse possidere instrumentum,

de cujus exhibitione convenitur, quous ipse fuis-  
set usus?

22. An, si de dubio constet, debitor solutionem de-  
negare possit sub eo pretextu, quod chirographum  
amissum ei reddi nequit?
23. An creditor debitorem cogere possit, ut loco amissi  
chirographi aliud det, ubi de debito constat?

1. Quamvis instrumentorum appellatione subin-  
de etiam testes, seu personæ iudicem in-  
struentes, contineantur, l. notationem 99. §.  
ult. ff. de verbor. signif. tamen hoc in titulo instru-  
mentum est scriptura ad rerum gestarum fidem com-  
probendam assumpta, l. in re 4. ff. b. s. l. contrahit-  
ur 4. ff. de pignor. & hyp. non in civilibus tantum,  
sed & in criminalibus negotiis fidem faciens, arg. i.  
in exercendis 15. C. b. s. l. ult. C. de probation. l. ubi  
falsi 22. C. ad leg. Cornel. de falsis. Nam quod Ha-  
drianus Imperator rescripsit, testibus se non testimo-  
niis crediturum, l. testium fides 3. §. idem d. rous 3.  
ff. de testibus, non eo pertinet, ut per instrumentum  
idem criminis fieri vetuerit; sed tantum, quod ipsos  
testes præsentibus censuerit super crimine interrogan-  
dos esse, ut ex vacillatione vel constantia in respon-  
dendo diiudicaretur, quo usque eorum depositioni cre-  
di oporteat. Unde & in reg. §. 4. d. l. idem Impera-  
tor ait, aliam esse auctoritatem præsentium testium,  
aliam testimoniorum, quæ recitari solent.

2. Sunt autem instrumenta quasi in subsidium in-  
troducenda; cum sine iis de veritate rei gestæ post lon-  
ga tempora vix quicquam certi possit cuiquam constare,  
dum labilis est hominum memoriæ, vita bre-  
vis, & obnoxia fallacis humana negotia. Horum vero  
instrumentorum alia publica, alia privata sunt.  
Publica dicuntur, primo quidem, quæ auctoritate pub-  
lica conficiuntur, veluti tabulæ censuales & alia a-  
liæ publica, sparsim in iure occurrentia, ac multis in  
negotiis adhibenda, l. census 10. ff. de probation. §.  
alia 2. Inst. de donation. l. donatio 25. l. data 27.  
l. in hac 20. l. 31. C. de donation. i. publicati 2. l. tes-  
tamenta 18. C. de testamentis, l. testamenti tabulas 2.  
C. quemadmod. testam. aper. inspic. & describ. quæ  
ne corruptantur, aut intervertantur aut amittantur,  
in eodem loco jubentur perpetuo asservari, prohibita  
omni eorum translatione, d. l. 18. C. de testamentis,  
sicut etiam apud nos nunc vetitum decreto Curiz  
Holl. 11. Sept. 1589. vol. 2. placit. Holl. pag. 1415.  
ne quis ex Graphæo curiz libros domum ferat.

3. Sed & secundo publica instrumenta sunt, quæ  
formâ solemnâ a persona publica, puta tabellione,  
conscribuntur, l. contractus 17. C. b. s. l. ult. C. de  
iure deliberandi princ. inst. de emc. vendit. quorum  
requisitâ erant ex iure Romano, ut scriberentur a  
tabellione in charta signatâ, nov. 44. cap. 1. & 2.  
& exprimeretur in iis nomen Imperatoris & annus  
imperii, præterea consul, indictio, mensis, dies,  
nov. 47. cap. 1. §. 1. atque insuper locus, in quo con-  
ficiuntur, utpote qui maxime ad fidem eorum firman-  
dam, falsitatemque detegendam, conferre potest, arg.  
l. optimam 14. C. de contrab. & commun. stipulat.  
§. item verborum 12. Inst. de inutil. stipulat. Ne-  
que hoc, quod de loco dictum, mutatum est per d.  
nov. 47. cap. 1. §. 1. tum quia Imperator disertis ca-  
vet verbis, se prius nihil auferre, seu nihil anti-  
quo iuri derogare; tum quia nominatim civitatis an-

num inseri iubet, quod necessario involvit loci seu  
civitatis expressionem. Nostris autem moribus præ-  
primis necesse est, ut tabellio omnia instrumenta a  
se tanquam tabellione confecta referat in memoria-  
lem scripturam, (quæ protocollo dici solet) habenti-  
a subscriptionem contrahentium aut testantium, &  
testium, atque ipsius quoque tabellionis; indeque de-  
inceps exempla verbotenus transcribat, suaque confir-  
met subscriptione, significante, exemplum cum exem-  
plari seu protocollo collatum convenire. Quam memo-  
rialem scripturam si tabellio non confecerit, ut ad  
eam velut ad instrumentum principale recurri possit,  
munere privandus aliaque pœna arbitraria coercendus  
est. Edicto Caroli V. 4. Octobris. 1540. art. 13. vol. 1.  
placit. Holl. pag. 38. ut tamen ob id non videatur  
ipsum instrumentum dicendum nullum, ne aliquin  
in tabellionis, pretio vel alio modo corrupti, pote-  
state foret, interverso aut suppresso protocollo, actus  
omnes eorum, qui apud ipsam egerunt aut contra-  
xerunt, inutiles efficere. Radelantius Curia Ultraject.  
decis. 125. num. 2. Marta in digestis, juris novissimi  
Tom. 3. tit. instrumentum cap. 49. Groenewegen ad  
Grotii manu. d. jurispr. Holl. lib. 2. cap. 12.  
n. 22. lit. B in postrema editione. Et quamvis con-  
sultius sit, totam primam memorialem scripturam  
manu tabellionis ipsius scribi, tamen, si alio scribente  
ipse dein subscripserit, atque ita confirmaverit in-  
strumentum, tanquam apud se confectum, vim ei haud  
esse denegandam plures opinantur. Ant. Sola ad con-  
stit. Sabaudia tit. de opposition. contra formam extrin-  
sec. Instrum. pag. mibi 277. 270. De cetero exprimen-  
dus locus & tempus, & nomina, cognomina, quali-  
tates, dignitates contrahentium aut testantium, ac  
testium, quæ vulgo nota. Vide Responsa Juris. Holl.  
pag. 3. vol. 2. consil. 226. (vel 228.) pag. 649. eumque  
in finem opus est, ut vel ipse tabellio, vel testes ne-  
gotio adhibiti fide digni ac tabellioni noti, noverint  
eos, qui apud ipsos contrahunt aut elogia suprema  
condunt, & id ipsum exprimat, Edicto Caroli V. 4.  
Octobris 1540. art. 14. vol. 1. placit. Holland. pag. 319.  
neque suffecerit, testatorem aut contrahentem alte-  
rutri testi notum esse, sed utrique debet esse cogni-  
tus sub pœna nullitatis, Decreto Ordinum Holl. 18.  
Martii 1671. vol. 3. placitum Holl. pag. 48. Et ge-  
neraliter eas adhiberi oportere solemnitates, quæ præ-  
fixit sunt lege loci, in quo unumquodque instru-  
mentum conficitur, expositum antea cit. de constit.  
Principum parte altera de statutis n. 15. 14. 13. qua-  
les etiam in dubio præsumi adhibitas, donec contra-  
rium probetur, dictum tit. præced. de probat. n. 15.  
Quod si solemnitates quædam, lege publica vel mo-  
re necessariæ, omissæ fuerint, & ob id instrumen-  
tum effectu destituatur, tabellio ad damni reparatio-  
nem læso obstrictus est, cum culpa sit, aut profite-  
ri artem, quam non calleat, aut negligenter in ea  
exercenda versari, arg. l. iubemus 29. in fine C. de  
testamentis, p. Inst. de obligat. quæ quasi ex delict.  
nasc. l. 1. l. 4. §. ult. l. 6. l. 7. si menor. fals. modo  
dixeris, l. idem iuri. 8. §. 1. ff. ad leg. Aquil. Hugo  
Grotius manu. ad jurispr. Holl. lib. 1. c. 27. num.  
17. & seqq.

4. In primis vero requiritur ad horum instrumen-  
torum a tabellione confectorum validitatem, ut ipse  
auctoritate publica constitutus, ac fides ejus publice  
probata sit. Qua occasione disputari solet, an gesta

apud tabellionem putativum, vel creatum quidem sed impedimento legali laborantem, subsistant, nec ne? Uti &, an instrumentum nullum sit, ac fidepublica destituitur, si tabellio extra territorium Principis illius, a quo creatus est, illud conscripserit? Ac, quid juris sit, si conscripserit quidem in territorio ejusdem Principis, sed in alia urbe vel pago, quam in quo a magistratu admissus est? Quæ omnia a me jam tractata vide in *tit. de officio pratorum num. 6. & 7.* Ceterum, ubi nullum in tabellione vitium, nullus defectus est, confecta ab eo instrumenta publica non tantum in loco, in quo creatus ac admissus est, sed & ubique aliis in locis, fidem inventiunt: ut ex iis, quæ in *tit. de const. princ.* parte altera *de statutis n. 13. & seqq.* dictat, colligi potest: exceptis iis regionibus, quarum lege reprobatus deprehenditur in universum usus tabellionum; utpote in quibus licet testamenta alibi coram tabellione condita & contractus a tabellione alibi conscripti fidem mereantur, & effectum habeant circa res illic sitas, difficilius tamen admittuntur ea, quæ ad actus judiciales expediendis pertinent. Atque hinc est, quod in Gelria Gelri nihil deferunt instrumento mandati ad lites, alibi coram tabellione ac testibus facto, sed scriptum apud acta, seu coram lege loci, mandatum requirunt; quin & circa contractus, & testamenta alibi a tabellione confecta, testimonium ipsius magistratus, quo significatur, hunc, qui instrumentum scripsit, talem esse, cui in omnibus fidem habent, *Leeuwen cons. for. par. 2. lib. 1. cap. 29. n. 11. patens p. mem. Paulus Voet de statutis sibi. 10. n. 11.*

5. Observandum tamen, hanc tabellionum fidem publice probatam non ultra operari quam quantum ad ea, quæ a tabellione, qua tali, adeoque nomine officii gesta sunt: in ceteris non majorem eos, quam privatos quosvis alios integræ fama homines, fidem facere, dum vel tanquam testes in negotio, cui interfuerint ut privati, producantur, vel instrumentum sine forma solemnî, sine testibus, adeoque privatum, in gratiam tertii, ab iis conscriptum est. Confer *Menchium de arbit. jud. lib. 2. casu 105. n. 39. & seqq. Mascardum de probation. concl. 1101. quanta sit notarii auctoritas.* Præterea, in quantum non de ipsis gestis actis atque transactis inter partes testantur in suis instrumentis, sed de prærequisitis qualitatibus paciscentium aut testamentum, vulgaris clausulis comprehendendi solitis, præsumtionem quidem veritatis pro iis militare, sed hanc contraria probatione subverti posse, *Ant. Faber docet, dum testatorem sanæ mentis esse, mulierem Vellejano renunciantem beneficii sui admonitam fuisse, aliaque similia, instrumento asserta sunt, C. lib. 4. t. 14. defin. 20. Quin imò nullam omnino fidem invenit tabellionis instrumentum in iis, quæ non præsentem, sed absente tabellione inter partes acta dicuntur, Abr. a Wesel ad nov. cons. Ukrajeff. art. 6. n. 24. Uti nec in his, quæ tabellio in publico instrumento in suam suorumve scripsit utilitatem: qua ratione neminem sibi sulsve in testamento alieno adscribere posse, sed magis falsi reum esse ex jure Romano, alibi dicendum erit, ac patet ex *l. Diuus 15. ff. ad leg. Corn. de falsis. tit. C. de his, qui sibi adscripser. in testament.* Ex quemadmodum exemplo perniciosum est, ei scriptura credi, qua unusquisque sibi adnotatione propria debitorem constituit, *l. exemplo, 7. C. de probation. ita quoque**

suspectum haberi debet illud notaril instrumentum, quo non se aliis, sed alios sibi filiove suo devinctos scribit. Nam etsi non videtur negandum, quin filius suo patri vel matri, & pater vicissim suo filio, testamentum condituro tanquam tabellio adesse, ac supremum morientis elogium excipere possit, dummodo nihil sibi suisve adscribat; eo quod non tam ipsi testatori morienti, quam potius heredibus institutis ac legatariis commodum inde sperandum est, arg. *l. 1. §. inter filium 8. §. ad leg. Corn. de falsis, l. qui testamento 20. §. per contrarium 2. ff. qui testam. fac. poss. Peckius de testamentis conjugum l. 3. cap. 11. tamen quoties aut patris aut filii commodum vertitur, ac versatur spes lucri, vel damni metus, filium patri, patrem filio testem idoneum non esse expeditum est, *l. testis idoneus 9. ff. de testibus, §. sed neque heres 10. Instit. de testament. ordin.* At quis, obsecro, magis testimonium perhibet, quam qui hæc aut illa apud se præsentem gesta esse, ac ob id fidem plenam mereri, palam profitetur?*

6. Non etiam hoc loco prætermittendum, instrumentis publicis secundum jus Romanum exæquata fuisse quasi publica, quæ eum privatum scripta essent, trium testium fide dignorum subscriptione, munita erant, *l. pen. C. qui pos. in pign.* Atque insuper ex moribus nostris in fide publica facienda exequatos esse æquarios consulum gentis nostræ ad peregrinas oras mercaturæ causa missorum, ex decreto Ordinum Generalium 8. Dec. 1612. vol. 2. placit. *Holl. pag. 1353. & 1. Novemb. 1633. d. vol. 2. p. 1542. 1543.* Librum quoque præconis seu auctionarii de rebus auctione publica distractis, earumque pretio, emtore, ac similibus ad auctionem publicam pertinentibus, ad instar instrumenti publici plenam fidem facere, sive ipse scripserit, sive per scribam auctoritate publica electum scribi curaverit auctionis tempore, pro vario locorum usu, docet *Ant. Matthæus de auction. lib. 1. cap. 9. num. 5. Denique & acta publica collegiorum, veluti civitatum, ecclesiarum, nosocomiorum, pro publicis haberi, ac in ipsis quoque causis collegiorum plenam fidem facere, tradit *Leeuwen cons. for. par. 2. lib. 1. cap. 29. num. 16. 17. eo quod illi, quibus id incumbit, ista non in suum sed collegii commodum usumque conscripserunt, ideoque ita fidem merentur, uti apparitores officii nomine quid referentes.**

7. Ex supra dictis colligi potest, quæ instrumenti publici vis sit; nempe, quod plenam fidem judici faciat; si modo authenticum fuerit; non item, si exemplum tantum; quippe ex quo regulariter jus dicendum non est; nisi fide publica transcriptum sit, citata adversa parte, *l. quisunque 2. ff. b. tit. l. 1. §. sed si unum 7. ff. de honor. possessor. secund. tab. l. ult. ff. testam. quemad. aper. insp. & describ. junct. l. publicari 2. C. de testamentis, Ordon. op. de justitia in de Seeden en ten platten Lande van Holl. 1. April. 1530. art. 18. Instruēt. Curia Holl. art. 63. Brabantina art. 546. vol. 2. placit. *Holl. pag. 894. Ampliatio Instruēt. Curia Holland. 21. Dec. 1579. art. 17. quo facto, authenticis ipsius aut protocolli exhibitio non ultra jure desideratur, Ant. Faber Cod. lib. 4. tit. 16. defin. 6. & 16. vel nisi exemplum sit ætorum fiscalium, & is, qui describendi potestas facta est, caveat, se eo adversus fiscum aut rempublicam non usurum *l. in fraudem 45. §. ipse autem 6.***

*ff. de jure fisci.* Quin imo, si manu tabellionis exemplum ex protocollo ejus transcriptum sit, ac munitum subscriptione tabellionis, id cum authentico convenire testantis, & forte postmodum protocollum incendio aliove casu perierit, magis est, hujusmodi exemplo fides haberi debeat, utcumque collationis ergo pars adversa citata non fuerit. Ant. Faber C. d. lib. 4. tit. 16. def. 16. Confer Mynsingerum cons. 6. observ. 73. 74. 75. Fachineum controver. lib. 11. cap. 38. Covarruviam pract. quest. c. 19. Joh. Andr. Dornspengerum syntagm. juris de probation. lib. 1. cap. 5. post med. pag. 116.

8. Non tamen instrumentum publicum, inter duos celebratum, probat pro tertio aut contra tertium; cum res inter alios acta aliis neque noceat neque prosit, arg. l. cape constitutum 63. ff. de re judicata, l. Imperatores 3. ff. de transaction. l. ult. ff. de interrogat. in jure faciendis, l. ult. ff. de probation. & argumento eorum, quæ scripsi ad tit. de jurejur. n. 20. Quamvis negari nequeat, quin inde pro tertio subinde quædam præsumtio nascatur, utcumque debitor, quam ut onus probandi in adversarium derivaret, secundum facti species, quæ sunt in l. si duo 13. pr. ff. de jurejurando, l. quæro 53. §. ult. ff. de adilit. editio, Fachineus controver. lib. 11. cap. 36. Maschardus de probation. conclus. 940. num. ult. Rebuffus ad constitutiones regias tom. 3. tract. de inventario art. 1. n. 10. nisi forte in antiquis, Andr. Gayl. l. 2. observ. 37. n. ult. Sed &, si in instrumento publico instrumenti alterius mentio fiat, non aliter fidem faciet quantum ad narrata ex eo instrumento, quam si ipsum illud, cujus injecta mentio, exhibeatur, etiamsi instrumenti alterius plena verba transcripta essent, auth. si quis in aliquo C. de edendo, l. ult. ff. de probationib. Carpovius defin. for. par. 1. constiit. 17. defin. 4. Jacobus Cören observ. 22. num. 44. 45. Ant. Matthæus de auction. lib. 1. cap. 19. n. 73. Denique, si instrumentum publicum ex longinqua producatur regione, non adeo indubitata fidem judici faciet; unde tutius esse monent Pragmatici, si is, qui tali instrumento uti vult, jungat ei scriptum ac sigillo publico munitum testimonium magistratum loci, ubi factum, quo significatur, instrumentum talis argumenti seu talia continens, a persona ejus loci publica seu legali conscriptum esse, Menochius de præsumtion. l. 2. par. 73. n. 10. & 24. Berlichius conclus. pract. par. 1. conclus. 44. n. 34. 35. Leeuwen cons. for. par. 2. lib. 1. cap. 29. n. 11.

9. Quæ vero apud alios instrumentis publicis, quæ *quarentigiana* dicunt, per tabelliones conscriptis, vis tribuitur, quod nempe paratam executionem habeant, ea apud nos in usu non est; sed praxi receptum, subjungi instrumentis consensum in condemnationem eorum, quæ iis comprehensa sunt. Confer Merulam praxi lib. 4. tit. 100. Ant. Matth. de auction. lib. 1. cap. 5. n. 2. Leeuwen cons. for. par. 1. lib. 4. cap. 36. num. 6. 7. ibique alios cit.

10. Instrumentum privatum dicitur, quod auctoritate privata a privatis est compositum, & quo & epistolæ referendæ, l. qui negotia 34. ff. mandati, l. Titius Sejo 24. l. quidam 16. ff. de constit. pecunia, l. cum tabernam 34. §. 1. ff. de pign. & hypoth. ac rationes domesticæ, l. in hac actione 3. §. interdum 14. l. pen. ff. ad exhibendum. Et vel obligatorium vel liberatorium est. Obligatorium aliter syngrapha, chiro-

graphum, idiocheirum, cautio, appellatur, l. lesa 40. ff. de reb. creditis, l. pen. C. qui pot. in pign. l. liberationem 3. §. 1. ff. de liberat. legata, l. Labeo 2. §. 1. ff. de pactis, Liberatorium apocha & securitatis nomine venit, l. plures 19. C. b. t. l. in contractibus 14. §. 1. & 2. C. de non numerat. pecun. Antapocha magis obligatorii quam liberatorii scripturis adnumerandæ sunt, cum eas debitor suo det creditori, isque profiteatur, se redditus, pensiones, usuras, aliaque similia annua aut menstrua solvisse, ut ita appareat, debitum a debitore fuisse agnitum, & præscriptio temporis summoveatur, d. l. plures 19. C. b. t.

11. Omnis autem privata scriptura contra scribentem plene probat, æque ac publica, licet non eundem habeat cum publica effectum circa prælationem in pignore tribuendam, l. Publica Marcia 26. §. ult. ff. de pign. d. l. 24. & l. 26. ff. de constit. pecun. junct. l. pen. C. qui pot. in pign. Sæpe decit. Fris. lib. 3. tit. 12. defin. 13. Busius de offic. judicis cap. 4. n. 25. Fachinus controver. lib. 11. cap. 29. & 31. Si modo de scriptura constet ex propria adversarii scribentis agnitione, qui ne temere ad inficiationem scripturæ suæ confugiat, constitutum est, eum mendacii convictum in duplum damnandum esse, sicut moribus ad penam arbitrariam, auth. Contra C. de non numer. pecun. ibique Groenewegen nov. 18. cap. 8. Ut tamen ex sola literarum collatione mendacii convinci nequeat, si non alia indicia concurrant ad debiti scriptura abnegata comprehensi adstructionem, ne via falsi crimini pandatur, licet id a Justiniano videatur probari cum aliqua distinctione, l. comparationes 20. C. b. t. novell. 73. cap. 4. & 7. Gudelinus de jure noviss. lib. 4. cap. 11. versu, ceterum, seu num. 14. Cnjacius ad nov. 49. Ant. Faber C. lib. 4. tit. 13. defin. 71. Carpovius defin. for. par. 1. consti. 17. defin. 12. Brunnemannus ad l. 20. & auth. ad hac C. b. t. Busius de officio judicis cap. 4. n. 11. & seqq. Plane, si æ scripsisse fateatur, ea autem, quæ scripto comprehensa, falsa dicat, scripturæ suæ plena constabit auctoritas, donec contrarium probatum fuerit, arg. l. generaliter 13. C. de non numer. pecun. l. inde Narratius 23. §. ult. ff. ad leg. Aquil. Fachinus controver. lib. 11. cap. 29. Utrum autem ipse totum instrumentum sua manu scripserit atque subnotaverit, an tantum scripturæ ab alio conscriptæ subscripserit, parum refert quantum ad probandi vim, d. l. pen. C. qui pot. in pign. pr. Instit. de em. vendit. l. contraditus 17. C. b. t. Si tamen totum instrumentum de suo debito vel rerum suarum obligatione scripserit quidem, sed nomen suum non subscripserit, neque etiam sic instrumentum inseruerit, ut subscriptio supervacua videretur, dum forte nomen suum ex more Romano præmisit (juxta formulas occurrentes in l. Lucius Titius 24. l. Publica Marcia 26. §. ult. l. Quintus Cæcilius 28. ff. de pign. l. scriptura hujusmodi, veluti imperfecta, non haberet probandi vim: tum, quia quis posset per talem scripturam alienæ tantum obligationi ministerium præbere, totamque debiti confessionem non suo sed alieno nomine concepisce, deinceps subscriptione per eum, cujus nomine ac rogetur scripta, perficiendam ac confirmandam, tum etiam, quia novum non est, privatas scripturas obligatorias manu debitoris de debito, vel liberatorias manu creditoris de solutione in antecessum parari, ut numeratione deinde secuta per subscriptionem firmpen-

tur. Nec obstat *l. pen. §. 1. ff. de pignor. & hypotec.* eo quod illic agitur de probanda pignoris obligatione, quæ epistola illa anterior erat; cum auctor epistola profiteatur de præterito, se tunc, cum mutuum acceperat, rogasse creditorem suum, ne sponsorem sed pignora reciperet: quod ergo epistola illa postmodum scripta neque diem neque consulem neque subscriptionem habebat, non idcirco obligationem pignorum cessare merito in *d. l. responsum* fuit; cum hypotheca consensu contrahatur, adeoque res, de qua convenit, etiam sine scriptura obligetur, ac generaliter scripturæ fiat, ut, quod actum est, per eas facilius probari possit; & sine his valeat quod actum est, si modo probationem habeat, *l. contrahitur §. ff. eodem tit. de pignor. & hyp.* non etiam repugnat *l. fideiussor. 26. §. pater 1. ff. de pignor. & hypoth.* ubi filii prædium obligatum dicitur, quia is patris rogatione & patris nomine scripserat chirographum, quo patet inter alia prædium illud filii scribentis obligaverat, cum tamen filius istud instrumentum neque subscriptione sua neque signo suo firmasset. Etenim in specie istius legalis pater pignori obligaverat rem filii, & subscriptione sua illud instrumentum firmaverat, atque ita pignoris obligatio per illud instrumentum rite perfectum contigerat; sed quia nemo rem alienam obligare poterat sine domini voluntate; juxta *l. aliena res 20. ff. de pignor. act.* adeoque nec pater eam, quæ filii erat; consensus autem etiam tacite rebus ipsis ac factis declaratur; hinc Jurisconsultus censuit, filium abunde consensum suum in pignus significasse, quod ipse inter res a patre obligandas manu sua fecerat etiam domus propriæ commemorationem, sic ut ibi ea scripturæ pars, qua filius suam quoque domum inter pignora a patre obligata memorat, non tanquam scriptura quadam perfecta, sed tanquam factum aliquod, ad elicendum inde filii consensum sufficiens, consideretur.

12. Contra tertium, aut pro tertio, privata scripturæ fidem non facit; cum ne publica quidem eam vim habeat, ut supra traditum: multoque minus pro ipso scribente, si non aliis fortioribus juvetur adminiculis, probare poterit domestica adnotatio aut rationes. Exemplo namque perniciosum fuit visum, ei scripturæ credi, qua unusquisque sibi adnotatione propria debitorem constituit: usque adeo, ut ne fisco quidem permissum fuerit, ex suis subnotationibus facere debiti probationem, *l. instrumenta 5. l. 6. l. 7. C. de probation.* Efficit tamen mercaturæ utilitas ac favor, ut moribus inductum fuerit, libros mercatorum, quibus debiti ac crediti mercatorii rationes continentur semiplenam facere probationem, ac jurejurando mercatoris aut morte ejus firmatos plenam fidem intervenire, quoties mercator integræ famæ & existimationis est; quasi contrahens cum mercatore, nec scripturam de contractu faciens, videatur tacite mandasse, ut mercator contractus ipsius terminos atque qualitates bona fide in suas referat rationes, fidem deinde facturas, Jac. Coren *consil. 16. n. 18. & seqq.* Busius *de officio judicis cap. 4. num. 26.* Groenewegen *ad l. 5. & seqq. C. de probation.* Carpovius *defin. for. par. 1. constit. 17. defin. 35.* Menochius *de arbitrar. judic. lib. 2. casu 91.* Parens p. m. Paulus Voet *de statutis sect. 5. cap. 2. n. 9.* idque quatenus ea continent, quæ ad mercaturam spectant; non ad alia, veluti fidejussiones, mutui dationes, mandata, et

similia. Unde si scriptum sit, Titium pro Mævio mercem emente fidejussisse, vel Mævium ex mandato Titii mercem emisse; ac inde Titius conventus fidejussionem, aut mandatum neget esse interpositum aliunde quam ex libro mercatorum, utcumque per jurandum aut mortem firmato, id probandum foret. Andr. Gayl. *lib. 2. observ. 20. num. 8. 9.* Menochius *de arbitrar. jud. d. lib. 2. casu 91. num. 22. & seqq.* Carpovius *defin. for. par. 1. constit. 17. defin. 37.* Groenewegen *ad d. l. 5. C. de probation.* Sed & si totus contractus negetur cum mercatore celebratus, tota negetur transmissio mercium, alia probatione præter rationes mercatoris opus est, Groenewegen *d. loco n. 3.* Leeuwen *cons. for. par. 2. lib. 1. cap. 29. num. 19.* Minorem quoque manuali, seu diariis aut ephemericibus mercatoris, quam quidem libris legitimam debiti & crediti appositionem habentibus, fidem oportere tribui, traditum Rotæ Genævæ *decis. 2. num. 27.* Denique regulariter hi libri pro tertio aut contra tertium fidem haud faciunt, nisi aliunde juventur, indicibus ac præsumptionibus, Responsa Jurisc. Holl. *par. 5. consil. 195.* aut nisi plures socii mercatores negotiationis curam atque administrationem, vel rationum conscribendarum provinciam, uni demandaverint, tunc enim ille, qui scripsit, non sibi tantum, sed & reliquit, nec tantum contra se, sed & contra reliquos socios fidem facit in iis, quæ ad istam respiciunt societatem; argumento eorum quæ dicta *sit. pro socio n. 13. & seqq.*

13. Porro libris mercatorum in fide facienda hodie non absimiles libri rationum, quod de salariis sibi debitis advocati, procuratores alique his similes, conscribere consueverunt, concurrent scilicet probabilitate, aliisque similibus, quæ superius de libris mercatorum enarrata sunt; Jacobus Coren *Consil. 29. n. 1. & seqq. ad n. 13.* Idemque de libris publicanorum jure asseruerit, licet non desint, qui hisce plenam fidem arrogant; sed nullo jure, cum enim ne fiscus quidem ex suis adnotationibus debitum probare possit, ut supra monitum, ex *l. 7. C. de probation.* non major utique publicanis tribuenda videtur aut fides aut auctoritas; quippe qui omnem suam potestatem ex eo solo metiri possunt, quod in vectigalium exactione fiscum repræsentent; minore etiam, quam fiscus, fide digni, dum eos audaciæ atque temeritatis leges incusant, *l. quantæ 12. ff. de publican. & vectig.* Ant. Matthæus *de auction. lib. 2. cap. 6. n. 36.* Societatis quoque rationes inter ipsos socios fidem merent, positis certis requisitis, quoties vel promiscue per omnes socios conscriptæ sunt, vel per unum ex reliquorum voluntate, tradit Menochius *de arbitrar. jud. lib. 2. casu 92.* Hector Felicius *de societate cap. 33. n. 14. & seqq.* Notas quin etiam ligno difisso incisas, cujus partem alteram venditor mercium minutim distractarum, partem emtor tenet (quæ *Korf Stacken* dicuntur), in his minutis eandem fidem facere, quam in majoris momenti mercibus scriptæ mercatorum rationes, æquum est, dum notas tales scripturæ vicem inter imperitos obtinere usu inductum. Parens p. m. Paulus Voet *de statutis sect. 5. c. 2. n. 9. in med.*

14. Ceterum multifariam tum publici tum privati instrumenti fides subvertitur in totum, aut extenuatur. Etenim, ut nihil dicam de requisitorum solennium & diei, mensis, similiumque in publicis instrumentis omissione, in totum enervantur instrumenta

probatione in contrarium, dum is, qui in instrumento scribitur certo die præsens contraxisse, apertissime docet, se toto illo die alibi fuisse, §. *item verborum*. 12. *Instit. de inutil. stipulat. l. optimam*, 14. *C. de contrab. & commis. stipulat.* Confer Menochium *de arbitrar. judicium lib. 2. casu 105. num. 25. & seqq.* Mynsingerum *cent. 4. observ. 39. n. 3. & seqq.* Uti &, si testes adhibiti omnes obloquuntur instrumento, aliterque negotium gestum esse, jurato deponant, arg. *novell. 73. cap. 2. & 3. Mynsingerus cent. 4. observ. 39. in pr. Menochius de arbitrar. jud. lib. 2. casu 105. n. 32.* Longe magis, si omnes negent se instrumento præsentes aut adhibitos fuisse, aut illud a se subscriptione signove munitum, arg. *l. 1. §. ult. l. 4. l. 5. ff. testam. quemad. aper. inspic. & describ. Menochius de arbitrar. jud. lib. 2. casu 105. num. 9. & seqq.* Si instrumentum ipsum simulata comprehendat, dum vel persona alia inserta est, quam quæ vere contraxit, vel alia res, quam de qua vere actum; vel alius contractus, quam qui re ipsa celebratus fuit: eo quod plus valere debet, quod agitur, quam quod simulare verbis instrumenti conceptum est, *l. 1. a. & seqq. C. plus valere quod agitur, quam quod simulare concipitur.* Si in unius ejusdemque instrumenti substantialibus contraria inveniuntur, quæ conciliari nullo modo possunt, adeoque simul exitum invenire nequeunt, arg. *l. si Titius heres 16. ff. de condit. insti. l. scriptura 14. C. b. t. l. ubi pugnantia 133. ff. de reg. jur.* (Contra quam statuendum foret, si nulla in instrumento pugna sit, sed illud diversis constans capitibus, in nonnullis propositi producenti, in aliis ob sit. Vide Carpovium *defini. for. part. 1. constit. 17. def. 7.*). Si scripturæ diversæ, fidem sibi invicem derogantes, ab una eademque parte prolata sint, *d. l. scriptura 14. C. b. t. nisi illa ultimam voluntatem contineant, quo casu vel posteriori scripturæ, vel si utraque eodem tempore confecta sit, ei, qua minor comprehensa quantitas, standum foret, l. si mihi 12. §. ult. ff. de legatis 1. l. Sempronius Proculus 47. ff. de legatis 2.*

15. Quod si non ab eodem, sed a diversis argumenti contrarii instrumenta edantur, veluti, si a reo instrumenta producantur directo pugnantia cum iis, quæ ab actore pro ejus intentione prolata sunt, sic ut alterutrum falsum esse necesse sit, dubia tantum utriusque fides efficitur: quo fit, ut iudex tunc alterutri iusjurandum velit in causa dubia deferre soleat, ex *l. admonendi 31. ff. de iurejurando, de quo pluribus actum sit. de iurejurando n. 28.* Ut tamen magis ei, qui publicum, quam qui privatum instrumentum adduxit, iusjurandum videatur deferendum, ubi ex pugnantibus publicum alterum privatum est; quasi major pro publico quam pro privato præsumtio militet; nisi aliud iudici suadeant circumstantiæ concurrentes. Confer Ant. Pabrum *C. l. lib. 4. c. 16. defini. 3.* Simili modo non in universum perit, sed tantum diminuitur, instrumenti fides, si ex maiore testium adhibitorum numero pauciores contradicant, aut sigillum suum vel subscriptionem haud agnoscant, *l. 1. §. ult. ff. testam. quemad. aper. inspic. & describ.* potestque eo casu purgari suspicio adversus instrumentum nata, si testis ille mendacii circa inficiationem convincatur, quod fieri potest per depositionem reliquorum, jurato asserentium, hunc quoque, qui negat, præsentem fuisse ac cum reliquis signasse Can-

cellatione insuper, ac ratione vel inductione, vel lini incisione, aliisque similibus; extenuatur instrumenti fides, nisi hæc in ea appareant instrumenti parte, qua illud suspectum fieri, nequit, vel ex voluntate partium delecta ac superscripta sint, vel legi adhuc possint, *l. si chirographum 24. ff. de probation. l. si unus 12. C. de testamentis, l. 1. §. pen. & ult. ff. de bonor. possor. secund. tabulas, l. 1. & tot. i. ff. de bis qua in testam. delentur, l. inducitur 22. C. de solutione.* Quo etiam pertinet, si quid margini instrumenti per tabellionem aut alium instrumenti scriptorem adjectum, nec testium subscriptione firmatum sit; cum nec hoc suspicione careat, si non aliunde juvetur; per ea quæ habet Joh. Papon. *lib. 9. t. 8. in appendice arresti. 2.*

16. Non tamen instrumento publico fides decedit ex eo solo, quod forte tabellio in eo adhibitus se falsa in illud retulisse confiteatur: nam licet ea confessione ita sibi noceat, ut saltem onere probandi confessionis suæ falsitatem gravandus sit, arg. *l. inde Notarius 23. §. ult. ff. ad leg. Aquil.* non tamen per eam tertio admittit jus faciendi fidem ex illo instrumento, pro quo, tanquam publico, præsumtio veritatis militat; cum talis sua confessione jam publici iudicii, puta, falsi reus, & pro iudicato habitus, infamis sit; atque insuper per propriam alleget turpitudinem, quales nec fidem merentur nec audiendi sunt, arg. *l. 1. ff. de confessis, l. abletas 4. §. ult. l. 5. ff. de bis qui not. infam. junct. l. infamem 7. ff. de publicis iudiciis, l. quæritum 13. ff. de testibus, Ant. Faber Cod. lib. 4. t. 16. defini. 11.* Sed &, si maxime tabellionem ex eo condemnatum proponas, quod in instrumento aliquo conficiendo falsitatem commisisse convictus fuit, ne tum quidem reliqua per eum conscripta ante condemnationem instrumenta viribus destituta censi debent, quamdiu in his quoque falsitatem adhibitam esse probatum non est, Iul. Clarus *§. fin. quest. 73. n. 4.* Quin imo, si ipsum illud instrumentum, quod producitur, falsa in aliquo capite continere, jam demonstratum sit, in ceteris tamen suis partibus ab illo capite falso haud dependentibus cur fidem non faceret, nihil vetat, arg. *l. pen. Cod. de transaction.* Quæ ratione, si scriptum sit, Titium Mavio centum aureos numerasse mutuos, ac pro eorum restitutione Sempronium fidejussisse, mutui probatio ex illa scriptura, subscriptionem debitoris habente, recte fiet, licet Sempronii fidejussionem conficiam falsamque esse iudicatum jam fuerit. Uti enim sententia pluribus constans capitibus ex parte justa & ex alia parte iniqua esse, ac ob id adversus unum caput ejus & appellatio fieri, & restitutio in integrum peti potest, *l. etiam si patre 29. §. ex causa 1. ff. de minor. 25. annis, l. quedam mulier 41. ff. familia erciscunda. l. si qui separatum 10. §. ult. ff. de appellation.* ut testamentum pro parte rescindi ut inofficiosum, pro parte alia firmum esse, tanquam non contra pietatis officia conditum, *l. nam erri 15. §. ult. ff. de inoffic. testam. l. in substitutione 31. ff. de vulg. & pupill. substit.* ut denique ea sola, quæ quis sibi in alieno adscripsit testamento pro falsis habentur, ac pro non scriptis, manente in ceteris vigore testamenti, secundum ea, quæ *l. de bis qua pro non scriptis* explicanda erunt; ita et ex pluribus separatim ejusdem instrumenti capitibus, alterum verum esse, alterum falsitate laborare, novum aut improbabile non est, Responsa Jurisc. Hol-



land. par. 2. consil. 126. quest. 1. in mod. Fachineus controvers. lib. 9. cap. 79. Aliter Menochius de presumption. lib. 5. præs. 21. Mascardus de probat. conc. 743.

17. Causam debiti quod attinet, eam instrumento inseri necesse est, ut ex eo efficaciter agi, ac plena debiti probatio peti possit: adeo ut omissio ejus efficiat, onus probandi in eum rejici, qui debitum sibi asserit, l. cum de indebito 25. §. ult. ff. de probation. l. palam 2. §. circa primam 3. ff. de deli mali et metus except. Quod & jure Canonico firmatum, cap. si cautio 14. extra, de fide instrument. Mascardus de probation. concl. 343. Andr. Gayl. lib. 2. observ. 13. num. 9. Carpzovius defin. for. par. 1. consil. 17. defin. 59. Si tamen cautiones judiciales, quæ appellantur *geveeltelike Schul-bekentenis*, indiscrete, id est nulla addita causa concipiantur, eas non eo minus efficaces haberi in Gelria, scribit Lambertus Goris *adversar. tract. 4. §. 19*. Idemque in Saxonia obtinere docet *defin. 40*. imo communiter fere receptum esse, colligi potest ex allegatis apud Mascardum de probation. conclus. 345. n. 16. Apud Antwerpienses quoque ex instrumentis causam debiti non continentibus jus dici, ac sequi posse condemnationem, statutis istius urbis expressum est, l. 53. art. 5. uti et nonnullis urbium Flandriæ legibus municipalibus, ut auctor est Damhouderus *præxi civili cap. 175. n. 13. & seqq.* Sed et, si in instrumento obligationis mentio fiat acceptæ pecuniæ, nec tamen specialis causa numerationis expressa sit, in dubio videri obligationem ex mutui causa descendere, post alios tradit Simon van Leeuwen *cent. for. p. 1. lib. 4. c. 4. n. 4*. Denique etiam, eum ex personarum contrahentium qualitate satis superque colligi potest causa debiti, instrumentum ob ejus omissionem viribus haud destitui, exemplis demonstrat Groenewegen *ad d. l. 25. §. ult. ff. de prob.*

18. Quisquis autem instrumentum aliquod pro se produxit in judicio, illum fidem ejus enervare non posse, quatenus illi sibi producenti nocet, a pragmaticis vulgo tradi solet, utcumque producens protestatus fuerit, se illud tantum, quatenus sibi prodest, producum velle. Ut tamen adversario producentis integrum putent, productio contra se instrumento in suum uti commodum, si quid in eo pro se inveniat, salva de cetero facultate reprobandi ea, quæ partis adversæ causam videntur adjuvare. Et ex eo jure utendi instrumento per adversarium productio descendit, quod a Mynsingero *cent. 6. observ. 76*. aliisque scriptum est, eum, qui semel in judicio produxit instrumentum, quod postea sibi magis obesse quam prodesseprehendit, non posse ex penitentia illud iterum judicio eximere, invito adversario, quasi non jam amplius producentis proprium, sed ex productione utrique litiganti commune effectum. Ap. vero libri rationum, quos quis pro se adducit, etiam contra producentem possint judici fidem facere, prolixè discutit Menochius de arbitr. judicium lib. 2. casu 93.

19. Amissio instrumenti (de qua altera tituli pars est) non nocet creditori, l. 1. l. 5. l. 7. l. 8. l. 10. C. b. r. si modo aliter de negotii gesti veritate constare possit, l. in re 4. ff. b. r. l. contrahitur 4. ff. de pignor. & hypoth. Quo fundamento assignatam liberis a parente superstiti quantitatem velut patrimonium parentis prædefuncti, per testes rectè probari, cum ipsum assignationis instrumentum esset deperditum, re ju-

dicata firmat D. Someren de jure novæcap. cap. 5. l. 1. n. 4. Nec mutat, quod forte scriptura ex conventionione partium fuerit ad contrahendum necessaria; dummodo tunc doceatur, scripturam ea de re vere confectam esse, arg. l. testium 18. in fine Cod. de testibus. Ant. Matthæus de judiciis disp. 9. n. 69. Struvius ad Pand. exercit. 28. num. 34. Quid juris sit, si ipsa tabellionis scriptura memorialis perierit, exemplum tamen inde descriptum extet, supra monitum n. 7.

20. Sed ne facile instrumentorum, præcipue publicorum a tabellionibus conscriptorum, contingat amissio, in Hollandia constitutum est, ut post obitum tabellionum acta eorum, seu protocolla, deferantur in grapheum urbis illius, in qua suo munere functi sunt, ibique asservantur, *Placit. Ordin. Holl. 22. April. 1670. vol. 3. pag. 486*. et quidem in grapheum loci illius, in quo postremum morati ac mortui sunt, si mutato identidem domicilio diversis in regionibus artem suam professi sint, *Placito Ordin. Holland. 1. Augusti 1676. d. vol. 3. pag. 437*. Quibus similia in plerisque cautâ decreto Curiz Brabantinæ 29. Octobr. 1665. d. vol. 3. pag. 488. Eandemque ob causam nec acta publica ex loco publico, nec libros ex graphejo Curiz Hollandicæ esse domum asportandos, jam ante adnotatum est n. 2.

21. Multum interim refert, utrum is instrumentum a se amissum dicat, qui ipse eo ad agendum in judicio aut excipiendum usus est; an vero alius, cui inde nec seruit nec metuit, ad ejus exhibitionem conventus; an denique ipse actor aut reus, qui, postquam instrumentum produxit, ad iteratam productionem convenitur, dum adversarius illud falsi arguere vult. Si enim amissio instrumenti, quo actor suam intentionem, aut reus suam exceptionem firmare deberet, ab his ipsis allegetur, nihil ipsis prodesset istiusmodi allegatio, utcumque jurejurando munita, si non aliunde actor intentionem aut reus exceptionem probet; quasi non jus sed probatio deficiat. Sin ex adverso tertius tanquam possessor instrumenti conveniatur ad editionem aut exhibitionem ejus, jurata assertionem, quod neque possideat neque dolo malo possidere desierit, plerumque defungi potest, ac absolvendus est, l. ult. in mod. C. b. r. Carpzovius *defin. for. par. 1. consil. 17. defin. 23*. si non aliud suadeant concurrentes circumstantiæ, aut evidens sit, ex editione damnum aliquod ei, qui ad editionem convenitur, imminere, ut dictum sit de edendo n. 25. in fin. Idemque statuendum, si repetitam editionem petente adversario, ut instrumentum falsum doceat, is qui semel edidit, illud a se per casum edi non posse juret, l. p. C. b. r.

22. Quod si chirographum quidem amissum, sed tamen debitum eo comprehensum in confesso sit, aut aliunde probatum, non potest debitor sub pretextu, quod chirographum sibi reddi nequeat, solutionem detrefcare, si apocham solutionis dare creditor paratus sit: cum ex rescripto Imperatorum *penunia soluta proferio collata instrumentum majorem rei gesta probationem contineat, quam si chirographum accepta pecunia mutua fuisset redditum, l. pecunia 14. C. de solut. junct. l. dissoluta 2. C. de condict. ex lege*, Andr. Gayl. lib. 2. observ. 57. n. 4.

23. Sed & observandum, a creditore compelli posse debitorem, ut in instrumenti amissi aut vetustate attriti locum aliud conscribat ac tradat creditori, si creditum de cetero in confesso aut probatum sit, sive instrumentum amissum contineat obligationem

ulero citroque obligatoriam, veluti emtionis locationis, secundum ea, quæ scripsi tit. de adendo num. 13. sive chirographum deperditum mutui aut reditus aut decimatum aut alterius similis debiti confessionem aut constitutionem complectatur, arg. l. chirographis 57. ff. de adm. & peric. iur. Andr. Gayl. d. lib. 2. observ. 37. n. 1. Responsa Jurisc. Holl. p. 1. cons. 193. & p. 2. cons. 271. Wassenaar præct. judic. c. 6. n. ult.

## TITULUS V.

## De Testibus.

## SUMMARI A.

1. An, & quando instrumenta testibus potiora sint, & vice versa? Ubi lex præcisè scripturam requirit, an depositio quinque testium suppleat scripturæ defectum?
2. Quo tempore testes debeant esse idonei? Qui prohibeantur testes esse? Ubi de impuberibus, furiosis, prodigiis, hæreticis, Judæis, infamia juris notatis, servis. An servi manumissi, vel puberes aut sana mentis facti, deponant de iis, quæ in servitute, furore, aut impuberis ætate vixerunt?
3. Quid sit domesticum testimonium? de mulis & ancillis quamdiu ministrant nobis, de lictoribus pratorum publice accurantium. An pater filio possit esse testis, & vice versa? An pater inter duos filios?
4. An frater pro fratre vel contra fratrem? An frater inter duos fratres?
5. An uxor pro marito vel contra maritum testari possit, aut cogi, ut testetur?
6. An, & quatenus advocatus aut procurator pro cliente suo, aut contra clientem testis esse possit?
7. An, & quatenus tutor pro pupillo aut contra eum? Et quid de executor negotii?
8. An proxeneta inter eos, quibus ministerium accommodavit? & quam fidem faciant libri ejus?
9. An socius in causa sibi & socio communi? An cedens in causa cessionarii, auctor in causa ejus, qui rem ab ipso habet? An quis in re sua?
10. De minore annis 20. in criminalibus; particeps criminis; libertus contra patronum; inimico capitali.
11. An, & quo usque cæcus, surdus, muus, fœmina; subditus in causa Principis, municipis in causa municipii, delator in crimine quod deulit, debitor inter creditores de protopraxia agentes infamia facti laborans, inimicus, amicus, cognatus? Quid, si testis deponat, se ab ipso producente corruptum esse?
12. Moribus omnes testes audiendi, salva licentia reprobandi depositiones. Quando testes minus idonei pro auctore vel reo fidem faciant?
13. Quibus modis testes cogantur jure veteri & novo Romano & bodierno ad testimonium dicendum? An & cogendus, qui jurejurando se obstinavit de non propagandis sibi revelatis?
14. Qui invitati non cogantur? ubi de senibus, militibus, valetudinariis, illustribus, publicanis, cognitione vel affinitate junctis, libertis ac patronis. An quisquam de facto ex quo infamiam aut delictum proprium detegerit? An unus ex pluribus auctoribus vel reis? Quibus casibus excepta persona tamem invita cogi possint in subsidium?

Voet ad Pandect. Tom. III.

15. Testibus productis sumptus a producente subministrandi. Ipsi interrogandi, & responsa jurejurando veritatis, non credulitatis, firmare debent in continentis. Non solis creditur testimonio exhibitis. Nec bodie creditur testimonio in judicio non repetitis ac confirmatis; exceptis paucis casibus, ubi de testibus mortuis aut peregrinantibus, non objecta per adversarium confirmationis omissione, aliisque. An testimonia confirmari possint, ubi semel producta sunt non confirmata?
16. Testes in alieno morantes territorio per istius loci judicem examinari possunt, & transmissa depositiones fidem inveniunt in causa civili. An & in criminali?
17. Quot productiones testium Romani admiserint? An testis in eadem causa sæpius produci possit? An ut dubia explicet? An errorem possit corrigere, & quam tunc fidem faciat prior aut posterior depositio? ubi & de teste vacillante &c.
18. De publicatione testimoniorum, ne iudex aut tabellio premature publicet. An et quando post publicationem testes de novo produci possint?
19. De reprobatione, denique salvatione testium et testimoniorum.
20. Duo testes vulgo suffiunt? multitudinem testium onerosam ac superfluum iudex non debet admittere.

1. **Q**uemadmodum instrumentis, ita & testibus probatio fit, usque adeo, ut rescriptum fuerit, in exercendis litibus eandem vim obtinere fidem instrumentorum, & testium depositiones, l. in exercendis 15. Cod. de fide instrumentorum, in quantum scilicet seorsim instrumenta sola, & sola testium sufficientium depositiones, plenam possunt iudici fidem facere ad sententiam secundum allegata atque probata ferendam. Ut tamen inficias haud sit eundem, quin adductis ex uno latere testibus, ex altero instrumentis, nonnunquam testibus magis quam instrumentis, quandoque magis instrumentis quam testibus credendum sit, prout vel instrumenta fuerint omni exceptione majora, vel testes. Qua ratione per depositionem testium instrumenta falsitatis arguentium, in dubium vocari, imo enervari in totum posse instrumentorum fidem, constat ex l. optimam 14. Cod. de contrab. & commis. stipulat. §. item verborum 12. Instit. de inutil. stipulat. Contra vero census & munimenta publica potiora testibus esse sepius censuit, l. census 10. ff. de probat. imo testes adversus scripturam interrogari non posse, cum de fide tabularum nihil dicitur, Paulus notat, recept. sentent. lib. 5. c. 15. §. 4. & contra scriptum testimonium non ferendum esse testimonium non scriptum, habet l. 1. C. b. r. nec dubium, quin omnibus illis in casibus scriptura prævaleat, in quibus leges nominatim per instrumenta, cum testium exclusionem, probari jubent, quales occurrunt in l. pen. C. si minor se majorem dixerit, l. cum de indebito 25. §. ult. in fine ff. de probation. l. generaliter 13. C. de non numerata pecunia, l. in donationibus 13. C. de donation. Quamvis frequentius pragmaticis placuerit, quoties lex aut statutum nominatim scripturam requirit, nec testibus contentum est, quinque tamen testibus aut confessione adversarii, perinde ac instrumento, id quod actum est probari posse, arg. l. testium 18. C. b. r. vel etiam jurejurandum a parte parti posse

deferri. Vide Mynsingerum *cont. 1. obiter*. 5. Responsa Juris. Holl. *par. 3. vol. 2. consil. 89. num. 2. & seqq.* Parent. p. m. Paulum Voet *de status lib. 7. c. 3. n. 8.*

2. Sunt autem testes personae ad fidem rei faciendam adhibita in causa civili vel criminali; in quibus ante omnia testimonii perhibendi potestas requiritur eo tempore, quo in testimonium adhibentur, arg. *l. 2. l. 3. l. 13. ff. b. t. junct. l. ad tertium 22. §. conditionem 1. ff. qui testam. fac. poss.* Ceterum alii in universum vetantur testes esse, alii quibusdam tantum in causis exclusi sunt. In universum prohibiti furiosi & prodigi, §. *testes 6. Instit. de testamentis ordinand. junct. l. furiosi h. ff. de reg. juris infamia juris laborantes*; licet enim lex Julia de vi quosdam tantum enumeret gravius notatos, *l. 3. §. lege Julia 5. ff. b. t.* tamen, quod legi deest, religione judicantis occultandum hic non esse, Papinianus auctor est, *l. quatuordecim 13. ff. b. t.* Quibus consequens est, in *l. qui testamento 20. §. cum, qui 5. ff. qui testam. fac. poss.* addendam esse vocem non, uti id etiam contextus jubet. Adde Sim. van Leeuwen *cons. for. par. 2. lib. 2. cap. 7. n. 3. circa fin.* Sed & Judaei ac haeretici improbores idonei testes in judiciis non sunt, nisi inter ipsos haereticos aut Judaeos contentio sit, quasi tunc digni sunt tali litigatore testes, *l. pen. C. de haetic. & Manicheis*. Impuberes quoque naturalis ratio a testimonio repellit, §. *testes 6. Instit. de testam. ordin. l. 3. §. lege 5. l. in iis 19. §. 1. ff. b. t.* cum aetas illa seductu facilis sit, iudicii infirmitate laborans, & suspectior habeatur ad mentiendi facilitatem, imo nec pejerare intelligatur, *l. ex libero 13. §. 1. ff. de question. junct. l. qui iurasse 26. ff. de iur. iurando*. Servos lex civilis non patitur testes esse; adeo ut, si de statu testis producti dubitetur, libere an servus sit, audiatur quidem, & perfectum habeatur testimonium, si deinde liber pronuncietur; si vero servus, ipso jure nullum sit, *l. quoniam 11. & quib. si testis C. b. t.* Nisi causa sit ardua ad rei publicae spectans utilitatem; aut alia desint probationes, *l. viz certis 55. ff. de judiciis, l. servi 7. ff. b. t. l. ult. ff. de suspect. tutor.* In ceteris tamen veritas ex iis per tormenta inquiri potest, *l. 1. §. 4. & seqq. ff. de quest. neque quicquam intercedit, quo minus liberi facti de illis deponant, quae in servitute viderint audierintve*, arg. *l. notione 99. §. ult. ff. de verb. signif.* Contra, quam in iis, qui puberes facti, dicendum foret; quippe quorum testimonia de his, quae durante impubere aetate gesta sunt, haud recipienda; cum aetas ea, quid videat, ignoret; neque quicquam posse scire intelligatur, *l. 1. in fine C. de falsa moneta, l. ult. ff. de juris & facti ignorant. ac ne praesens quidem satis apte dici queat, l. ult. de verb. signif.* Nec aliud de iis statuendum, qui remittente favore ad sanam mentem reversi sunt: nam nec hi furoris tempore ulli negotio praesentes fuisse videri possunt, *l. ubi non voce 124. §. 1. ff. de reg. juris, d. l. ult. ff. de verb. signif.* Et sana, si furiosus ne id quidem intelligat, quod ipse agit, qui, quaso, perciperet, & si non perceperit, qui edissereret, quae per alios gesta sunt?

3. Quibusdam tantum causis aut personis testimonium plures perhibere prohibentur. Itemque primo quidem generaliter omne reprobatur domesticum testimonium, quod non ex cohabitatione sed magis ex familiae & potestatis iure aestimandum est, *l. etiam 3.*

*C. b. t. l. pen. ff. b. t. §. in testibus 9. Instit. de testam. ordinand. junct. l. pater 17. ff. b. t. l. pronuntiatio 195. §. 2. ff. de verb. signif.* Razardus *lib. 2. varior. cap. 8.* Argentius *ad consuet. Britann. art. 163. gloss. 1.* unde & idoneos non videri testes, quibus imperari potest ut testes sint, per regula traditum, *l. idonei 6. ff. b. t.* Quibus non immerito adnumeraveris famulos ancillasque producentis, quamdiu in ministerio ejus sunt ac mercede fruuntur, non postea, arg. *l. perspicuum 11. §. 1. ff. de panis.* Donellus *ad l. 2. C. b. t. n. ult.* ut & liectores similesque praetoribus & aliis publico nomine accusantibus inservientes, in causis per praetores intentatis, Leeuwen *cons. for. par. 2. lib. 2. cap. 7. num. 3. §. 7.* Adde Martam *ff. juris noviss. tom. 2. tit. berroarii cap. 1.* Plane, si publicanus fraudationem detegat, praesente apparitore & mensore jurato, plena fraudationis probatio jure singulari facta creditur, secundum ea quae Zelandis placuerunt *vol. 3. placit. Holl. pag. 1103. & pag. 1104. art. 4. & pag. 1113. art. 9.* Sed nec pater filio, nec filius patri recte in judiciis testis est, utcumque patria potestas jam dissoluta fuerit, *l. testis idoneus 9. ff. b. t. l. parentes & C. b. t.* adeo ut ne inter duos quidem filios pater testis audiendus sit; eo quod pro uno contra alterum tunc perhibens testimonium, in legem utramque impingeret supra allegatam, quippe quarum una vetat, ne pater pro filio, altera, ne contra filium testis fiat. Nec est, quod regeratur, aequali, quae pater erga filium utrumque duci praesumitur, affectionis causa amoveri fraudis atque falsitatis suspicionem, *l. non solum 67. §. de uno t. ff. de ritu nupt.* Nam etsi tunc pulsus videatur fraudis metus, non tamen cessat a pietatis officio desumpta ratio, quae patrem contra filium testari non patitur, convenienter *d. l. 6. C. b. t.* ne ex testimonio in filium prolato inter patrem filiumque succrescat odiorum causa, ac dissidiis sejungantur, quos oportuerat in perpetuum sanctissimo amoris vinculo constrictos esse.

4. Pari fere ratione nec frater pro fratre, nec frater contra fratrem recte testis est; ne vel pro fratre testimonium dicendo, favori & affectioni fraternae plus forte tribuat, quam veritati; vel contra eum deponens, sat raram inter fratres gratiam turbet. Hocque facit, quod inter eos, quibus invitis denunciari nequit, ut testimonium adversus conjunctas dicant personas, uti pater non numeratur, ita nec frater, quod tamen necesse esset, si fratri licuisset per leges contra fratrem testari, vide *l. lege Julia 4. & seqq. ff. b. t.* quodque frater fratrem non gravioris sed tantum levioris potest criminis reum facere, *l. si magnum 15. l. si sororem 18. C. de his qui accusare non possunt*, eo modo, quo & pater suum filium non debuit ex causa gravioris criminis ad supplicium offerre, *l. si milites 13. §. ult. ff. de re militari.* Quibus positis, verius est, patris exemplo nec fratrem inter duos fratres suos litigantes testari posse, per rationes, ob quas id patri denegari supra adstructum est: licet aliud placuerit Merula *in sua praxi lib. 4. r. 79. cap. 2. n. 4.*

5. Similiter virum pro uxore, & vice versa, testem esse, exemplo grave est; cum enim ex artissimo matrimonii vinculo quasi in unum conjuges coaluerint & conjugalis affectio eam, quae inter parentes liberosque intercedit, aut aequat aut superet, non potest non justissima talis testimonii reprobandi causa subesse, nec erraverit, qui hoc quoque domesticis cre-

diderit annumerandum, dum uxor in marito sui potestate est, arg. d. l. *promissio* 195. §. 2. ff. de verb. signif. l. 1. §. si vir 15. ff. de Senatusc. Silianian. Et quamvis nonnullis placeat, uxorem contra maritum suum non testari tantum posse, sed & invitam ad id ab adversario mariti compellendam, tamen id merito perquam durum Groenewegio visum fuit ad l. 3. C. b. t. Magisque est, ut uxor ne volens quidem contra maritum audiat. Quo facit argumentum idem, quod superius in fratre adductum est, inter personas scilicet, quæ invitæ ad testimonium non coguntur, socerum quidem generumque nominari, sed ut patris & fratres, ita & uxoris aut mariti non cogendi altissimum in d. l. 4. & 6. ff. b. t. silentium esse, cum utique hi, qui principium affinitatis sunt, minus cogendi fuerint, quam ipsi affines, atque adeo horum quoque debuisset mentio esse, si non a testimonio in se invicem dicendo fuissent exclusi. Confer Sænde dec. Frisic. par. 1. t. 10. defin. 3. Carpozium defin. for. par. 1. consil. 16. defin. 51. 52.

6. Non etiam advocatus aut procurator in ea causa, cui patrocinium præstitit aut procuracionem, idoneus testis est, l. ult. C. b. t. sive pro cliente, sive contra eum producatur; saltem non ad id, ut pandere cogatur ea, quæ non aliunde quam ex revelatione clientis comperta habet, eo modo, quo & sacerdoti revelare ea, quæ ex auriculari didicit confessione, nefas est, cap. sacerdos 2. dist. 6. de penitentia cap. omnis 12. in fine extra, de penitentia & remission. nam quod spectat alia aliunde cognita, nihil vetat, quo minus eorum intuitu contra suum clientem patronus deponere compellatur; ne aliquem in litigantis potestate sit, iis patronis assumtis, qui scientiam rei habent, adimere adversario probandi facultatem. Confer Annæum Robertum rer. judicat. lib. 2. cap. 19. Ant. Fabrum C. lib. 4. t. 15. defin. 19. ibique notata. Responsa Juris. Holl. par. 2. cons. 33. Groenewegen ad l. ult. ff. b. t. Leeuwen com. for. par. 2. lib. 1. cap. 29. num. 21. In alia plane causa, cui non assistit tanquam patronus aut procurator, quin testimonium jure perhibeat, sive pro eo, sive contra eum, cui ante alio in negotio patrocinium præstitit, aut etiamnum præstat, non videtur dubitandum, cum in eam causam, quam nunquam tractavit, præsumi non debeat peculiari ductus affectione. Ant. Faber Cod. lib. 4. t. 14. defin. 19. in fine. Sænde dec. Frisic. lib. 1. t. 10. defin. 4. in fine. Carpozium defin. for. par. 1. consil. 16. n. 59.

7. Non longe dispar tutoris in causa pupilli conditio est; nam & hunc durante tutela non admitti ad testimonium pro pupillo dicendum, quoties ipse pro eo in judicio stat; admitti tamen, si per actorem a iudice datum pupilli nomine lis agitur, communiter receptum est, ut notat Carpozium defin. for. par. 1. consil. 16. defin. 57. 58. non obstante eo, quod major videri possit tutoris in pupillum affectio esse, utcumque ipse pro eo in judicio non subsistat, quam ut fidem faceret. Cum enim illa præsumta totorum in pupillos affectio non impediatur, quo minus in causa pupillari, si velit, iurjurandum affectionis in litem præstent, l. videamus 4. ff. de in litem iurando, juris quoque ratio refragari haud videtur, quo minus de rei gestæ veritate jurato testentur, si modo de iis, quæ per alios gesta, non quæ ipsi tanquam tutores gesserunt, quorumque intuitu actione tutela

conveniri possent, deponant: ne alias in re sua, seu ea ex qua damnum ipsis imminet, videantur testes esse: qua ratione nec executores negotiorum posse testari, habet l. ult. ff. b. t. Licet autem variis placeat, compellendum non esse tutorem invitum, ut contra pupillum suum testis sit, quia tamen nusquam tutores inter illas recensentur personas, quæ invitæ ad testimonium contra pupillos dicendum cogi nequeunt, rectius eos sub regula, testimonium coactionem comprobante, comprehenderis, ne veritas in occulto sit, arg. l. lege Julia 4. & seq. ff. b. t. Adde Berlichium de ch. 266.

8. Proxenetam inter eos, inter quos ministerium accommodavit, de eo quod actum est testari non posse, nisi utraque parte consentiente, Romanis placuit, nov. 90. cap. quoniam 8. nisi forte rectius illud cap. 8. accipiatur de proxeneta invito ad testimonium haud cogendo, nisi pars utraque in id consentiat. Sane ex usu hodierno invaluit, eum etiam altero invito deponere posse de iis, quæ nomine officii ut proxeneta gessit, in quibus & libris ejus statur, si publice constitutus sit, ut mercatorum ipsorum libris stari solet. Groenewegen ad rubric. ff. de proxeneticis, nisi libri ipsius pugnent, aut saltem non convenient satis cum libris mercatoris illius, qui ejus depositione uti vult, aut negetur ad negotium parandum rogatus esse, & in ejus deficit probatione. Resp. Juris. Holl. par. 1. consil. 181.

9. Porro nec socius in causa sibi cum socio communi satis recte testatur, arg. l. 1. C. de commun. rer. alienat. l. 1. §. in propria 11. ff. quando appelland. sit, nec cedens in causa cessionarii; nec auctor in causa ejus, in quem rem alienavit; eo quod hi omnes viderentur in re propria quodammodo testes esse, dum causa mihi cum alio communis mea pro parte est, & cedens ac auctor de evictione vel eo quod interest ob rem evictam obligari solent; omnibus autem rei propriæ, vel negotio ex quo lucrum sperat damnumve metuunt, testimonii dicendi facultatem jura submovent, l. nullus 10. ff. b. t. omnibus 10. C. b. t.

10. Non denique minor annis viginti in causis criminalibus idoneus testis est, nisi forte, ut faciat indicium, l. in testimonium 20. ff. b. t. nec particeps criminis contra criminis socium, l. quoniam 11. C. b. t. nec libertus contra patronum, l. libertorum 12. C. b. t. nec inimicus capitalis contra inimicum, l. 3. ff. b. t. junct. l. si quis testibus 16. C. b. t. nov. 90. cap. si vero 7.

11. Contra veto testis esse potest cæcus de causis illis, quæ visum non requirunt, aut de iis, quæ vidit ante cæcitatem: & mutus aut surdus extra testamenta de his, quæ clare potest indicare: & femina in causis criminalibus, atque civilibus non testamentariis, l. ex eo 18. ff. b. t. & subditus in causa Principis: & municipis in causa municipii, quoties illa non principaliter singularum respicit utilitatem, arg. l. si quis 7. §. 1. ff. quod cuiusque universis. nomine, l. sed si hoc 10. §. qui manumittitur 4. ff. de in jus voc. Carpozium defin. for. par. 1. consil. 16. defin. 65. Adde Menochium de arbitrar. judic. casu 106. Mascardum de probat. concl. 318. & creditor & fidejussor in causa sui debitoris ejusque pro quo intercessit, aut confidejussoris, si modo debitor aut confidejussor abunde solvendo sit, sic ut nec creditori nec fidejussori immi-

neat damni metus. Mascardus de probation. concl. 785. fidejussor. an pro principali testis esse possit. Carpovius defin. forens. par. 1. constit. 16. defin. 67. Hippolitus de Marsiliis de fidejussoribus, num. 331. 332. Pyrrhus Maurus de fidejussor. partis secunda principalis sect. 3. cap. 3. num. 14. & seqq. Delatorem quoque criminis posse de eo testem esse, ubi alius publico nomine accusator existit, vulgo obtinuit. Christinaus ad Leg. Mosbl. tit. 1. art. 35. n. 6. Carpovius d. par. 1. constit. 16. def. 66. Sed & in causa creditorum, de protopraxia disputantium, recte testimonium perhiberi per debitorem, quoties ab uno creditorum rogatus est, a Curia Ultrajectina judicatum refert Radelantius Curia Ultraject. decr. 36. Infamia quoque facti notatum, aut alias vilem & abjectum, nec non amicum, cognatum, ac familiarem pro amico, vel cognato, inimicum non capitale contra inimicum testari, legibus permissum est; ut tamen hi non habeantur tunc omni exceptione majores, l. testium fides 3. pr. ff. b. t. ac ex jure Romano harenariorum aliorumque similium testium villiorum testimonio credendum non fuerit sine tormentis, l. ob carnem 21. §. si ea 2. ff. b. t. nov. 90. c. 1. §. 1. Plane si inimici pro inimico, amici familiares ac cognati contra cognatum, amicum ac familiarem deponant, ratio non est, cur non plenissimam iudicii fidem faciant; licet verum sit, multos ob sanguinis aut affinitatis arctius vinculum compelli invitos non posse, ut in affinem cognatumve testimonium ferant, ut post dicitur. Si tamen testis productus contra ipsum producentem deponat, se pretio ab eo ad depositionem, quam fecit, redemptum esse, vix est, ut ei fides habenda sit; tum quia is, qui pecuniam ob dicendum vel non dicendum testimonium accepisse iudicatus, aut convictus, aut confessus fuit, a testimonio dicendo per legem Juliam exclusus est, l. testium fides 3. lege Julia 5. ff. b. t.; tum quia propriam allegans turpitudinem audiendus non est; tum denique, quia merito metuendum, ne forte pretio maiore corruptus sit ad id, ut se pretio corruptum fateatur, eo fere modo quo ille, qui omni modo venalis, a Titio pecuniam acceperat, ut Mævio litem iniquam moveret, iterumque a Mævio ipso, ne ei litem calumniosam inferret, juxta l. et generaliter 3. §. ult. ff. de calumniator.

12. Interim moribus nostris fere obtinet, ut omnes omnino testes producti audiantur, salva adversario, contra quem producti, reprobandi licentia, Groenewegen ad l. 24. ff. b. t. dum tamen meminerimus, etiam aliquando illos, quos a testimonio repelli supra dictum, fidem iudici posse facere, puta, si vel pro rei innocentia producantur; dum satius est, impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem daminari, l. absenti 5. ff. de panis, vel ex natura delicti difficilis sit probatio ejus, ut in furto, adulterio, similibusque contingit, uti & in criminibus nocturno tempore locoque solitario perpetratis; saltem ad id, ut arbitrio iudicis questionum adhibitioni possit locus esse, secundum ea, quae post plures alios citatos habet Sim. van Leeuwen cens. for. par. 2. lib. 2. cap. 7. n. 5. 6. 16. & 17.

13. Testes autem etiam invitos produci, & ad testimonium in causa civili vel criminali dicendum compelli per iudicem, non item per arbitrum iurisdictione carentem, ordinarium est, & jure quidem Ro-

mano captis pignoribus, indicta multa, aliisque vulgaris ad factum cogendi modis, l. constitutio 16. l. si quando 19. C. b. t. junct. §. pen. Institut. de satisfact. sut. l. unic. ff. si quis jus dicenti non obtemperaverit, Andr. Gayl. lib. 1. observ. 100. nostris vero & aliorum moribus etiam mediante arresto, ut dictum sit. de in ius vocando n. 25. praecipue civili custodia (by dyrelinge), si in territorio deprehendantur aut domicilium foveant, quam si contumaciter sat diu perperis fuerint; tandem ex notissima civilis custodiam praxi in facti non praestiti estimationem pecuniariam, a iudice pro re nata taxandam, damnandi sunt. Ordonnantie op. de Justitie in de Steden en ten platten Lande van Holland 1. Apr. 1530. art. 8. Groenewegen ad l. 15. §. 1. C. b. t. Ne dicam, olim ex lege duodecim tabularum improbos & intestabiles fuisse habitos qui tanquam testes negotio adhibiti fuerant, si noluerint deinde testimonium dicere. Ravardus ad leg. 12. tabular. cap. 10. Quod si quis iurejurando semet obstrinxerit, se ea, quae comperta habet, aut quae sibi privatione sub fide silentii revelata sunt, non propalaturum, non eo minus de eo testimonium perhibere compelli potest; cum iusjurandum in veritatis praedictum interpositum servari non debeat, ne fiat vinculum iniquitatis, cap. pervenit 4. extra de testibus cogendis vel non. Andr. Gayl. lib. 1. observ. 100. n. 3. et seqq.

14. Non tamen inviti cogi possunt senes memoriae imbecillitate laborantes, valetudinarii, milites, l. 3. §. ult. l. inviti 8. ff. b. t. nec illustres, l. constitutio 16. C. b. t. arg. d. l. 8. in fine ff. b. t. nec publicani, & qui quid exercitui praebendum conduxerunt, l. inviti 19. ff. b. t. Ravardus lib. 5. varior. cap. 4. nec cognatione vel affinitate propinquoque juncti, lege Julia recensiti, l. 4. l. 5. ff. b. t. nec liberti adversus patronos, & vice versa, d. l. 4. in fine ff. b. t. nec quisquam de facto ex quo dedecus, infamiam, aut delictum proprium detegeret, veluti an furtum ope juverit, an lenocinio praebuerit adulterio occasionem &c. Mynsingerus cens. 6. observ. 92. Berlichius decr. 16. Leeuwen cens. for. par. 2. lib. 2. cap. 7. num. 7. in fine. An actor unum ex pluribus reis, vel reus unum ex pluribus actoribus possit ad testimonium contra reliquos cogere, vide apud Berlichium decr. 265. Plane moribus hodiernis publicanos a ceteris ad testimonium cogendis haud esse separandos, auctor est Groenewegen ad l. 19. ff. b. t. & in subsidium, aliis probationibus deficientibus, proximos etiam sanguine vel affinitate junctos, quin & ipsam subinde uxorem, compelli posse, ut contra proximos, ac proprium maritum deponant, aliquando iudicatum refert Sande decr. Frisio. lib. 1. tit. 10. defin. 3. Carpovius defin. forens. par. 1. constit. 16. defin. 51. 52. Adde bellum iuridicum casu 50.

15. Producendi autem in iudicio testes sumtibus producentis, qui etiam ipsis testibus subministrandi sunt, ad iter & ad se exhibendos, quamdiu testimonii causa detinentur, ac distinguntur, ne officium damnosum sit, l. testium fides 3. §. Gabinio 4. ff. b. t. l. quoniam 11. l. constitutio 16. l. pen. C. b. t. l. eos qui 6. §. si quis 2. C. de appellatione. Instruendo Curia Hollandica art. 150. Reabantz art. 33. Flandricz art. 59. Producti vero interrogandi singuli seorsim, non plures simul, praesertim in criminalibus. Ordonnantie op. de Styl van de Proceduren in Criminele zaken van

*Kon. Philippus* 9. Jul. 1570. art. 25. ac jurisjurandi religione per judicem, priusquam perhibeant testimonium, arctandi, *l. jurisjurandi* 9. *l. constitutio* 16. C. b. t. aut secundum mores nostros jam prohibitum solemniter firmant jurejurando, citata ad id adversa parte ac presente, aut per contumaciam absente, *l. pen. C. b. t. nov. 90. cap. & hoc vero* 9. ita, ut non credulitatis aut opinionis suae, sed veritatis iusjurandum praestet, ac de certa sua deponant scientia; nisi forte de consanguinitate vel affinitate probanda agatur, ubi de auditu, de fama, de relatione aliorum deponentes fidem facere, tradit Mascardus *de probation. conclus. 60. Carpvovius defin. for. pao. 1. consil. 23. defin. 12.* Estque a teste productio exigendum hoc iusjurandum in continenti, non ex intervallo. *Andr. Gayl. lib. 1. observ. 101. num. 9. 10.* Testimoniis solis, seu scriptis testimonium depositionibus in iudicio productis iudicis exhibitis fides plena adhibenda non est; unde & ab Hadriano Imperatore rescriptum fuit, *testibus, non testimonio credendum esse, ac aliam esse auctoritatem praesentium testimonium, aliam testimoniorum quae recitari solent, l. testimonium fides* 3. §. *idem Divus* 3. & §. 4. ff. b. t. eo quod iudex optime ex testimonium praesentium vacillatione aut constantia reliquique circumstantiis statuere potest, quantum dispositioni eorum tribuendum sit, dum non satis certis regulis definitur potest, quae cuique rei probanda argumenta sufficiant, sed iudicem ex animi sui sententia aestimare oportet, quid aut credat, aut parum probatum sibi opinetur, *d. l. 3. §. ejusdem 2. ff. b. t.* Qua ratione etiam hodie obtinet, non aliter depositiones testimonium ratas esse, quam si coram iudice per testes solemniter repetita fuerint ac confirmata, citata adversa parte, ut, si sibi expedire credat, eosdem testes contra se productos etiam pro se interrogari desideret: quali desiderio iudex annuere tenetur. *Instruct. Curiae Holl. art. 129. Ordonnantie op de Justitie in de Steden en ten platzen Lande van Holland. 1. Apr. 1530. art. 15. Jacob. Coren contril. 13. n. 4. & seqq.* imo in criminalibus etiam non rogatum in ea ex testibus contra reum productis inquirere, quae pro rei faciunt defensione, aequum est, ne insons pereat. *Ordonnantie op de sty van de Procedure in Criminalea kon van Kon. Philippus* 9. Jul. 1570. art. 24. vol. 2. placit. Holl. pag. 1050. Si tamen adversarius non praese urgeat solemnem testimonii exhibiti repetitionem in iudicio seu confirmationem, & testes integre fama ac honorati viri, omni exceptione majores sint, deque eorum agatur probatione, quae adversarius non absolute negat, sed a se ignorari obtendit, magis est ut & hisce iudici fides fiat. *Jacob. Coren observ. 32. in pr.* Simili modo si longinqua peregrinatio testimonium aut mortalitas impedimento fuerit, quo minus solemnem faciant in iudicio depositionis suae juratamque repetitionem, mors pro confirmatione, ac repetitione est; pari fere ratione, qua et libros mercatorum morte firmari, in praecedente titulo dictum fuit, arg. *l. ult. C. b. t. Ordonnantie op de Justitie in de Steden en ten platzen Lande van Holland. 1. Apr. 1530. art. 17. Instructio Curiae Frandica art. 324. Ant. Faber C. lib. 4. tit. 15. defin. 40. Jacobus Coren d. observ. 32. n. 11. & seqq.* Ubi autem testimonia non solemniter repetita, seu confirmata, semel in iudicio producta sunt, repetitio omnis ac confirmatio ulterior deinceps in Hollandia impedita est, ex decreto Curiae Hollandicae

22. Februarii 1588. vol. 2. placit. Holl. pag. 1427. quod et immittit in edicto Philippi Hisp. Regis criminati 5. Julii 1570. art. 51. d. vol. 2. pag. 1027.

16. Quod si testes extra territorium iudicis, coram quo lis pendet, commorentur, ac longius absint, quam ut rogati venirent ad locum iudicii, dum cum nimis magna captionem ac damno suo a re familiari avocarentur; iudici loci, in quo commorantur, secundum mores nostros per litteras (requisitoriales vulgo dictas) legitime rogato examen committi potest, citata adversa parte aut procuratore ejus, atque ita ad locum iudicii depositiones remitti, perinde valitur, ac si in ipso iudicii loco fuissent confirmata, *l. iudices 18. C. de fide instrum. l. constitutio 16. C. b. t. Ordonnantie op de Justitie in de Steden en ten platzen Lande van Holland 1. April. 1530. art. 15.* Et quamvis jure civili tantum in causis civilibus, non item in criminalibus, per alium iudicem videatur examen testimonium potuisse peragi, *l. testimonium fides* 3. §. *idem* 3. ff. b. t. *autem. apud C. de fide instrument. tamen nunc in ipsis quoque criminalibus negotiis id fieri posse, receptum est. Groenewegen ad l. 16. in fine C. b. t. nisi momentum negotii moveat iudicem ad ipsorum testimonium peregre degentium praesentiam producenti imponendam. Guilielm. Grotius Tragog. ad praxin Hollandiae lib. 2. c. 4. n. 54. aut iudex, apud quem lis pendet, consultum iudicet, aliquem ad examen testimonium extra suum territorium degentium speciatim delegare, cui tunc ius territorii seu jurisdictionem per magistratum illius loci ex comitate indulgeri, ubi id per litteras requisitoriales petitum est, monet Wassenar in praxi civili cap. 1. num. 165.*

17. Productio vero testimonium secundum ius Romanum non prima tantum permessa est, sed secunda ac tertia; non item quarta, nisi causa cognita, ac praestito per producentem jurejurando, sibi testimonium priorum depositiones non innotuisse, *nov. 90. cap. quia vero* 4. Nec regulariter unus idemque testis in eadem causa amplius quam semel producendus est, arg. *l. ult. C. b. t. nisi forte iubente iudice ad id producatur, ut testimonium suum dubium apertius declararet. Ant. Faber C. lib. 4. tit. 15. defin. 2.* Sed &, si testis post examen recorderet, se in aliqua depositionis suae parte errasse, errorem in continenti, vel saltem antequam cum alterutro litigantium locutus fuerit obmetum subornationis, corrigere non prohibetur, ita ut relinquatur id, in quo erratum est, quo sciri semper possit, quid prius sit depositum, sed emendatio subijciatur, cum ratione ejus & tempore mutationis, *cap. praeterea 7. extra. de testibus cogendis vel non, arg. nov. 90. cap. 4. in med. Jul. Clarus §. fin. q. 53. n. 15. Ant. Faber C. lib. 4. tit. 15. defin. 30. num. 75. Menochius de arbit. iudicium lib. 2. casu 103. n. 4. & seqq. Damhouderus praxi civili cap. 170. n. 25. 26.* Alioquin testes vacillantes, contraria ex intervallo deponentes, pro integris habendi non sunt, *l. 2. ff. b. t. aut si quae iis fides habenda sit, magis in iis, quae prius testati sunt, ex vero deposuisse; postea vero ex subornatione in contraria ivisse, praesumendi forent. Vide Menochium d. casu 103. Jul. Clarum d. q. 53. Covarruviam varior. resol. lib. 2. c. 13. n. 18. Fachinuzum controvers. lib. 9. cap. 84. 85.*

18. Peracta testimonium productione publicationes depositionum fiunt, *nov. 90. cap. 8. in med. junct. cap. 4. Damhouderus praxi civili cap. 152. quod & nunc ser-*

vatur; licet olim in Holland. tales publicationes improbatæ fuerint, donec placito *Philippi Hirp. Regis*, 17. Decembr. anni 1555. & subsequuta interpretatione 25. Martii 1556. earundem usus inductus fuit, vol. 2. placit. pag. 1485. in fine, & pag. 1487. Vide tamen tempore antiquiorem instructionem Curiz Holl. art. 146. Ante publicationem nec tabellioni nec judici licet eas adversa parti communicare. Resp. Jurisc. Holl. par. 4. consil. 11. 12. Post publicationem ultra litigantibus alios testes producendi potestas non est, ne subornatio fiat, d. nov. 90. cap. 4. pr. & §. 1. nisi ad id in Holl. specialis restitutio a suprema Curia impetrata fuerit, quæ etiam vix solet denegari. Groenewegen ad aurb. at qui semel C. de probas. Cui consequens est, ut & tertius, qui in lite intervenit, hac saltem mediante restitutione, audiendus sit, testes pro se producere cupiens, postquam jam actor ac reus principalis ulteriori renunciaverant testimonium productioni, & ita publicatio depositionum secuta fuerat. Vid. Andr. Gayl. lib. 1. obiero. 71. num. 12. & seqq. Quin & ad faciendam testimonium reprobationem aut salvationem novos produci testes præcedente interlocutoria judicis sententia, in praxi servatur, quoties id, quod circa testes probandum est, causam multum allevaturum creditur aut depressurum.

19. Sciendum namque, unicuique tum actori tum reo concessam esse testimonium contra se productorum ac testimoniorum reprobationem, l. si quis testibus 17. l. ult. C. b. t. aurb. si testis C. b. tit. quæ multis ex causis fieri potest, veluti, quod testes sint indidonei, pretio vel aliter corrupti, ex amicitia, cognatione, affinitate suspecti, ex ea lite damnum metuentes lucrumve sperantes, sibi ipsis vel sibi invicem contradicentes, aut vacillantes, aut non recte producti vel examinati, aliisque quam plurimis modis; quibus tamen a producente salvationis opponi moris est; quæ universa hic contexere operosum nimis esset; atque insuper sat magnas tum reprobationum tum salvationum classes abunde jam construxerunt; videndi latius, Menochius de arbitr. jud. lib. 2. casu 95. & multarum seqq. ad casum 112. Joh. Andr. Doruspbergerus synagm. probationum lib. 1. cap. 26. & seqq. Dambouderus praxi civili cap. 171. 172. 183. 184. 185. 186. 187. 188. Merula praxi lib. 4. tit. 111. 78. & tit. 79. Wassenaar præf. Judiciorum cap. 1. num. 183. & seqq. ad n. 218. Leeuwen cons. for. par. 2. lib. 2. cap. 7. In quibus omnibus quantopere locum inveniat arbitrium judicis, jam supra ex l. 3. §. 1. 2. 3. ff. b. t. adnotatum est.

20. Ut autem plena fiat per testes probatio, duo ad minimum adhibendi idonei, ubi speciatim testimonium numerus expressus non est, l. ubi num. 12. ff. b. t. Nec iudex promiscue plurimorum testimonium productionem in una eademque causa permittere debet, sed illius tantum numeri pati evocationem, quem necessarium esse putaverit, ne effrenata potestate ad vexandos homines superflua multitudo testimonium protrahatur, l. 1. in fine ff. b. t. Quibus vero in casibus plures desiderentur, cum in propriis locis observatum sit, non est, quod hic recensatur, ubi brevitati studendum censui, multaque consulto prætermisi, quæ non aliunde rectius, quam ex usu & quotidiana liti-um ipsarum tractatione disci possunt, quibusque pertractandis ingentia plures volumina adornarunt.

## TITULUS VI.

## De Juris &amp; Facti Ignorantia.

## SUMMARIUM.

1. Error juris nature aut gentium neminem excusat.
2. An excuset ignorantia juris civilis, communis aut statutarii?
3. Qui, & quando impune possint jus civile ignorare? ubi de minoribus, militibus, faminis, rusticitate laborantibus.
4. Error juris civilis omnes excusat a dolo, & a doli panis.
5. Quo modo juris error acquirere volentibus non pro-  
sit? An nocet in damnis amittenda & in damnis amissa rei?
6. Error facti probabilis non nocet in delictis ac contra-  
ctibus, ac prodest ad uruscationem.
7. Qua sit ignorantia facti supina & affectata? An,  
& quando facti proprii ignorantia possit probabi-  
lis esse? Qua sit regula generalis circa facti  
ignorantiam?

1. Ignorantia seu error secundum tituli inscriptionem duplex est, juris scilicet & facti. Juris ignorantia est, cum quis ignorat ea, quæ legibus cauta sunt. Quæ si circa jus divinum aut nature aut gentium versetur, culpe latè merito annumeratur, nec ulli intellectu & ratione prædito ac doli capaci præbet excusationem. Quæ ratione filius, qui parentem in jus vocavit sine venia, immunis haud erit a pena aureorum quinquaginta, si juris ignorantiam alleget ac rusticitatem; cum jure naturæ parentibus honorem ac reverentiam exhibendam esse, nec quicquam temere in eos oportere committi, scire potuerit, vel saltem non debuerit ignorare, l. 2. C. de in-  
jur voc. Nec evitabit incestus coercionem mar aut fœmina, si cum noverca aut privigna incestus perpetratus sit juris errore, l. si adulterium 53. pr. junct. §. 2. ff. ad leg. Jul. de adul. Supinum certe & affectatum errorem non satis excusatum, nec ferendum esse, Ulpianus docet l. nec supina 6. ff. b. t. talem vero esse, si omnes in civitate sciant, quod unus solus aut pauci ignorant, Paulus auctor est l. regula est 9. §. sed facti 2. ff. b. t. Cum ergo naturæ gentiumque jura omni humano generi communia sint, §. 1. & 2. Instit. de jure naturali gent. & civili, l. 1. §. ult. ff. de justit. & jure, non potest quis sine summe negligentia vitio eorundem ignorantiam obtendere ad sui defensionem.

2. Nec aliud statuendum de errore juris civilis illius, quod tantum comprobatione tale est, seu, quod est in civitate receptum, cum id jam ante simpliciter rectæ rationis dictamen induxisset. Sed si jus civile sit tale origine, videndum, an universale sit an particulare. Universale si sit, quod nempe in imperio aliquo vel regno vel republica omnes obligat, non satis recte quis talis territorii indigena ab allegata juris illius ignorantia ultum sibi præsidium quaesiverit; eo quod secundum rescripta Principum leges, quæ constringunt hominum vitas, intelligi ab omnibus debent, ut universi, præscripto earum manifestus cognito, vel inhibita declinent, vel permissa seclentur, l. leges sacratissima 9. C. de legibus, & constituta-



tiones Principum neque ignorare cuicumque neque dissimulare concessum est, *l. pen. C. b. t.* Sin juris civilis particularis, id est, statutarii certæ civitatis, vici, pagi, ignorantia intervenerit, difficulter civitatis istius cives excusabit; facilius exteros, ut ut juris communis peritos; quippe quibus uti turpe videri potest ex Quinti Mucii sententia, jus illud, in quo versantur, ignorare, *l. 2. §. servus 45. ff. de orig. juris*, ita a contrario nulli inurenda turpitudinis nota, si peregrinæ regionis jura non omni ex parte comperta sibi habeant ac perspecta, atque ita per ignorantiam in ea impingant. Adde *sic. de legibus n. 9. in fine*.

5. Nonnullis tamen personis jura civilia ignorare impune licet: primo namque ætatis favor & lubricum id dedit minoribus, *l. regula 9. pr. ff. b. t. l. cum ignorantia 2. leg. quamvis 11. C. b. t.* Unde si juris errore mutuum dederint filiofamilias, aut mulieris receperint fidejussionem pro alieno debito, nec debitor solvendo sit, aut ipsi solverint, indebitum repetere vel exigere possunt, mediante saltem in integrum restitutione, nulla Macedoniani aut Vellejani exceptione removendi, *l. verum vel 11. §. ult. l. 12. ff. de minor. 25. annis l. 2. C. si adversus solutionem*. Militæ quoque honor efficit, ne juris ignorantia militibus damnosa sit. Atque ita, si filiofamilias miles, a commilitone heres institutus patris expectet consensum ad additionem: dum ignorat, sibi licere sine parentis assensu adire, non cedit ei additionis dies legibus alias præfinitas, *l. regula est, 9. §. si filiofamilias 1. ff. b. t.* Ac his similia alia occurrunt in *l. 1. C. de jure deliberandi, l. omnibus 3. C. de vestigal. et commissis leg. pen. C. de bit, qui tibi adscribunt in sortam*. Sexus etiam intuitu juris ignorantia non quidem in omnibus, sed pluribus in casibus, per leges expressis, excusationem feminis præbet, *l. ult. C. b. t. l. regula est 9. ff. b. t.* in ceteris enim jure communi utuntur, si majores sint, *l. si emancipata 3. l. quamvis 11. C. b. t.* Casus autem in jure expressi sunt, si mulier jussu matris legatam sibi adscripserit, ignara id esse prohibitum; quippe quæ nullam inde falsi poenam metuere debet, *leg. Divus Claudius 15. §. antepen. et pen. ff. ad legem Cornel. de falsis*, si ex suo solverit intercessionem; ignara, se Vellejani beneficium tutam esse, et solum tanquam indebitum repetere velit, *l. quamvis mulier 9. C. ad senatusc. Vellejan.* si incestum commiserit solo jure civili interdictum, *l. si adulterium 38. §. quare 2. ff. ad leg. juh. de adulteriis*, si ignara juris sui, semet ipsam detulerit, *l. 2. §. ult. ff. de jure fisci*. Denique simplicitas atque rusticitas aliquando delinquenti præstat excusationem, si is ejus conditionis sit, ut simplicitas aut rusticitas in eo videatur toleranda. Si quis enim non dolo, sed rusticitate, album prætoris corruperit, eum ex edicto de albo corrupto non teneri, Ulpianus scribit *l. si quis id 7. §. doli 4. ff. de jurisd.* Sed et iis succursum, qui litigaturi, per rusticitatem non ediderunt actionem, *l. 1. §. ult. ff. de edendo*, aut in jus vocati non ierunt, *l. 2. §. 1. ff. si quis in jus vocatus non ierit*, quive, scientes testatorem occisum esse, tabulas testamenti aperuerunt ex rusticitate, ignari, prius de familia questiones habendas esse ac de nocentibus supplicium sumendum, *l. si quis in gravi 5. §. et si sciens 22. ff. de Senatusconsult. Silanian.*

4. Reliquos haud exceptos error juris uti excusat a dolo, ita quoque liberos efficit a poenis illis, quæ

solis dolo delinquentibus propositæ sunt; licet aliæ sæviores poenæ plerumque in jure errantibus, tanquam culpa non vacuis, imponi soleant. Hinc qui rem suam privatim iniquo eripit possessori, putans id sibi per leges licere, nulla quidem poenali de vi bonorum raptorum actione in quadruplum damnari potest, dominio tamen rei sum eundem ob id excidere, constitutum est, *§. 1. Instit. de vi bon. raptorum*.

5. De cetero in negotiis gerendis circa juris errorem regula est, juris ignorantiam non prodesse acquirere volentibus, *l. juris ignorantia 7. l. regula 9. §. sed juris 3. ff. b. t.* ac ne feminis quidem in compendiis prodesse, *leg. error facti 8. ff. b. t.* ideoque nunquam in usucapionibus juris errorem proficere possessori, *l. nunquam 31. ff. de usurpat. l. juris ignorantiam 4. ff. b. t.* Et est axioma alterum, juris errorem cuique nocere, *d. l. regula 9. ff. b. t.* quod tamen perpetuum non est. Aut enim in jure errans agit de damnis amittendæ rei, aut de damnis rei jam amissæ, seu jure domini in alium jam translata. Quod spectat damna amittendæ rei, a Papiniano responsum est, juris ignorantiam suum potentibus baud nocere, seu, quod eodem redit, juris errorem in damnis amittendæ rei sua non nocere, *l. 7. in fine, l. 8. in fine ff. b. t.* Qua ratione nemo prohibetur rem suam apud alium existentem vindicare, suamve petere hereditatem ab alio possessam, utcumque annis pluribus existimaverit, errore juris lapsum, possessorem rerum illarum dominum esse. Et vice versa, si quis errore juris existimans hereditatem aliquam ad se pertinere, eam diutius possederit, & fructus inde perceptos jure possessionis bonæ fidei suos fecerit, de fructibus consumptis conveniri non potest, quatenus inde locupletior factus non est, atque ita rursus juris error in damnis amittendæ rei suæ non nocet, *l. sed & si lege 25. §. scire 6. junct. §. consultum 11. ff. de perit. hered.* Contra sese res habet in damnis rei errore juris jam amissæ, quippe cujus recuperationi error juris impedimento est; ac ad id restringendum generalius a Paulo in *l. 9. ff. b. t.* pro regula traditum, errorem juris nocere. Et hoc nititur fundamento, quod constitutum est in *l. cum ignorantia 2. C. b. t.* majorem nem, qui juris ignorantia maternæ renunciaverat hereditati, atque ita eandem amiserat, sera prece desiderare, sibi subveniri. Nec aliunde est, quod Ulpianus tradidit, eum, qui juris ignorantia patremfamilias credebatur esse cui mutuum numerabat, cum filiofamilias esset, Macedoniani exceptione perinde repellendum, ac si vel sciens, vel vana deceptus simplicitate, filiofamilias mutuum dedisset, *l. si quis patremfamilias 3. pr. ff. ad senatuscon. Macedon.* Sed & hinc descendit, quod fidejussor mandati actione repetere soluta nequeat, quoties juris ignorantia lapsus nascivit se inutiliter obligatum esse, *l. si fidejussor 29. §. non male 1. ff. mandati*. Ea eadem denique causa est, quod neque legata errore juris supra dodrantem soluta, neque ullum aliud errore juris indebite solutum, condici potest, tanquam indebitum, *l. cum quis jus 10. C. b. t. l. regula est, 9. §. si quis jus 5. b. t. l. error 9. C. ad leg. Falcid.* de quo latius actum *sic. re condit. indeb. n. 7.*

6. Facti ignorantia vel probabilis est, vel supina & affectata. Probabilis ut plurimum esse creditur ignorantia facti alieni, qua & prudentissimi labi possunt, *l. 2. ff. b. t.* præsertim, cum a nullo delatoria curiosi-

tas & scrupulosa inquisitio exigenda sit. *l. nec supina* 6. *l. regula est* 9. *§. sed facti* 2. *ff. b. t.* Unde & pro ignorantia tali præsumptio est, adeo ut adversario, tanquam affirmanti, regulariter incumbat scientiæ probatio, arg. *l. verius* 21. *ff. de probation. l. actor.* 25. *C. eod.* Nec huc solet erranti obesse, *l. error* 7. *C. b. t. l. error facti* 8. *l. g. pr. & §. 2. ff. b. t. l. error facti* 8. *l. g. pr. & §. 2. ff. b. t.* sive de delictis, sive de contractibus, aliisque similibus quæstio sit. Sic enim a furti & injuriarum & incestus pœnis liberum esse placuit eum, qui ex errore facti caret affectu furandi, aut injuriæ faciendæ, aut incestus committendi non habuit voluntatem, *§. placuit* 7. *Instit. de oblig. qua ex delicto. l. illud relatam* 3. *§. ult. l. cum quis* 18. *§. pen. ff. de injuriis. l. qui contra legem* 4. *C. de incest. & inutil. nups.* Et quo modo propter errorem entio reliquique contractus aliquando nulli sint, quandoque rescindatur remedio *l. 2. C. de rescind. vend. vel redhibitoria actione*, alibi abunde traditum est; uti & illud, quod facti error probabilis indebiti soluti tribuit conditionem. Confessionem quoque aut responsionem ex facti errore profectam non obesse contenti sed errorem docenti, in aperto est, *l. 1. l. 2. ff. de confessis. l. inde Neratius* 25. *§. ult. & ll. seqq. ff. ad leg. Aquil. l. de atase* 11. *§. qui iusto* 10. *et 11. ff. de interrog. in jure faciend.* Denique & in compendiis errorem facti probabilem prodesse, evincit probata in jure usucapio, quippe quæ bonam requirens fidem in usucapiente, hoc ipso errorem facti in eo supponit, dum eum, a quo emebat aliove justo acquirebat titulo, putabat dominum esse, cum non esset, *l. juris ignorantiam* 4. *l. error facti* 8. *ff. b. t. l. quod vulgo* 11. *ff. pro omisso.*

7. Ignorantia facti supina & affectata est, tum facti alie, sed talis, quod omnes vel plerique in civit.

*gula est* 9. *§. sed facti* 2. *ff. b. t. arg. l. si quis patremfam.* 3. *pr. junct. l. item si filiusfam.* 7. *§. proinde* 8. *ff. ad senatusc. Maced.* tum plerumque facti proprii; quo respicit Pomponius, cum ait, plurimum interesse utrum quis de alterius causa & facto non sciat, an de jure suo ignoret, *l. plurimum* 3. *ff. b. t.* Ut tamen aliquando facti quoque proprii ignorantia excusata sit. Quæ ratione, si quis mihi rem meam ignorantem vendiderit, & jussu meo alteri tradiderit, vel si ego rem meam, quam Titil esse credebam, ex mandato ejus tradiderim Sempronio, aut tutor rem suam quasi pupilli, error ille impedit, ne a me dominium censeatur abisse, *l. et si consensum* 15. *§. 2. ff. de contrab. emt. l. si procurator* 35. *ff. de acquir. rer. domin.* Nec rei suæ possessionem amisisse intelligitur, qui, cum peregre profecturus pecuniam custodiz causæ in terra condiderat, postmodum reversus immemoria non potuit locum recognoscere; *l. peregre* 44. *ff. de acquir. vel amitt. possess.* Sed nec carebit indebiti conditione, qui solvit, quod jam ante semel ab eo solutum erat, quodve putabat a se promissum esse, cum vere nulla promissio intercessisset, *l. sed & si* 22. *ff. de condit. indeb.* Denique & in iis, quæ antiqua sunt, aut valde intricata, facti proprii errorem tolerabilem esse ac excusare colligi potest ex *l. cum fideicommissum* 7. *ff. de confessis*, Andr. Gayl. *libr. 2. observ. 48. n. 20.* Et generaliter circa facti tum proprii tum alieni ignorantiam regula probata est, neque negligentiam crassam hominis deperditi nimiumque securi satis expeditam aut excusatam esse, neque scrupulosam solere inquisitionem exigi aut delatoriam curiositatem, *l. plurimum* 3. *§. 1. l. nec supina* 6. *l. regula est* 9. *§. sed facti* 2. *ff. b. t. l. et si consensum* 15. *§. ignorantia* 1. *ff. de contrab. emt. l. si quis patremfamilias* 3. *ff. ad senatusconsulte. Maced.*

# INDEX TITULORUM

## IN COMMENTARIO

### AD PANDECTAS CONTENTORUM.

#### LIBER XII.

|                                                                      |        |
|----------------------------------------------------------------------|--------|
| TITUL. I. De rebus Creditis, si certum petatur, & de conditione.     | Pag. 3 |
| II. De iurejurando sive voluntario, sive necessario, sive judiciali. | 19     |
| III. De in litem iurando.                                            | 32     |
| IV. De conditione causa data causa non secuta.                       | 35     |
| V. De conditione ob turpem vel injustam causam.                      | 37     |
| VI. De conditione indebiti.                                          | 59     |
| VII. De conditione sine causa.                                       | 48     |

#### LIBER XIII.

|                                  |       |
|----------------------------------|-------|
| TITUL. I. De conditione furtiva. | 49    |
| II. De conditione ex lege.       | 52    |
| III. De conditione triticaria.   | ibid. |
| IV. De eo quod certo loco.       | 55    |
| V. De constituta pecunia.        | 58    |
| VI. Commodati vel contra.        | 63    |
| VII. De Pignoratitia actione.    | 66    |

#### LIBER XIV.

|                                                                            |    |
|----------------------------------------------------------------------------|----|
| TITUL. I. De exercitoria actione.                                          | 72 |
| II. Ad Legem Rhodiam de iactu.                                             | 74 |
| III. De Institutoria actione.                                              | 81 |
| IV. De Tributoria actione.                                                 | 84 |
| V. Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur. | 87 |
| VI. De senatusconsulto Macedoniano.                                        | 88 |

#### LIBER XV.

|                                          |    |
|------------------------------------------|----|
| TITUL. I. De peculio.                    | 92 |
| II. Quando de peculio actio annalis est? | 95 |
| III. De in rem verso.                    | 96 |
| IV. Quod jussu.                          | 97 |

#### LIBER XVI.

|                                           |     |
|-------------------------------------------|-----|
| TITUL. I. Ad senatusconsultum Vellejanum. | 98  |
| II. De compensationibus.                  | 103 |
| III. Depositum vel contra.                | 112 |

#### LIBER XVII.

|                               |     |
|-------------------------------|-----|
| TITUL. I. Mandati vel contra. | 117 |
| II. Pro socio.                | 125 |

#### LIBER XVIII.

|                                                                                                                          |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| TITUL. I. De contrahenda emptione, et de pactis inter emptorem et venditorem compositis, et quæ res vendere non possunt. | 173 |
| II. De in diem additione.                                                                                                | 147 |

|                                                                                        |          |
|----------------------------------------------------------------------------------------|----------|
| III. De lege commissoria.                                                              | Pag. 149 |
| IV. De hereditate vel actione vendita.                                                 | 159      |
| V. De rescindenda venditione, et quando liceat ab emptione discedere.                  | 168      |
| VI. De periculo et commodo rei venditæ.                                                | 175      |
| VII. De servis exportandis, vel si mancipium ita venierit, ut manumittatur vel contra. | 180      |

#### LIBER XIX.

|                                                   |       |
|---------------------------------------------------|-------|
| TITUL. I. De actionibus empti et venditi.         | 181   |
| II. Locati conducti.                              | 190   |
| III. De æstimatoria.                              | 208   |
| IV. De rerum permutatione.                        | ibid. |
| V. De præscriptis verbis et in factum actionibus. | 210   |

#### LIBER XX.

|                                                                                                            |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| TITUL. I. De pignoribus et Hypothecis, et qualiter ea contrahantur, et de Pactis eorum.                    | 211 |
| II. In quibus causis Pignus vel Hypotheca tacite contrahitur.                                              | 223 |
| III. Quæ res pignori vel Hypotheca obligari non possint.                                                   | 38  |
| IV. Qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur, et de his, qui in priorum creditorum locum succedunt. | 242 |
| V. De distractione pignorum et hypothecarum.                                                               | 260 |
| VI. Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur.                                                            | 265 |

#### LIBER XXI.

|                                                                   |     |
|-------------------------------------------------------------------|-----|
| TITUL. I. De ædilitio edicto, et Redhibitione, et quanti minoris. | 269 |
| II. De evictionibus et duplæ stipulatione.                        | 274 |
| III. De exceptione rei venditæ, et traditæ.                       | 284 |

#### LIBER XXII.

|                                                                              |     |
|------------------------------------------------------------------------------|-----|
| TITUL. I. De usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora. | 286 |
| II. De nautico fœnore.                                                       | 296 |
| III. De probationibus et præsumptionibus.                                    | 300 |
| IV. De fide instrumentorum et amissionem eorum.                              | 306 |
| V. De Testibus.                                                              | 313 |
| VI. De juris et facti ignorantia.                                            | 318 |







*Ex libris! Japan Cui*

LMDX LVW M8r6  
Joannis Voet ... Commentator  
Stanford Law Library



3 6105 043 769 293